



**CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO**

**CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO LEGISLATIVO**

**ESTUDO TÉCNICO <sup>1</sup>**  
**Nº 1/2015/CAL/MD/CMRJ**

**Dezembro/2015**

**Assunto: Possibilidade de realização de tombamento por meio de ato legislativo municipal.**

**Coordenação:**

Maria Cristina Furst de F. Accetta  
Consultora-Chefe da Consultoria e Assessoramento Legislativo

**Editoração:**

Carlos Albuquerque Lemos

**Autor:**

Pedro de Hollanda Dionisio  
Consultor Legislativo em Direito

<sup>1</sup> COPYRIGHT DA CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

© 2015 Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Este trabalho é de inteira responsabilidade de seus autores, não representando a opinião da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, nem dos seus parlamentares. São vedadas a venda, a reprodução parcial ou total e a tradução, sem prévia autorização por escrito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** O presente estudo trata das diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da viabilidade jurídica da realização de tombamento por meio de atos legislativos municipais.

## I – INTRODUÇÃO

1. O tombamento é tradicionalmente entendido como ato de competência típica do Poder Executivo e se dá através de um procedimento administrativo, conforme, inclusive, previsto no Decreto-Lei nº 25/37, ato normativo federal que trata do tema.
2. Verifica-se, contudo, perante a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, a tramitação de diversos projetos que pretendem o tombamento dos mais diversos bens. Por esse motivo, faz-se conveniente a realização de estudo acerca dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes acerca da possibilidade de tal intervenção estatal na propriedade privada ser efetivada por meio de ato legislativo.

## II – POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À REALIZAÇÃO DE TOMBAMENTO POR ATO LEGISLATIVO

3. Muito embora admita não ser o procedimento comum, parte minoritária da doutrina do Direito Administrativo admite que o tombamento seja realizado por meio de ato do Poder Legislativo.
4. Isso porque, primeiramente, não haveria, ao longo de todo texto constitucional, qualquer vedação específica nesse sentido. Muito ao contrário, a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro expressamente confere à Câmara Municipal competência para proteger o patrimônio cultural por meio de tombamento, conforme indicam os dispositivos abaixo transcritos:

“Art. 44. Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do prefeito, legislar sobre todas as matérias de competência do município e especialmente sobre: (...)  
XIV - tombamento de bens móveis ou imóveis e criação de áreas de especial interesse;”

“Art. 342. Os Poderes Municipais, com a colaboração da comunidade, protegerão o patrimônio cultural por meio de inventários, tombamentos, desapropriações e outras formas de acautelamento e preservação.”

“Art. 430. Para assegurar as funções sociais da cidade e da propriedade, o Poder Público poderá valer-se dos seguintes instrumentos, além de outros que a lei definir: (...)

II - de caráter jurídico-urbanístico: (...) c) tombamento de imóveis;”

5. O tombamento, ademais, não necessariamente geraria novas despesas ao Poder Executivo, já que, em princípio, é do particular proprietário o dever de conservação e reparação do bem tombado, a menos que não tenha os recursos necessários para tanto<sup>1</sup>. É a posição, por exemplo, do eminente Professor Paulo Affonso Leme Machado:

“Não há nenhuma vedação constitucional de que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. Como acentua Pontes de Miranda, basta para que o ato estatal protetivo - legislativo ou Executivo - , seja de acordo com a lei ou às normas já estabelecidas, genericamente, para a proteção dos bens culturais. O tombamento não é medida que implique necessariamente despesa e caso venha o bem tombado necessitar de conservação pelo poder público, o órgão encarregado para a conservação efetuará tal despesa”<sup>2</sup>

6. Além disso, segundo alegam os defensores do tombamento por meio de ato legislativo, o artigo 216, § 1º da Constituição Federal atribuiu ao “Poder Público”, com a colaboração da comunidade, a incumbência de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio, dentre outras medidas, do tombamento de bens de seu interesse.

7. Nesse passo, não se poderia entender o termo “Poder Público” de forma extremamente restritiva, abarcando apenas o Poder Executivo. Na referida expressão, dever-se-ia incluir também a Câmara Municipal, até porque, como se sabe, são os atos legislativos a expressão máxima da vontade geral de uma comunidade.

8. Nesse exato sentido é o voto vencido proferido pelo Exmo. Desembargador Wander Marotta, acompanhado por outros cinco magistrados, nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 10000121307052000, julgada em 24.07.2013 pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“não é possível asseverar que a proteção do patrimônio histórico e cultural do Município somente possa ser efetivada através de ato administrativo, como sustenta o autor, ou mesmo que o processo legislativo seja iniciado apenas pelo Chefe do Executivo.

O § 1º do art. 216 da Constituição da República dispõe que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por

---

<sup>1</sup> Segundo o artigo 19 do Decreto-Lei 25/37, “o proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.”

<sup>2</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública e Tombamento*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

O sentido genérico da expressão "poder público", não exclui o poder público municipal. E, sobretudo, o Município não exclui a comunidade, porque certamente a base do município é a comunidade local. E existem bens de interesse do patrimônio cultural que são os bens de interesse estritamente local, que cabem perfeitamente no interesse peculiar do município, no interesse próprio de sua comunidade.

**Por isso, não se há admitir que a promoção e a proteção do patrimônio histórico e cultural se faça, somente, mediante ato administrativo, sem poder de legislar, nem que o processo legislativo deva ser iniciado, privativamente, pelo Chefe do Executivo.**

**A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito.”**

9. Por fim, outro argumento comumente utilizado em favor do tombamento de bens por ato legislativo é o fato de que a própria Constituição Federal, em seu artigo 216, § 5º, efetivou tal restrição administrativa. Segundo o referido dispositivo constitucional, “*Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*”.

10. Em tendo a própria Lei Maior – que não deixa de ser, ela própria, um ato legislativo – realizado o tombamento de diversos bens, como é o caso dos sítios onde funcionaram os antigos quilombos, seria, então, contraditório proibir que o legislador ordinário também o fizesse.

### **III – POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À REALIZAÇÃO DE TOMBAMENTO POR ATO LEGISLATIVO**

11. Parece predominar, porém, tanto na doutrina pátria, quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o posicionamento no sentido de não ser possível a concretização de tombamentos por meio de lei. Há, com efeito, diversos precedentes que declararam inconstitucionais atos legislativos que pretendiam o tombamento dos mais diversos bens.

12. Nesse passo, como primeiro argumento para a inconstitucionalidade de tais normas, alega-se que o tombamento é ato de competência exclusiva do Poder Executivo, de modo que sua realização por lei violaria o princípio da separação de poderes (artigo 2º da Constituição Federal). Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.706/DF, que consiste em um dos principais precedentes sobre a matéria:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELEECER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) 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.** 6. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às "Prefeituras" das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas "Prefeituras" não detêm capacidade tributária. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.” (STF, ADI 1706/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 09.04.2008)

13. Entende-se que, frente ao referido princípio constitucional, os atos de gestão de bens – públicos ou, no caso dos bens tombados, privados, mas de interesse da coletividade – são de competência exclusiva do Poder Executivo, estando incluídos na chamada “reserva de administração”.

14. Cumpriria ao Prefeito, assim, avaliar a conveniência e oportunidade em tomar determinado bem, considerando, para tanto, seu valor artístico, histórico e cultural, o custo de sua manutenção para o Município, dentre outros diversos aspectos.

15. No ponto, recorde-se que o tombamento tem o potencial de trazer novas despesas ao Executivo. Nos termos do que dispõe o artigo 19 do Decreto-Lei 25/37, em não tendo o proprietário recursos para conservar o bem tombado, deverá notificar o Poder Público para que assim o faça. Ademais, é possível que o tombamento de um bem esvazie seu potencial econômico, o que é equiparado pela jurisprudência a uma desapropriação indireta, a permitir a fixação de indenização em favor do particular<sup>3</sup>.

16. Sobre o tema, inclusive, importante destacar que a Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, valendo-se dos argumentos aqui apresentados, declarou, em sede de controle concentrado, a inconstitucionalidade parcial do artigo

---

<sup>3</sup> “AVENIDA PAULISTA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TOMBAMENTO. SÚMULA 279. **Na desapropriação indireta, destaca-se a dimensão individual do prejuízo sofrido com o tombamento. Demonstração, no acórdão recorrido, do dano especial sofrido pelo proprietário, o qual resultou no esvaziamento do direito de propriedade.** Inviabilidade da pretensão recursal de reexame das premissas fáticas do acórdão (súmula 279 desta Corte). Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE AgR 361.127/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 15.05.2012)

462, parágrafo único, IV, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, o qual permitia a realização de tombamentos por esta Câmara Municipal, *in verbis*:

“Art. 462. São instrumentos de execução da política de meio ambiente estabelecida nesta Lei Orgânica: (...);  
IV - o tombamento de bens;  
Parágrafo único. **As disposições dos incisos III e IV poderão ser aplicadas por lei** ou por ato do Poder Executivo.”

17. Com efeito, a referida Corte, nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0031840-19.2006.8.19.0000, declarou “*a inconstitucionalidade dos termos “e IV”, contidos no parágrafo único do art. 462 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, por ofensa ao disposto no art. 7º e 324 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro*”. Transcreva-se, por relevante, a ementa do referido julgado:

“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.” (TJ/RJ, RI nº 0031840-19.2006.8.19.0000 (2006.007.00065), Rel. Des. Ronald Valladares, Órgão Especial, j. em 23.07.2007)

18. Trata-se, igualmente, de relevantíssimo precedente para o presente estudo, posto que, dotado de efeito *erga omnes* e vinculante em relação à atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário, retirou do mundo jurídico dispositivo da Lei Orgânica do Município que expressamente autorizava a realização de tombamento por meio de ato da Câmara Municipal.

19. O terceiro argumento usualmente utilizado pela doutrina e jurisprudência para justificar a inconstitucionalidade do ato legislativo que efetiva o tombamento é a violação às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa do particular proprietário (artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal).

20. É que, em sendo o tombamento instituído por ato administrativo, é oportunizado ao proprietário sua impugnação, em que poderá demonstrar, por exemplo, que o bem não tem valor histórico, artístico ou cultural a justificar a implementação de tal grave restrição ao direito de propriedade. Nesse sentido, veja-se o que dispõe o artigo 9º, “1)”, do Decreto-Lei nº 25/37:

“Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo:  
1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, **notificará o proprietário** para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou **para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.**”

21. Por outro lado, a impugnação pelo proprietário interessado, como se sabe, não é oportunizado no âmbito do processo legislativo, tendo em vista a inexistência de norma semelhante na Constituição Federal, na Constituição fluminense, ou mesmo na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Adotando expressamente tal argumento, cumpre transcrever as seguintes lições do prestigiado Professor Alexandre Santos de Aragão:

“Discute-se se o tombamento pode ser implementado por lei ou apenas por ato legislativo. Entendo que, se feito por lei, não observará o necessário procedimento contraditório imposto, não só pelo Decreto-Lei n. 25/39, que poderia ser derogado por outra lei federal, como pela própria garantia constitucional do devido processo legal, o que além da invasão de competência do Poder Executivo, torna ilegítima a instituição do tombamento diretamente por lei.”<sup>4</sup>

22. A posição no sentido da inconstitucionalidade de instituição por lei de tombamentos, como já mencionado, é amplamente majoritária no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, podendo-se citar, além dos já aqui apresentados, os seguintes julgados nesse sentido:

“Representação de Inconstitucionalidade. Artigo 3º da Lei Municipal nº 5.138, de 07 de junho de 2010, do Município do Rio de Janeiro, que "dispõe sobre o tombamento para fins de preservação histórica e urbanística dos CIEPS - Centros Integrados de Educação Pública por seus valores sociais, históricos e dá outras providências". **Incompatibilidade com o disposto no art. 7º e na alínea "d", inciso II, do § 1º do art. 112, da Constituição Estadual e art. 145, inciso II da Carta Magna. Afronta ao princípio da separação dos poderes e o da reserva de administração ao avocar o Poder Legislativo atribuição privativas do Poder Executivo de iniciativa do Sr. Prefeito. Ausência de competência do Legislativo Municipal para legislar sobre restrição de uso e alienação de bem público imóvel.** Procedência da Representação

---

<sup>4</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 284.

para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, e, por arrastamento os arts. 1º, 2º e 4º, da Lei Municipal objeto da presente.” (TJ/RJ, RI nº 0036506-19.2013.8.19.0000, Rel. Des. Edson Scisínio Dias, Órgão Especial, j. em 01.09.2014)

\* \* \*

“REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 362, DE 21 DE JULHO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, QUE INSTITUIU COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL, PAISAGÍSTICO, ARTÍSTICO E ECOLÓGICO A ÁREA TOTAL DO ANTIGO 3º BATALHÃO DE INFANTARIA MOTORIZADA NO BAIRRO VENDA DA CRUZ, DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, SUSTENTANDO QUE HAVERIA INFRINGIDO OS ARTIGOS 7º E 324, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO ARTIGO 343 DA CARTA FLUMINENSE, VIOLANDO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES. **DEPREENDE-SE, PELA LEITURA DA LEI MUNICIPAL Nº 362, DE 21 DE JULHO DE 2011, QUE HOVE FLAGRANTE INVASÃO DO PODER LEGISLATIVO NA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. É PERMITIDO AO PODER LEGISLATIVO DISPOR, IN GERE, SOBRE REGRAS GERAIS ATINENTES A TOMBAMENTO OU SOBRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL, ARTÍSTICO E PAISAGÍSTICO, NÃO PODENDO, CONTUDO, DESCER DO NÍVEL DA ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE PARA TOMBAR OU REVOGAR O TOMBAMENTO DE UM BEM OU DE UM CONJUNTO URBANÍSTICO, COMO FAZ A LEI MUNICIPAL EM QUESTÃO, COMO SE O LEGISLADOR PUDESSE FAZER AS VEZES DE ADMINISTRADOR.** A LEI OBJETO DA PRESENTE DEMANDA AINDA É INCONSTITUCIONAL PELO FATO DE O PODER LEGISLATIVO "USURPAR" UMA COMPETÊNCIA OUTORGADA AO EXECUTIVO PELO ARTIGO 18 DO DECRETO-LEI Nº 25/1937, IMPLICANDO EM EVIDENTE INGERÊNCIA INDEVIDA CONFIGURADORA DE AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. PORTANTO, A LEI MUNICIPAL Nº 362, DE 21 DE JULHO DE 2011, DENOTA NOTÓRIA INTERFERÊNCIA LEGISLATIVA, NÃO AUTORIZADA PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, EM ATIVIDADE TÍPICA DO EXECUTIVO, QUAL SEJA, A DE TOMBAMENTO DE BENS, UMA VEZ QUE ESTA PRESSUPÕE UM JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE QUE DEPENDE DA ANÁLISE PRIVATIVA DO PREFEITO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 362, DE 21 DE JULHO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO.” (TJ/RJ, RI nº 0038275-62.2013.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Zveiter, Órgão Especial, j. em 11.11.2013)

\* \* \*

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMBAMENTO DO COLÉGIO MARISTA SÃO JOSÉ. DEMOLIÇÃO DE PRÉDIOS SECUNDÁRIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, QUE BEM APRECIOU AS PECULIARIDADES DO TOMBAMENTO, MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Tombamento declarado por ato legislativo estadual. **Vício formal de iniciativa, uma vez que o tombamento, por interferir na propriedade, exige a observância da ampla defesa, sendo, portanto, ato administrativo da autoridade competente, e não**

Consultoria e Assessoramento Legislativo

*Este trabalho não exprime a posição institucional da Câmara Municipal do Rio de Janeiro ou dos seus Vereadores.*



**função abstrata da lei. Logo, como o ato legislativo é via inadequada para o ato de tombamento, correta a sentença ao concluir que as citadas leis estaduais não poderiam produzir efeito.** Decretos municipais de tombamento. Processo administrativo que traz estudo histórico e embasa o decreto que tombou o aludido colégio, a indicar que apenas ao prédio principal foi reconhecida importância para a história da arquitetura. Prova pericial em igual sentido. Segundo decreto que tão somente especificou o objeto do tombamento, adequando-o ao teor do processo administrativo, e não praticou destombamento algum. Correta a sentença ao concluir que ele não está eivado de vício algum, eis que apenas supriu omissão contida no decreto de tombamento originário. Demolição dos prédios secundários que não pode ser tida como ilícita, haja vista que sobre eles não paira qualquer restrição. Licenças para construir. Prova pericial que analisou pontualmente os processos administrativos. Nítida regularidade de seu deferimento. Atendimento das exigências legais. Direito subjetivo do interessado, que deve ser respeitado não só pela Administração Pública, como também pelo Judiciário. Também correta a sentença ao concluir pelo descabimento da invalidação do ato vinculado em apreço. Inexigibilidade de estudo de impacto de vizinhança em razão de ainda não ter sido editada a lei municipal definidora dos empreendimentos que o exigirão, conforme disposto no art. 36 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/01). DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (TJ/RJ, AC nº 0014363-82.2003.8.19.0001, Rel. Des. Celia Meliga Pessoa, 18ª CC, j. em 05.08.2008)

\* \* \*

“MANDADO DE SEGURANÇA

PROJETO DE LEI

TOMBAMENTO DE IMÓVEL

ATO ADMINISTRATIVO

DIREITO DE PROPRIEDADE

RESTRICAO AO DIREITO

ART. 5

INC. XXII

ART. 216

CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988

SEGURANCA CONCEDIDA

Mandado de Segurança. Tramitação de projeto de lei. Tombamento. **Lei que não se revista de caráter de abstração e generalidade, e' lei apenas em seu sentido formal, verdadeiro ato administrativo de efeitos concretos e imediatos, passível de controle e correição pelo Poder Judiciário, ainda que em momento anterior à própria edição, diante do caráter preventivo da ordem impetrada.** Licitude do Judiciário perquirir da competência e, bem, assim dos demais requisitos de validade dos atos do Poder Legislativo, ainda quando "interna corporis" desde que invada esfera de competência de outro poder. **Intromissão indevida do Poder Legislativo na competência do Poder Executivo do Estado que vem ressaltar a inconstitucionalidade do procedimento legislativo. O tombamento e' ato tipicamente administrativo, mediante o qual o Poder Publico, após a finalização do processo administrativo, de atribuição da Secretaria de Estado de Cultura, no qual manifesta a necessidade de intervir na propriedade particular para proteção, ouvido o proprietário, que pode resistir na proteção intervencionista.** Possibilidade de ocorrência de dano, de caráter irreparável ou de difícil reparação. Interpretação dos artigos 5., inciso XXII e 216, par. 1. da Constituição da República. Concessão da ordem

Consultoria e Assessoramento Legislativo

*Este trabalho não exprime a posição institucional da Câmara Municipal do Rio de Janeiro ou dos seus Vereadores.*

para o fim de suspender, em caráter definitivo, a tramitação do projeto de lei, n. 1777/2000. (IRP)” (TJ/RJ, MS nº 0025784-77.2000.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Sergio Fabião, Órgão Especial, j. em 16.04.2001)

\* \* \*

“Reexame necessário. Mandado de segurança. Área situada no município de São João da Barra declarada de utilidade pública para fins de desapropriação. Necessária à instalação do Distrito Industrial de São João da Barra. Parte de tais áreas também foi objeto de tombamento por interesse social e ecológico pelo Poder Legislativo Local, no ano de 2010, através da Lei n 166. Mandamus que tem como escopo anular o tombamento efetuado pela lei 166/2010 do Município de São João da Barra. Via adequada. Lei apenas em seu aspecto formal, eis que despida de generalidade e abstração. **Interferência em atividade típica do Executivo, violando o princípio da separação e harmonia dos poderes. Tombamento eivado de vícios, posto que também não observou procedimentos fundamentais para sua validade.** Sentença que deve ser mantida em reexame necessário.” (TJ/RJ, RN nº 0001596-69.2011.8.19.0053, Rel. Des. Claudia Telles de Menezes, 5ª CC, j. em 12.06.2012)

23. Cumpre, por fim, pôr em relevo que tal posicionamento não impede que a Câmara Municipal legisle sobre a matéria “tombamento”. Com efeito, é plenamente possível ao Poder Legislativo Municipal editar normas gerais e abstratas sobre o tema, suplementando as normas estaduais e federais sobre a matéria, à luz do que autorizam os artigos 24, VII e 30, IX da Constituição Federal. É o que explica o administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

"Ao legislativo compete, isso sim, estabelecer regras para que o administrador intervenha na propriedade privada para fins de proteção do bem por traduzir interesse histórico ou artístico. Nesse aspecto, aliás, a Constituição estabelece competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII, CF). (...) Essa competência, entretanto, é fixada para o fim da edição de regras gerais, abstratas e impessoais sobre a intervenção na propriedade para a proteção desse patrimônio. Bem diversa, porém, é a competência para concluir que a hipótese é realmente de tombamento, competência típica do executivo. Desse modo, parece-nos que a instituição do tombamento deve ser formalizada por ato administrativo típico praticado pelo Poder Executivo."<sup>5</sup>

24. O que o Poder Legislativo estaria impedido, sob pena de incorrer no vício de inconstitucionalidade, é editar leis de efeitos concretos sobre o tema, ou seja, atos legislativos que efetivamente tombassem determinado bem.

---

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 874.

#### IV – POSICIONAMENTO INTERMEDIÁRIO: DECLARAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO PELO PODER LEGISLATIVO E DIÁLOGO DE PODERES

25. Além das duas correntes acima referidas, pode-se adotar um posicionamento intermediário a respeito do tema.

26. Nesse particular, é viável defender que a Câmara Municipal, embora não tenha o poder de efetivar o tombamento, possa, ao menos, declarar de interesse público a preservação de determinado bem. Com isso, o legislador indicaria ao Poder Executivo sua importância para a preservação do patrimônio artístico, histórico ou cultural do Município.

27. A Administração, então, teria a discricionariedade de promover ou não o efetivo tombamento do bem em questão, de acordo com sua avaliação de conveniência e oportunidade da medida. Especificamente sobre a existência de discricionariedade do Poder Executivo em efetivar o ato de tombamento, cabe mencionar a seguinte lição de José Afonso da Silva, em sua prestigiada obra “Direito Urbanístico Brasileiro”:

“O ato de tombamento é, porém, vinculado no sentido de que não se verificará sem o parecer técnico do órgão competente (IPHAN ou entidade semelhante nos Estados ou Municípios) aconselhando a medida. O ato está, pois, vinculado a esse parecer. Mas este não vincula a autoridade competente para emitir o ato de tombamento. [...] Pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo [...]. **Tombar é o momento jurídico concretizado pela edição do ato. Qualificação é operação de natureza técnica; o tombamento, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade.**”<sup>6</sup>

28. Trata-se, assim, de posicionamento que, em princípio, não parece incorrer nas inconstitucionalidades indicadas pela corrente hoje majoritária na doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

29. Isso porque, primeiramente, a discricionariedade do Poder Executivo na gestão do patrimônio público ou de interesse da coletividade seria preservada. A declaração de interesse público do bem pela Casa Legislativa, como visto, apenas alertaria à Administração Pública sobre sua importância e recomendaria a efetivação do tombamento.

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 491.

30. Ademais, em sendo tal restrição efetivamente promovida pelo Executivo, todo o procedimento administrativo previsto no Decreto-Lei 25/37 seria observado, conservando-se, assim, as garantias constitucionais ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal do proprietário.

31. E, por fim, o posicionamento aqui exposto promove um inegável diálogo institucional entre os Poderes municipais, o que, muito ao contrário de infringir, promove o princípio da independência e harmonia entre eles, conforme disposto no artigo 2º da Constituição Federal. A respeito das vantagens de um modelo dialógico, em contraposição de um modelo de supremacia, mencione-se a seguinte lição do constitucionalista Rodrigo Brandão:

“Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica. Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.”<sup>7</sup>

32. Trata-se de manifestação, igualmente, do chamado “Constitucionalismo Cooperativo”, que busca garantir paridade e ausência de primazia e subjugação entre os órgãos estatais, evitando-se atribuir a um determinado Poder a última palavra na interpretação constitucional<sup>8</sup>.

## V – CONCLUSÃO

33. Por todo exposto, é possível afirmar que, embora exista corrente contrária, a doutrina e jurisprudência atuais seguem firmes no sentido da inconstitucionalidade de leis que efetivem o tombamento de bens.

<sup>7</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 288 e 289.

<sup>8</sup> Sobre o tema, confira-se SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

34. É possível se propor, porém, uma posição intermediária, que não incorreria nas inconstitucionalidades apontadas pelo posicionamento majoritário. Nesse sentido de ao Poder Legislativo seria autorizado, por meio de lei, declarar de interesse público a preservação de determinado bem, indicando ao Poder Executivo sua importância histórica e cultural. Este, então, teria a discricionariedade de efetivar o seu tombamento, de acordo com sua avaliação de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, concluiu esta consultoria.

**Autor:**

PEDRO DE HOLLANDA DIONISIO  
Consultor Legislativo em Direito  
Matrícula 10/815.018-7

**Coordenação:**

MARIA CRISTINA FURST DE F. ACCETTA  
Consultora-Chefe da Consultoria e Assessoramento Legislativo  
Matrícula 60/809.345-2