

A rediscussão sobre o tombamento por lei

CLÁUDIA ALVES DE OLIVEIRA*

DIOGO DOS SANTOS BAPTISTA**

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a controvérsia acerca da atuação do Poder Legislativo na proteção do patrimônio cultural, por meio de tombamento de determinado bem material, sob a ótica dos princípios da separação de poderes e do devido processo legal. A metodologia empregada será a jurídico-dogmática, tendo como referencial teórico a literatura jurídica nacional de Direito Administrativo sobre tombamento, a defini-los como um ato tipicamente administrativo sujeito a um processo próprio. Será adotada uma análise normativa, doutrinária, jurisprudencial e de estudos de casos concretos. Em seguida será explorado o tombamento de acordo com precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal para, em seguida, realizar uma análise investigativa de precedentes recentes que teriam alterado o entendimento da Corte Suprema sobre a competência do Poder Legislativo para efetivar tombamentos. Ao final será analisado o impacto dos precedentes recentes da Corte Suprema no âmbito do Município do Rio de Janeiro, apresentando uma análise crítica sobre o tombamento por lei e a violação ao devido processo legal

* Procuradora do Município do Rio de Janeiro (1991-2022). Doutora e Mestra em Direito da Cidade (UERJ). Conselheira do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural (CMPPC) desde 1994. Professora convidada da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), com ênfase em Direito Urbanístico e Ambiental, planejamento urbano e patrimônio cultural.

<https://orcid.org/0009-0008-4986-7007> | E-mail: caorio@gmail.com

** Procurador do Município do Rio de Janeiro, lotado na Procuradoria do Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente (PG/PUMA). Pós-graduado em Direito e Advocacia Pública (UERJ) e em Direito Processual Civil (UCAM), e pós-graduando em Direito Ambiental (PUC Rio) e em Direitos Difusos e Coletivos (CEI). Conselheiro do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural (CMPPC) desde 2024.

<https://orcid.org/0009-0002-4873-6554> | E-mail: diogosabap@gmail.com

administrativo e à separação dos poderes, de modo a viabilizar uma proposta de conciliação entre os diversos interesses políticos em jogo e a higidez do ato de tombamento *in concreto*.

Palavras-chave: Tombamento legislativo. Inobservância ao devido processo legal de tombamento. Interpretação conforme a Constituição.

Abstract: This paper aims to analyze the controversy surrounding the legislative branch's role in protecting cultural heritage through the listing of a specific material asset, from the perspective of the principles of separation of powers and due process. The methodology employed will be legal-dogmatic, using the national legal literature on administrative law as a theoretical framework, defining heritage listing as an administrative act subject to a specific process. A normative, doctrinal, jurisprudential, and case-by-case analysis will be applied. The listing will then be explored according to precedents of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro and the Federal Supreme Court, followed by an investigative analysis of recent precedents that have altered the Supreme Court's understanding of the legislative branch's jurisdiction to grant listings. Finally, the impact of recent Supreme Court precedents in the Municipality of Rio de Janeiro will be analyzed, presenting a critical analysis of the statutory listing and the violation of due administrative process and separation of powers. This analysis will facilitate a proposal to reconcile the various political interests involved and the validity of the specific act of listing.

Keywords: Legislative listing. Failure to observe due process of listing. Interpretation according to the Constitution.

Enviado em 30 de outubro de 2024 e aceito em 20 de julho de 2025.



1. Introdução

A Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, fruto do processo de redemocratização do país, adota concepção atualizada de patrimônio cultural para reconhecer como passíveis de proteção bens materiais e imateriais que, sob a ótica da diversidade, expressem a identidade e memória brasileira, retirando a exclusividade estatal sobre a proteção do patrimônio cultural para atribuir a todos, sociedade e poder público, a responsabilidade de sua proteção.

O patrimônio cultural é reconhecido como um direito difuso, de gerações presentes e futuras, a merecer a proteção do Estado e a efetiva participação da sociedade na sua preservação. É a interpretação que decorre da própria Constituição Federal.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a controvérsia acerca da atuação do Poder Legislativo na proteção do patrimônio cultural, especificamente por meio de tombamento de determinado bem material, sob a ótica dos princípios da separação de poderes e do devido processo legal. A metodologia empregada será a jurídico-dogmática, tendo como referencial teórico a literatura jurídica nacional de Direito Administrativo sobre tombamento, a defini-los como um ato tipicamente administrativo sujeito a um processo próprio. Será adotada uma análise normativa, doutrinária, jurisprudencial e de estudos de casos concretos.

Para tanto, será inicialmente tratado do instituto do tombamento e seu regime jurídico, onde serão destacados seus efeitos jurídicos e o aspecto procedimental de acordo com o entendimento tradicional acerca do limite da atuação do Poder Legislativo sobre a matéria.

Em seguida será explorado o tombamento de acordo com precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal para, em seguida, realizar uma análise investigativa de precedentes recentes que teriam alterado o entendimento da Corte Suprema sobre a competência do Poder Legislativo para efetivar tombamentos. Nesta análise também serão apresentadas as opiniões da literatura jurídica sobre o ponto, adotando uma conclusão sobre as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ao final será analisado o impacto dos precedentes recentes da Corte Suprema no âmbito do Município do Rio de Janeiro, especificamente a realização de tombamentos pelo Poder Legislativo municipal, apresentando uma análise crítica sobre o tombamento por lei e uma proposta de conciliação entre os diversos interesses políticos em jogo.

2. O tombamento e seus contornos

O tombamento, instrumento clássico de proteção do patrimônio cultural, é o ato administrativo que declara o valor cultural de determinado bem material, para submetê-lo a um regime específico de direito em atendimento à sua função social.

Trata-se, portanto, de ato declaratório, porque reconhece o valor cultural do bem que está sendo objeto de proteção e constitutivo, porque submete o bem a novo regime jurídico, com restrições ao exercício do direito de propriedade estabelecido para dar efetividade a tal proteção.

Cumprido frisar que o tombamento não é o único instrumento de proteção do patrimônio cultural, nos termos da própria Constituição Federal que admite “outras formas de acautelamento e preservação” (CF, art. 216, §

1º). A definição quanto ao grau de proteção que será conferido a um bem, após a aferição de sua relevância para o patrimônio cultural, é que irá determinar qual instrumento protetivo deverá ser aplicado, fixando-se, assim, a extensão do direito a ser exercido pelo proprietário e a responsabilidade de todos pela sua proteção.

Logo, o regime jurídico protetivo incidente sobre um bem reconhecido como de relevante valor cultural, bem como o grau de intervenção estatal sobre o direito de propriedade desse bem, dependerá de diversos fatores que justifiquem a proteção de determinada forma, modo e intensidade.

O Decreto-lei nº 25/1937 estabelece normas gerais sobre o tombamento,¹ inclusive o procedimento administrativo que irá culminar na inscrição do bem no Livro do Tombo, impondo-se a estrita observância do devido processo legal, para que o proprietário possa se manifestar quanto às razões apresentadas como fundamento para imposição das restrições que incidirão sobre seu bem em virtude do ato de tombamento.²

A decisão de proteger um bem por meio do tombamento gera efeitos imediatos na esfera de direitos do proprietário, para restringir sua fruição e gerar novas obrigações, por isso inafastável a observância

do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)³. A demonstração da relevância cultural do bem e a justificativa por se optar pela aplicação do tombamento como forma de proteger o patrimônio cultural é a garantia do proprietário de que o ato não será fruto de mero capricho, sem qualquer compromisso com o interesse público, nem disfarce para prejudicar ou beneficiar determinada pessoa. Essa justificativa do tombamento, a fundamentação do ato protetivo, será a base para que se possa exercer o controle jurisdicional desse ato para afastar eventuais desvios de finalidade.

A identificação do valor cultural do bem e a decisão sobre qual instrumento deva ser aplicado para promover sua proteção é atividade típica do poder executivo, vinculada quanto ao procedimento e discricionária quanto à oportunidade.⁴

A atuação do Poder Executivo abrange a necessária manifestação técnica que identifique e analise a significação do bem para a identidade e memória de determinado grupo social, a servir de subsídio ao gestor para decidir qual o grau e tipo de proteção melhor atenderá ao interesse público.⁵

¹ O Decreto-lei nº 25/1937 estabelece normas nacionais, quando envolve os efeitos civis e penais do tombamento (e.g., ao conformar e limitar o direito de propriedade e estabelecer a responsabilidade do proprietário e dos entes públicos), e normas gerais, quando diz respeito ao procedimento administrativo.

² “Parece evidente que o tombamento há que emergir de um procedimento administrativo no qual fiquem perfeitamente delineados seus motivos determinantes e no qual o proprietário do bem atingido possa se manifestar, seja para anuir, seja para contestar a qualidade atribuída à sua propriedade.” (LOURENÇO, Eliana da Costa. Tombamento e IPTU. *Revista Carioca de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2001, p. 379)

³ CF, “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴ “Assim, se o ente federado contar com serviço específico para a tutela do patrimônio histórico e cultural, o parecer prévio dos técnicos que integram este serviço deve ser considerado peça indispensável no processo de avaliação quanto à necessidade da preservação do bem. Se este serviço não existir, o Poder Executivo deve buscar instruir o processo com pareceres de profissionais e acadêmicos reconhecidos na área.” (BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, a. 2, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 62)

⁵ Serão preferenciais os meios menos onerosos que atinjam a mesma finalidade, sendo expressão da proporcionalidade.

Por exemplo, a preservação da identidade e memória pode estar plenamente atendida com a simples realização de inventário de um imóvel, que servirá para consultas futuras e impedirá seu completo apagamento. De outro lado, pode-se concluir pela importância de serem preservadas determinadas características arquitetônicas de um conjunto de edificações e as feições urbanísticas de alguns espaços, responsáveis por conferir especial ambiência a uma região, em estreita relação com o modo de vida de seus moradores, não sendo o caso de se promover o tombamento dos imóveis, mas de se criar uma Área de Proteção do Ambiente Cultural – APAC. Ou, ainda, a simples imposição de normas restritivas de uso e ocupação do solo pode ser suficiente para manter as características culturais relevantes de determinada região, a medida em que desestimula a renovação.

A escolha do instrumento de proteção envolve não apenas os interesses do proprietário em usufruir incondicionalmente o bem, mas sua efetividade na proteção do patrimônio cultural, os reflexos para o erário e o impacto nos planos de desenvolvimento da região, avaliando-se de modo amplo a relação custo-benefício do ato.

Portanto, parece que a edição de lei formal determinando o tombamento de um bem específico seria uma norma de efeito concreto, que nesta hipótese não se poderia admitir, vez que configura invasão de competência em clara ofensa ao princípio da separação de poderes.⁶ Ademais, o processo

legislativo da lei que tomba certo bem não segue o procedimento legal previsto para o ato de tombamento, em flagrante desrespeito ao devido processo legal, fixado pelo próprio Poder Legislativo.

Na temática do tombamento, ao Legislativo caberá definir as normas a serem observadas pelo Executivo no processo de tombamento, portanto gerais e abstratas, que irão garantir a legalidade da restrição a ser imposta ao direito de propriedade do administrado. A atuação do Poder Legislativo, nos termos de sua competência constitucional, limita-se a formular regras abstratas que criem e modifiquem direitos.

3. A interpretação judicial sobre leis de tombamento

A questão da inconstitucionalidade do tombamento por lei não é novidade, já era reconhecida antes mesmo da edição da Constituição de 1988, como se pode ver da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 928/1986, do Município do Rio de Janeiro, que conferia à Câmara Municipal competência para praticar atos específicos de tombamento:

Lei nº 928, de 22.12.1986, do Município do Rio de Janeiro. Inconstitucionalidade dos dispositivos que atribuem à Câmara Municipal competência para praticar e retificar atos específicos de tombamento e de destombamento de bens, assim como dos que versam sobre atribuições e funcionamento de órgão da administração direta do Município. Constitucionalidade

autorizar que o Legislativo determinasse uma atuação material pelo Executivo, como se chefe desta fosse. Todas as ingerências entre os poderes, aqui ditas como imposições entre eles, somente são estabelecidas pelo poder constituinte.

⁶ A exemplo do que ocorre na desapropriação “por lei”, diante da previsão do art. 8º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que autoriza que “o Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação”. Também editado durante o Estado Novo, a norma parece conflitar com a reserva da Administração e com a própria separação de Poderes, pois não poderia uma lei

dos dispositivos que traçam normas genéricas e abstratas sobre tombamento e destombamento. (TJRJ, Órgão Especial, Representação nº 0006627-75.1987.8.19.0000, Rel. Des. Barbosa Moreira, j. 01.06.1988, Ementário 34/1988, nº 3)

Esse posicionamento elaborado com alicerce em princípios constitucionais basilares, como o respeito ao devido processo legal e à separação de poderes, conclui que o ato de tombamento é prerrogativa do Poder Executivo. O Supremo Tribunal Federal chegou à mesma conclusão em precedente clássico do Ministro Eros Grau, ao julgar a ADI 1.706/DF:

(...) 5. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil. (...) 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal. (STF, Plenário, ADI 1.706/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.04.2008, p. 12.09.2008)

Após a edição da Constituição Federal de 1988, que alçou o Município à qualidade de ente federativo conferindo-lhe autonomia, o Município do Rio de Janeiro editou sua Lei Orgânica. A Câmara de Vereadores aproveitou essa oportunidade e mais uma vez tentou invadir a competência executiva para incluir em seu texto a autorização para promover o tombamento de bens por lei, no parágrafo único do art. 462.

Com base naquele mesmo precedente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a norma inconstitucional, em

decisão posteriormente confirmada pela própria Corte Suprema :⁷

Representação por Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, art. 462, parágrafo único, que admite o tombamento de bens particulares, também via ato do Poder Legislativo. Proposição da ação pelo Sr. Prefeito do Município. Desrespeito ao disposto nos arts. 7º e 324, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. O Poder Legislativo Municipal ao tomar a iniciativa de legislar sobre determinado tombamento, regulando-o e definindo o modo de sua execução, invade a esfera da competência que a Constituição define para o Poder Executivo, rompendo com o princípio da separação e harmonia dos poderes. O tombamento é ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem. E como interfere no direito de propriedade do particular, deve ter início através de processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ao proprietário do bem, sob pena de nulidade e não por norma legal, que, no caso, estaria desvestida do atributo de generalidade. Assim, cabe a declaração de inconstitucionalidade dos termos tidos por impróprios constantes da norma jurídica impugnada. Agravo Interno prejudicado por perda da oportunidade de sua apreciação isolada. Representação de Inconstitucionalidade julgada procedente. Decisão a que se empresta, extraordinariamente, efeito “ex nunc”. (Órgão Especial, Representação nº 0031840-

⁷ DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. TOMBAMENTO. ATO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o “tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade” (ADI 1.706, Rel. Min. Eros Grau). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF, 1. Turma, AI 714.949 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 25.08.2017)

19.2006.8.19.0000, Rel. Des. Ronald dos Santos Valladares, j. 23.07.2007)

Portanto, tendo como parâmetro a Lei Orgânica do Município e a interpretação constitucional a ela conferida, não há dúvida sobre a incompatibilidade da lei de tombamento, ao menos no que respeita ao Município do Rio de Janeiro.

3.1. Teria STF mudado de posição quanto à lei de tombamento?

Atualmente, alguns tribunais abandonaram o precedente da ADI 1.706/DF e passaram a admitir o tombamento por lei formal, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal teria admitido essa possibilidade.⁸ Para tanto, fazem referência à

⁸ DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE TENDO POR OBJETO A LEI Nº 5716/2020 DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA, QUE ESTABELECE POR INTERESSE CULTURAL E ESPORTIVO O TOMBAMENTO DO COMPLEXO DO RECREIO DO TRABALHADOR GETÚLIO VARGAS, EM SUA FINALIDADE COMO GINÁSIO, E DEMAIS INSTALAÇÕES DESPORTIVAS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. 1. Argumenta o Representante, em suma, que a indigitada norma seria inconstitucional, por violar o princípio da separação dos poderes e da reserva da Administração, ao legislar sobre matéria de restrição de uso de bem imóvel, cuja atribuição, segundo alega, é do Chefe do Poder Executivo. 2. Este Órgão Especial, em sessão realizada em 13/09/2021, quando do julgamento da Representação por Inconstitucionalidade nº 0057003-10.2020.8.19.0000, de Relatoria do Desembargador Adriano Celso Guimarães, entendeu pela inconstitucionalidade de lei que tombou área edificável localizada no centro da cidade do Rio de Janeiro. No julgamento da referida ação, restou pontuado, pelo ilustre Relator, que o tombamento é ato administrativo típico, cabendo ao Poder Legislativo, apenas, estabelecer regras gerais sobre o tema. 3. Contudo, um mês após o referido julgado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando caso análogo ao presente, entendeu possível o tombamento de bem por meio de lei (ADI 5670, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2021). 4. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do julgado epigrafado, a lei, ao determinar o tombamento de

ADI 5.670/AM, ajuizada contra lei do Estado do Amazonas que determinou o tombamento de 29 edificações de projetos arquitetônicos de autoria de Severiano Mário Vieira de Magalhães Porto.

Importante verificar se a decisão proferida na ADI 5.670/AM teria afastado o entendimento já cristalizado de que o tombamento por lei ofende o princípio da separação de poderes conforme expresso no precedente da ADI 1.706/DF.

Ao se promover uma leitura mais cuidadosa do acórdão, pode-se verificar que sua conclusão está descolada de seu conteúdo.

A ADI 5.670/AM, ao examinar a competência do Poder Legislativo do Estado do Amazonas para editar ato de tombamento, compreendeu que o art. 216, § 1º, da CF admite que a defesa do patrimônio cultural, o que inclui o emprego do tombamento, “compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas”.

Para chegar a essa conclusão, o voto se baseia (i) na doutrina e (ii) em precedente do próprio tribunal.

Para afirmar que o tombamento poderia ocorrer “por meio da edição de normas legais”, cita: Alexandre Santos de Aragão, que afirma competir a todos os entes da fede-

determinado bem, exerce a competência do Poder Público, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário, para promover e proteger o patrimônio cultural local. 5. Destarte, à luz do referido precedente do Pleno do STF, a lei municipal em exame deve ser reputada constitucional. 6. Noto que há precedente deste Órgão Especial que perfilha o entendimento ora adotado (Representação por Inconstitucionalidade nº 0057453-55.2017.8.19.0000, Relator Desembargador Claudio Brandão de Oliveira, julgado em 03/02/2020). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (TJRJ, Órgão Especial, RI nº 0059891-49.2020.8.19.0000, Rel. Des. Benedicto Ultra Ubicair, j. 21.03.2022)

ração; Motaury Ciocchetti de Souza, que define a noção de patrimônio cultural; e Hugo Nigro Mazzili, também afirmando competir a todos os entes da federação. Em seguida, cita Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Afonso da Silva, que buscam definir o tombamento como um processo administrativo.

Na sequência, faz referências ao tombamento como ato administrativo com novas citações de: Alexandre Santos de Aragão, que afirma ser o tombamento um “ato administrativo final de um processo administrativo”, sendo “ilegítima a instituição de tombamentos diretamente por lei”; José dos Santos Carvalho Filho, para o qual o tombamento é “ato tipicamente administrativo”, não se admitindo por lei;⁹ e Adilson Abreu Dallari, para o qual o tombamento “não é matéria típica nem do Legislativo nem do Judiciário”, mas “enquadrando-se, pois, perfeitamente na função administrativa”. Também volta a citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho, que afirmam que o tombamento pressupõe um processo administrativo específico, incluindo a manifestação de um órgão técnico da Administração Pública.

Por fim, discorre sobre os efeitos do tombamento com mais citações de: Marçal Justen Filho, que menciona os efeitos declaratório e constitutivo do tombamento, seguindo a citação de Alexandre de Aragão, sobre o tombamento provisório, que teria efeitos equivalentes ao do tombamento definitivo; Lucas Rocha Furtado, que aponta se tratar de um ato administrativo declaratório; e José Afonso da Silva, que indica tratar-se de ato administrativo constitutivo.

Toda essa literatura, certamente, não conduz à conclusão pretendida, sendo-lhe justamente contrária.

Esses autores não reconheceram ser possível tombamento por lei. Pelo contrário, afirmam que é “tipicamente administrativo”, mediante “processo administrativo” com manifestação de um “órgão técnico”, sendo “ilegítimo por lei”.

De volta ao acórdão da ADI 5.670/AM, é reconhecido que o Supremo Tribunal Federal “possuía entendimento no sentido da exclusividade do Poder Executivo levar a efeito o tombamento”, fazendo referência à ADI 1.706/DF, julgada em 2008, que serviu de parâmetro para outros julgamentos. No entanto, o voto afirma que o Supremo Tribunal Federal indica mudança de entendimento em nova apreciação do tema ao julgar a ACO 1.208 AgR/MS, “oportunidade na qual, com amplo score (8 a 1), entendeu possível o tombamento de bem por meio de lei”.

Eis o X da questão. O Supremo Tribunal Federal não reapreciou a constitucionalidade da lei de tombamento na ACO 1.208 AgR/MS.

Diferente do que parece, o objeto dessa decisão do Plenário da Corte Suprema, usada como marco na mudança do entendimento sobre lei de tombamento, foi um agravo interno, interposto pela União, contra decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes que julgou improcedente a ação, que questionava lei estadual que tombou bem federal. O agravo, ao ser apreciado pelo colegiado, foi desprovido por fundamentação insuficiente e ausência de impugnação específica:

Além de ter repetido os argumentos de sua peça inicial, a União não enfrentou adequadamente os demais termos da decisão recorrida, a qual merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Ante o exposto, nego provimento ao agravo

⁹ Segundo o autor, poderia excepcionalmente na própria Constituição (a exemplo do art. 216, § 5º, da CF).

porquanto manifestamente inadmissível e, tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro o percentual da verba honorária fixada anteriormente (...).

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal não apreciou o mérito da questão, a possibilidade de tombamento por lei. O objeto do julgamento do Órgão Colegiado se limitou à apreciação do agravo interno, sendo deliberado, pela expressiva maioria, que o agravo era inadmissível. O voto vencido foi para conhecer do agravo,¹⁰ caso em que, somente assim, haveria a discussão sobre a matéria de fundo.

Essa má interpretação do Acórdão da ACO 1.208 AgR/MS, no sentido de que teria mudado a posição do Supremo quanto à lei de tombamento, transformou-se em uma bola de neve.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI 5.670/AM, reconheceu a possibilidade de tombamento por lei seguindo o “precedente” da ACO 1.208 AgR/MS, conferindo ao tombamento por lei a mesma eficácia do tombamento provisório, mas sem aprofundar a discussão sobre separação de poderes e reserva de Administração e o devido processo legal:

¹⁰ Min. Marco Aurélio: “O Relator, na decisão agravada, consignou haver disciplina adequada na referida legislação, mostrando-se necessária a notificação prévia apenas no caso de bens particulares, admitindo-se, quanto a bens públicos, a ciência posterior ao ato de tombamento, como condição de eficácia da medida. Notem haver sido editado o Decreto-Lei em questão em 1937, sob a égide do Estado Novo. Cabe ao Supremo aferir a harmonia com a Constituição de 1988. A propriedade pode sofrer restrições – não é um direito absoluto, ao contrário do direito à vida –, mas estas devem observar o devido processo legal em âmbito administrativo, com respeito à garantia do contraditório, considerado o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Não foi o que ocorreu. Divirjo do relator para prover o agravo, a fim de que a ação tenha regular sequência.”

Por consectário lógico desse raciocínio, entendo que o Poder Executivo, ainda que esteja compelido a levar adiante procedimento tendente a culminar no tombamento definitivo, não estaria vinculado à declaração de reconhecimento do valor do bem como patrimônio cultural perfectibilizada pelo Poder Legislativo, uma vez que (...) Ademais, não vislumbro impeditivo constitucional para que o Poder Legislativo, um dos Poderes do Estado, possa promover o tombamento provisório, por meio de ato normativo de efeitos concretos que reconhece o valor do patrimônio cultural, de modo a resguardar o ato administrativo de tombamento definitivo a ser levado a efeito por órgão ou entidade do Poder Executivo respectivo.

Seria temerária mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de mais de uma década, sem qualquer discussão aprofundada entre os juízes da Suprema Corte, com julgamento por meio de uma sessão virtual, corroborando conclusão do relator, divergente da doutrina citada no próprio voto e baseada na falsa premissa de um precedente inexistente. Ao que parece houve uma sucessão de erros materiais que está gerando uma enorme confusão. Foi uma tentativa de solução prática que não atende ao devido processo legal e é ineficaz.

A decisão da ADI 5.670/AM determinou que os 29 imóveis objeto da Lei nº 312/2016, do Estado do Amazonas, fossem considerados tombados provisoriamente como “ato acautelatório” a “provocar o Poder Executivo local”, que posteriormente deverá seguir o devido processo legal previsto no Decreto-Lei nº 25/1937. E mais, decidiu que o Poder Executivo não estaria compelido a transformar o tombamento em definitivo.

Todavia, o e. Ministro não deve ter se apercebido que o tombamento provisório

surte os mesmos efeitos do tombamento definitivo, resultando em restrições ao exercício do direito de propriedade e em obrigações para o titular do bem. E, ainda, que não há prazo para decisão quanto ao tombamento definitivo ou não. Por isso que o tombamento provisório só terá validade a partir da notificação do proprietário, nos termos do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/1937.

Não se pode considerar que os proprietários dos 29 imóveis tenham sido notificados do tombamento provisório com a simples publicação, no caso promulgação, da Lei, sob pena de grave ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

De outro lado, o tombamento de bens sem qualquer fundamentação técnica, além de erros, gera grandes dificuldades para proprietários e servidores públicos que têm o mister de aplicar a legislação de preservação. A propósito do tombamento objeto da Lei nº 312/2016, do Estado do Amazonas, tem-se registrado em ata do Conselho do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Amazonas, as dificuldades ocasionadas pelo Legislativo agir sem consultar o órgão oficial de patrimônio, para evitar ações equivocadas, como no caso o tombamento de bens não relacionados a Severiano ou de espaços privados inexistentes.¹¹

4. Caso do Município do Rio de Janeiro

De volta ao caso do Município do Rio de Janeiro, não há que se discutir sobre a constitucionalidade de tombamento por ato legislativo, porque esta questão já foi defini-

tivamente julgada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando duas vezes tal possibilidade.

Não seria possível, com base em uma suposta mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, repriminar os efeitos de norma definitivamente julgada inconstitucional pela própria Corte Constitucional, seria sepultar o princípio da segurança jurídica.

Contudo, o Legislativo Municipal do Rio de Janeiro segue editando leis de tombamento de bens, apesar de existir Estudo Técnico da Consultoria e Assessoramento Legislativo da Câmara,¹² de 2015, concluindo pela “inconstitucionalidade de leis que efetivem o tombamento de bens”. Um exemplo foi a Lei Municipal nº 7.518/2022, que inclusive cita o dispositivo da Lei Municipal nº 928/1986, há muito declarado inconstitucional:

Art. 1º Fica tombado, por seu interesse histórico e cultural, na forma do art. 1º da Lei nº 928, de 22 de dezembro de 1986, o imóvel onde funciona a sede do Clube Verzul, situado na Avenida do Magistério, próximo ao nº 553, Corredor Esportivo Moneró, Ilha do Governador.

Art. 2º Em decorrência do tombamento efetuado por esta Lei, fica vedada a descaracterização do imóvel, com a finalidade de proteger o patrimônio histórico e cultural.

Para tanto, adotou a simplória justificativa:

O Clube Verzul é um dos mais tradicionais de futebol de pelada do Rio de Janeiro. Foi fundado há cerca de 50 anos por moradores da Ilha do Governador. Tendo sido presidido pelo saudoso Francisco Victer e também pelo saudoso João, famoso gari da Ilha do Governador. Atualmente é

¹¹ COPHAM. *Ata da 27ª sessão Plenária Ordinária - 2021/2023*. Disponível em: <https://cultura.am.gov.br/wp-content/uploads/2024/07/Ata-da-27a-Sessao-Plenaria-Ordinaria-1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2024.

¹² CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. *Estudo Técnico nº 1/2015/CAL/MD/CMRJ*. Disponível em: <https://www.camara.rio/15-tombamento-1/file>. Acesso em: 27 out. 2024.

presidido pelo Hugo, filho de um dos fundadores. Diversos talentos do futebol jogaram e surgiram neste icônico campo, merecendo proteção do poder público contra sua deterioração e descaracterização.

Não se tem notícia sobre processo administrativo, notificação ao proprietário ou estudos técnicos sobre o valor cultural do bem. Isso sem contar na duvidosa constitucionalidade de lei sobre tombamento e na determinação expressa de medidas a serem tomadas pelo Poder Executivo.¹³

A falta de cerimônia em invadir a competência executiva é tanta que a Lei Municipal nº 8.183/2023, que tombou “a sede da Federação das Associações de Favelas, Comunidades e Amigos do Estado do Rio de Janeiro, localizada na Praça da República, nº 24, Centro”, além de tombar imóvel já preservado pelo Corredor Cultural desde 1983,¹⁴ determina que o Poder Executivo realize obras de restauração e conservação do bem, sem qualquer análise técnica.¹⁵

Nessas leis de tombamento recém-editadas é possível identificar, com facilidade, o descumprimento do devido processo legal fixado na Lei Municipal nº 166/1980 (ou do Decreto-Lei nº 25/1937, aplicado subsidiariamente): (i) não há elaboração de parecer prévio do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural (art. 2º, § 3º), com os estudos técnicos que informem o valor histórico-cultural a ser protegido e o instrumento adequado; (ii) o proprietário ou

possuidor não é intimado para se manifestar (art. 3º); (iii) não está configurada a hipótese de urgência ou interesse público relevante para a decretação do tombamento provisório (art. 5º); (iv) não se trata de bem público a admitir a hipótese de tombamento de ofício, prevista no art. 5º do Decreto-Lei nº 25/1937.

Apesar da questionável virada jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, que surte efeitos para além dos casos julgados e transbordam os tribunais para atingir o cotidiano dos órgãos executivos e a vida dos cidadãos,¹⁶ o Prefeito da Cidade segue vetando tais leis por inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da separação de poderes.¹⁷ Geralmente leis desse tipo são vetadas pelo Sr. Prefeito e promulgadas pela Câmara.

¹⁶ É o que se sucedeu no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, com a edição do Parecer ARCY nº 9/2023, de 11 de abril de 2023, em que se concluiu pela possibilidade de lei tombar um bem, desde que especificados os efeitos e a extensão da medida e não implicar em imutabilidade da destinação do bem, embora devendo preservar suas características. O parecerista André Rodrigues Cyrino ainda propôs que tais leis observassem uma processualização mínima para garantia da manifestação do proprietário do bem afetado e com as avaliações técnicas que justifiquem o tombamento. Esses parâmetros, contudo, foram rejeitados por possível interferência ao processo legislativo, e se concluiu que essa processualização seria a cargo do Executivo. Contudo, não se falou em interferência nessa imposição ao Executivo. Por dever de coerência, a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro alterou entendimento anterior e editou o enunciado nº 41 que, também baseando-se nas decisões da ACO 1.208 AgR e ADI 5.670 – as quais fizemos críticas neste artigo –, passa a reconhecer a constitucionalidade formal da lei e pelo descabimento de representação de inconstitucionalidade por se tratar de lei de efeitos concretos (Resolução PGM nº 1.204, de 28 de maio de 2024).

¹⁷ Exemplo do veto ao PL nº 2.611-A, de 2023, comunicado pelo Ofício GP nº 358/CMRJ, de 10 de outubro de 2024, e o veto ao PL nº 3.005, de 2024, pelo Ofício GP nº 387/CMRJ, de 21 de outubro de 2024, ambos publicados no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro.

¹³ Art. 3º O Poder Executivo, por intermédio do órgão competente, adotará as medidas necessárias para o registro do tombamento realizado por esta Lei.

¹⁴ Decreto Municipal nº 4.141/1983

¹⁵ Art. 4º O Poder Executivo adotará as medidas necessárias para a restauração e conservação do bem tombado por esta Lei.

A existência de leis de tombamento inconsistentes e inconstitucionais geram incerteza quanto ao regime jurídico ao qual o bem está submetido. O proprietário fica inseguro quanto ao exercício de seus direitos e os servidores, responsáveis por aplicar a legislação incidente sobre o bem, imersos em dúvidas por ocasião de pedidos de licenciamento e isenção tributária.

Essas leis que pretendem proteger o patrimônio cultural, totalmente descoladas do conhecimento técnico-científico, não atingem seu objetivo. Assim é que a Lei Municipal nº 8.048/2023 “tomba provisoriamente como bem de natureza imaterial de valor cultural da Cidade do Rio de Janeiro, a Feira de Artesanato e Cultura da Ilha do Governador, localizada na Praça Iaiá Garcia, no Bairro da Ilha do Governador”, sob a justificativa de que a tradição desta feira acontece desde fevereiro de 2016.

O equívoco desses atos é de tal ordem que são feitas leis de tombamento para proteção do patrimônio imaterial, quando este instrumento é exclusivo para proteção dos bens materiais, como no caso da Lei Municipal nº 6.895/2021 que “tomba, como Bem de Natureza Imaterial da Cidade do Rio de Janeiro, a Orquestra Sinfônica Brasileira-OSB”. Ora, não há como dar efetividade a tal norma.

A participação popular na proteção do patrimônio cultural, mais do que um comando constitucional, é essencial para o sucesso de qualquer política de proteção. A atuação do Legislativo como órgão representativo da população é bem-vinda, mas não prescinde a observância da lei, nem pode negar a ciência.

Em sede de patrimônio cultural existem sempre duas forças, aquela que menospreza a necessidade de se preservar a identidade e memória, sendo contrária às restrições aos

direitos individuais para o atendimento à função social da propriedade e privilegiando o lucro pretendido com a renovação; e outra, que quer usar os instrumentos de proteção para resolver questões diversas, como evitar despejos, manter determinada atividade ou como ato político eleitoral.

Nesse jogo de forças, impõe-se o respeito ao pronunciamento técnico-científico capaz de fornecer argumentos imparciais para que o gestor decida sobre a forma de proteção de determinado bem ou mesmo pela não proteção e, principalmente, para que o proprietário possa defender seus interesses, inclusive pela via judicial.

É que os efeitos do tombamento não se encerram na edição do ato protetivo. A partir do ato de tombamento surgem demandas quanto aos tipos de intervenção que serão permitidas no bem, quer para possibilitar sua manutenção, quer para conferir usos mais atuais ou viabilizar o melhor aproveitamento econômico do bem. Os efeitos excedem aos limites do bem tombado para atingir também a vizinhança que será submetida a normas de uso e ocupação do solo específicas. E mais, geram impactos financeiros para os entes públicos, desde eventuais benefícios fiscais,¹⁸ até a responsabilidade pela proteção do bem.

Por conta da falta de abordagem desses aspectos, o tombamento por lei se transforma em um instrumento contraproducente à proteção do patrimônio cultural, sendo aplicado indiscriminadamente, amesquinhando algo tido como interesse constitucionalmente protegido, um direito fundamental e uma política pública. Protege-se, assim, bens com valor cultural duvidoso ou aplica-se de forma errônea os instrumentos protetivos.

¹⁸ Lei Municipal nº 691/1984, Decreto Rio nº 28.247/2007 e Lei Municipal nº 7.047/2021.

5. Interpretação para aplicação da lei de tombamento

O fenômeno da lei de tombamento pode ser visto de duas formas.

A primeira é que uma lei que determina o tombamento é uma norma de efeito concreto e sua publicação resulta no tombamento do bem, a despeito do disposto no Decreto-Lei nº 25/1937.

Por certo não cabe o ajuizamento da Representação de Inconstitucionalidade de lei de tombamento, pois se trata de atos de efeito concreto, conforme jurisprudência pacífica sobre a matéria, sendo possível apenas a discussão judicial de sua constitucionalidade no eventual exercício do controle difuso.¹⁹

Ainda que se admita o desacertado entendimento de que essa lei não ofende o princípio da separação de poderes, a norma

segue inconstitucional, pois o legislador não pode promover o tombamento de um bem sem observar o processo administrativo próprio, cujo devido processo legal é distinto do legislativo. Determinar o tombamento sem o contraditório e sem uma justificativa que o ampare torna a lei inconstitucional.

A outra hipótese que ganhou força é a orientação que buscou atribuir ao legislador uma competência que ele não possui – e nem deve possuir. Para evitar jogar por terra todo o esforço legislativo e prestigiar o princípio da representatividade, uma segunda forma de aplicar a lei que determina o tombamento, seria interpretar que apesar do texto legal ser expresso ao dizer “fica tombado”, na verdade seria uma ordem para o Poder Executivo promover o processo de tombamento.

Ainda aqui há divergência se essa lei estaria promovendo uma declaração do valor cultural do bem, ou, indo além, para instituir o tombamento provisório. Também não fica claro se ela estaria determinando que o Poder Executivo promovesse o tombamento provisório, ou a própria lei teria esse poder.

Não há interpretação teleológica que justifique a profunda mudança do texto da lei para que o dispositivo que determina que determinado bem “fica tombado” seja entendido como “fica tombado provisoriamente”, ainda assim haveria problemas.

O tombamento provisório é uma medida cautelar que assegura o estado de um bem que, após análise técnica preliminar, possua valor histórico-cultural que possa justificar a proteção por esse instrumento. O tombamento provisório está igualmente submetido ao devido processo legal. O Decreto-Lei nº 25/1937 condiciona o tombamento provisório à prévia notificação do proprietário e no caso do Município do Rio de

¹⁹ Enunciado 41/PGM: São formalmente constitucionais as leis de iniciativa do Poder Legislativo que determinem o tombamento de bens, em razão do decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ACO 1208 - AgR, em 24.11.2017, acórdão publicado no Diário Oficial da União em 04.12.2017, e corroborado no julgamento da ADI 5.670 - AM, em 11.10.2021, acórdão publicado no Diário Oficial da União em 26.10.2021. O decidido refere-se à etapa inicial do processo de tombamento, veiculando conteúdo provisório, e não interfere na competência dos órgãos do Poder Executivo para a confirmação dos pressupostos e registro definitivo do ato administrativo. Ademais, incabível Representação de Inconstitucionalidade em face de tais atos, por possuírem efeito concreto, conforme jurisprudência pacífica sobre a matéria, sendo possível apenas a discussão judicial de sua constitucionalidade no eventual exercício do controle difuso. Referências: Parecer PG/SUBCONS/10/2024/LBGP e Visto PG/GAB/SUBCONS/34/2024/CR; Parecer PG/ SUBCONS/11/2024/LBGP e Visto PG/GAB/SUBCONS/35/2024/CR. (ATO DO PROCURADOR-GERAL RESOLUÇÃO PGM Nº 1204 DE 28 DE MAIO DE 2024)

Janeiro, pressupõe a existência de urgência ou interesse público que o justifique, sendo estas as garantias mínimas do proprietário quanto à legalidade do ato, posto que o tombamento provisório surtirá os mesmos efeitos do tombamento definitivo. É típica atuação administrativa, precedida de opinião técnica, algo raramente encontrado em justificativas de projetos de leis desse tipo.

Seria absurda a interpretação de que embora o tombamento por lei não seja propriamente um tombamento provisório, nos termos da legislação de regência, surtiria os mesmos efeitos, pois além de contrariar a separação de poderes e o devido processo legal, viola de modo flagrante o princípio da legalidade. Isso porque se estaria atribuindo efeitos a um ato, cuja ordem jurídica não os atribui. Não há qualquer previsão que atribua à lei de tombamento os mesmos efeitos que um tombamento provisório.

Contudo, pode-se identificar que alguns órgãos julgadores e gestores já buscam se adaptar à nova “orientação” do Supremo, que chancelaria a ampliação do poder legislativo para se tornar, em alguma medida, administrador público. Sem a pronta retomada do assunto, o que se visualiza é insegurança jurídica: a proliferação de leis de tombamento, servidores públicos assoberbados de “requerimentos-lei” para análise de tombamento, particulares tolhidos de seu direito e ajuizando inúmeras ações para exercerem plenamente seus direitos, restringidos sem o devido processo legal.

A única alternativa possível, de interpretação conforme a Constituição, é considerar as leis de tombamento como uma espécie de requerimento do Legislativo ao Executivo para avaliar o tombamento de um bem, sem que dessa lei decorram os efeitos do

tombamento provisório e sem vinculação ao Executivo. Essa conclusão atinge com menor intensidade a reserva de administração, com a ressalva de que, ainda assim, a atinge – e, portanto, é inconstitucional.

Logo, com o intuito de conferir maior transparência à política de proteção do patrimônio cultural e em prestígio à segurança jurídica, propõe-se que os vetos às leis de tombamento continuem e que o Chefe do Executivo, no exercício de seu poder regulamentador, edite decreto determinando que as leis de tombamento,²⁰ sejam recebidas como pedido de tombamento encaminhado pela Câmara Municipal, com a abertura do respectivo processo administrativo, que deverá observar o devido processo legal, com a elaboração de parecer do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural, a indicação do instrumento de proteção a ser adotado e a intimação do proprietário para se manifestar.

6. Conclusão

O estudo constatou que o tombamento é um processo administrativo, exigindo-se estudos técnicos sobre o objeto a ser protegido, o que naturalmente diria respeito à esfera de atribuições do Poder Executivo. Este seria o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do tombamento por lei.

Contudo, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal reacenderam dúvidas que há muito teriam sido sanadas pela literatura e na jurisprudência, gerando um efeito cascata nas administrações e tribunais do país. Uma análise aprofundada sobre aqueles julgados

²⁰ No caso do Município do Rio de Janeiro, as leis editadas após a declaração de inconstitucionalidade do art. 462, parágrafo único, da Lei Orgânica.

permitiu concluir que não houve efetiva deliberação da Corte Suprema sobre a possibilidade de o Poder Legislativo editar leis de efeitos concretos para promover materialmente o tombamento.

Não parece seguro dizer que há um novo entendimento da Corte Superior reconhecendo a constitucionalidade da lei de tombamento, a mudança de uma jurisprudência consolidada há décadas exige um ônus argumentativo reforçado, sobretudo pelo fato de a redação do art. 216, § 1º, da Constituição Federal ser a mesma desde sua promulgação. Some-se a isto o julgamento em ambiente virtual, baseado em doutrina que não dá suporte à conclusão do julgado e em um precedente inaplicável ao caso.

Também foi demonstrado que, apesar das decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, a lei de tombamento é inconstitucional por ofensa ao princípio da separação de poderes e por ofensa ao devido processo legal. Ainda que se aplique a decisão proferida na ACO 1.208 AgR/MS como precedente, desprezando-se a discussão acerca do desrespeito ao princípio da separação de poderes, resta hígida a inconstitucionalidade por inobservância do devido processo legal.

Como proposta conciliadora, sugeriu-se a necessidade de edição de decreto para regulamentar o recebimento destas leis como requerimentos para instaurar o processo administrativo de tombamento perante a Administração Pública, sem que delas decorram os efeitos do tombamento provisório e sem vinculação ao Executivo.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, a. 2, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016.

COPHAM. *Ata da 27ª sessão Plenária Ordinária - 2021/2023*. Disponível em: <https://cultura.am.gov.br/wp-content/uploads/2024/07/Ata-da-27a-Sessao-Plenaria-Ordinaria-1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2024.

CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. *Estudo Técnico nº 1/2015/CAL/MD/CMRJ*. Disponível em: <https://www.camara.rio/15-tombamento-1/file>. Acesso em: 27 out. 2024.

LOURENÇO, Eliana da Costa. Tombamento e IPTU. *Revista Carioca de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2001.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade*. Curitiba: Juruá, 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS