

# Da inconstitucionalidade do tombamento determinado por ação civil pública

Gustavo Alexandre Magalhães

**Palavras-chave:** Tombamento. Tombamento (inconstitucionalidade). Ação civil pública. Bens culturais (proteção jurídica). Patrimônio cultural.

**Sumário:** **1** Introdução - **2** A proteção jurídica aos bens culturais - **3** O tombamento na doutrina e jurisprudência pátrias - **3.1** Natureza jurídica do ato administrativo do tombamento - **3.2** Obrigação de indenizar - **4** O tombamento segundo a visão do MPE/MG - **4.1** Controle judicial do tombamento - **4.2** A ação civil pública declaratória de valor cultural - **5** A inconstitucionalidade do tombamento determinado por ação civil pública - **5.1** Ofensa ao princípio da separação dos Poderes - **5.2** Impacto orçamentário do tombamento determinado judicialmente - **6** Conclusões - Referências

\* Nota referente ao autor

## 1 Introdução

A Constituição da República, em seu art. 216, definiu como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Visando tutelar esses bens, o Constituinte de 1988, no §1º do mesmo dispositivo, impôs ao poder público o dever de conservá-los, sendo o tombamento indicado como uma das modalidades dessa proteção.

O próprio texto constitucional estabeleceu, ainda, que à União, aos Estados e ao Distrito Federal caberia legislar concorrentemente sobre os meios de conservação do patrimônio cultural (art. 24, VII, CR/88) e que

a proteção dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural seria competência administrativa comum de todos os entes da Federação (art. 23, III, CR/88).

Entretanto, o Ministério Público, sob o argumento de defesa do patrimônio cultural, recentemente, tem promovido ações civis públicas para obter provimento jurisdicional que obrigue as administrações municipais a tomar bens cujo valor cultural for reconhecido por órgão técnico competente.

Fundamenta o órgão ministerial<sup>1</sup> que a Constituição de 1988, ao estabelecer como dever do poder público a proteção do patrimônio cultural brasileiro, alçou o tombamento à categoria de ato administrativo vinculado. Assim, identificados pelo IPHAN, ou instituição equivalente, bens de relevante valor cultural, não poderia a Administração Pública adotar outra conduta que não

realizar seu tombamento.

Entretanto, não obstante a irrefutável necessidade de resguardo dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico de nossa sociedade, e a inegável legitimidade do Ministério Público para protegê-los em juízo, questiona-se a constitucionalidade da medida judicial pretendida pelo MP.

É que eventual provimento do Poder Judiciário favorável ao órgão ministerial, ao interferir na administração pública municipal, não só fere o princípio da separação dos Poderes, basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 2º, CR/88), mas também traz severos malefícios à gestão orçamentária dos governos locais.

Destarte, como se demonstrará a seguir, entende-se não existir no ordenamento jurídico brasileiro fundamento de validade para uma decisão do Poder Judiciário que imponha aos municípios a obrigação de promover o tombamento de um bem, mesmo ante um parecer favorável do órgão técnico competente.

Antes, porém, para correta sustentação desse posicionamento, reputa-se imprescindível analisar, segundo a doutrina e jurisprudência pátrias, a natureza jurídica do ato administrativo do tombamento, bem como suas conseqüências econômicas para a Administração.

## **2 A proteção jurídica aos bens culturais**

A correta compreensão dos fenômenos sociais, políticos e econômicos da atualidade, em uma sociedade essencialmente plural como a brasileira, depende, em muito, da análise dos diversos elementos que compõem a cultura nacional. Além disso, não há como se imaginar a formação de um sentimento nacional, tão necessário à coesão social, sem que a população mantenha contato com bases culturais de nossa sociedade. É inquestionável, portanto, a necessidade de preservação dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Assim, para atender esse interesse público, o ordenamento jurídico pátrio, ao longo do século XX, rompendo com a concepção tradicional civilista do direito de propriedade como absoluto, passou a permitir a intervenção estatal na esfera privada em defesa dos bens relevantes para a cultura nacional. As Constituições brasileiras, a partir de 1934, sempre trataram, mesmo que timidamente, do tema,<sup>2</sup> e, no âmbito infraconstitucional, tem-se como marco fundamental dessa evolução a edição do Decreto-Lei nº 25/37, que instituiu o tombamento na ordem jurídica nacional.

Todavia, a proteção jurídica destinada ao patrimônio cultural atingiu seu ápice no texto constitucional vigente. O art. 216 da CR/88, além de ampliar vastamente a classe dos bens considerados relevantes à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores de nossa sociedade passíveis de resguardo estatal, permitiu novas formas de defesa do patrimônio cultural brasileiro.

Assim, além do tradicional instituto do tombamento, o constituinte de 1988 elencou, em *numerus apertus*, inventários, registros e vigilância como meios de preservação dos bens culturais da nação. Ademais, previu a Constituição que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que

visa a anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, CR/88).

É possível dizer, ainda, que o art. 216 do texto constitucional erigiu a preservação dos bens de valor cultural à condição de direito difuso, vez que, adotando-se o parâmetro estabelecido pelo art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, caracteriza-se como indivisível e de titularidade indeterminada e indeterminável. Assim, poderá o patrimônio cultural ser protegido por meio de ação civil pública, promovida pelos entes legitimados.

Contudo, apesar da ampliação das formas de resguardo do patrimônio cultural brasileiro, não se deve confundir as atividades estatais de preservação em geral com o ato administrativo do tombamento, conforme bem explica Sônia Rabello de Castro.<sup>3</sup> Preservação é um conceito amplo, que abrange todas as formas de proteção que o poder público pode e deve utilizar para conservar os bens de valor cultural. Por sua vez, o tombamento, um dos meios de preservação, é um instituto do direito administrativo, com características e efeitos próprios, que só podem ser obtidos por meio de um processo que siga as formalidades fixadas em lei.

### **3 O tombamento na doutrina e jurisprudência pátrias**

Constitucionalmente previsto como um dos meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, o tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada pelo qual o poder público, mediante processo administrativo, sujeita a restrições parciais bens, móveis ou imóveis, cuja conservação seja de interesse público, em função de sua relevância à cultura nacional.<sup>4</sup>

A norma infraconstitucional que regula o procedimento administrativo do tombamento é o Decreto-Lei nº 25/37, o qual prevê suas modalidades: a) quanto à constituição — de ofício (art. 5º), voluntário (art. 7º) ou compulsório (art. 8º); b) quanto à eficácia — provisório ou definitivo (art. 10); c) quanto aos destinatários — geral ou individual.

No que tange aos seus efeitos, o tombamento impõe obrigações ao proprietário do bem (arts. 11, 14, 16, 17, 19 e 22), aos proprietários dos imóveis vizinhos ao bem tombado (art. 18), a eventual adquirente (art. 13, §1º) e ao IPHAN (arts. 13, 19, §1º e 20).

Fundamentando-se no art. 24, VII, da CR/88, que dispõe ser competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, a doutrina majoritária defende que os municípios não podem legislar sobre tombamento.<sup>5</sup> Por sua vez, a jurisprudência dominante, aplicando o disposto no art. 30, I e II, da CR/88, entende que os governos locais podem editar normas suplementares às leis federais e estaduais sobre o assunto.

Discute-se, ainda, se, na instituição do tombamento, o ente federativo competente, em vez de adotar o procedimento previsto no Decreto-Lei nº 25/37, poderia, com a devida aprovação do Poder Legislativo, editar uma lei. S.m.j., entende-se que, sendo o tombamento um ato discricionário, como se verá a seguir, é reservado à Administração decidir sobre o mérito de seus atos, livre da ingerência do Poder Legislativo.<sup>6</sup>

Feita uma breve explanação sobre alguns aspectos do instituto tombamento, haja vista não se

almejar, no presente artigo, apresentar um estudo detalhado do tema, destaquem-se duas questões preliminarmente importantes ao debate ora proposto.

### 3.1 Natureza jurídica do ato administrativo do tombamento

A par da controvérsia acerca do tipo de intervenção na propriedade privada em que o tombamento encaixa-se — servidão administrativa,<sup>7</sup> limitação ao direito de propriedade<sup>8</sup> ou categoria autônoma<sup>9</sup> —, a discussão travada na doutrina pátria que mais interessa aos objetivos do presente artigo diz respeito à natureza jurídica desse ato administrativo: vinculado ou discricionário.

Como se sabe, a importância fundamental da distinção entre os atos administrativos vinculados e discricionários reside na definição da amplitude do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública. Nos atos vinculados, o controle judicial é irrestrito, vez que a lei prevê a única atuação possível do poder público diante do caso concreto. Todavia, em relação aos atos discricionários, quando a Administração atuar dentro da margem de liberdade conferida por lei, não poderá o Judiciário examinar o mérito da escolha administrativa.

Assim, no que tange ao tombamento, prevalece o entendimento de que a proteção estatal sobre os bens de relevante interesse cultural está submetida à discricionariedade da Administração Pública. Vale dizer, o simples reconhecimento do valor cultural de determinado bem pelo órgão técnico competente não obriga o poder público a tombá-lo, sendo primordial, para tanto, a avaliação da conveniência e oportunidade de tal ato. É vedado, portanto, ao Poder Judiciário examinar o mérito da decisão administrativa tomada ao final do processo de tombamento.<sup>10</sup>

Evidentemente, a escolha das coisas a serem tombadas não poderia estar sujeita ao simples arbítrio do administrador público, impondo-se a motivação do ato que indefere o tombamento. Todavia, uma vez válidos os motivos da decisão, e respeitando-se os limites da discricionariedade fixada por lei, não se admite que a Administração seja compelida judicialmente a promover o tombamento. Nesse sentido, vale transcrever a irretocável lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o tombamento, este deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a discricionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público.<sup>11</sup>

Na verdade, imperioso observar que a discricionariedade da Administração Pública está restrita à execução do tombamento, não incidindo sobre a valoração cultural do bem. Com efeito, falece à

Administração competência técnica e legal para definir se um bem apresenta características culturais relevantes ao interesse público, cabendo ao IPHAN, IEPHA ou instituto semelhante fazê-lo.

Assim, a motivação do ato que intervém na propriedade privada, nesse ponto, é vinculada, pois apenas aqueles bens qualificados pelo órgão técnico competente como aptos a integrar o patrimônio público poderão ser tombados. De fato, não poderia a Administração realizar o tombamento de um imóvel, por exemplo, que nada representasse para histórica cultural nacional ou local. A propósito, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

A par disso, o mesmo doutrinador ensina que "o tombamento se realiza através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos livros do Tombo" (Direito de Construir, 5a. ed., p. 128), com o que concorda e faz coro José Cretella Júnior ao afirmar que "embora discricionário quanto à oportunidade e conveniência" o tombamento "é vinculado quanto ao motivo e fim". E, de modo seguro: "a rotulação, a qualificação, o enquadramento do bem, como histórico ou artístico não é ato discricionário, porque envolve questão de fato limitada, embora de modo um tanto vago, por texto expresso de lei" (Regime Jurídico do tombamento, RDA, 112:66-7).

Exatamente por ser ato vinculado quanto aos motivos, admite-se possa o Poder Judiciário averiguar acerca da existência dos mesmos, assim como quanto à correspondência daqueles com a realidade, como se verifica do seguinte precedente do eg. Supremo Tribunal Federal: "Ao Judiciário cabe decidir se o imóvel inscrito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência em verificar, apenas, se foram observadas as formalidades legais, no processo de tombamento." (RDA, 112:66-7). (TJ MG Proc. nº 1.0000.00.266516-4/000(1) - Rel. Edivaldo George dos Santos - J. 30.09.2002 - P. 18.02.2003)

De todo modo, ainda que o órgão técnico competente qualifique certo bem como portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, a autoridade administrativa goza de discricionariedade, para, ao final do processo de tombamento, analisando todos os interesses da coletividade que lhe incumbe proteger, expedir ou não o ato.<sup>12</sup>

Desta feita, apresentando motivos que se coadunem com o interesse público, dentre os quais está, indubitavelmente, a escassez de recursos para ressarcir o eventual prejuízo causado ao proprietário do bem tombado, poderá a Administração, a despeito da avaliação do IPHAN, decidir pelo não tombamento.

Todavia, certa vertente de pensamento defende que a Constituição de 1998, em seu art. 216, §1º, ao erigir o poder público como responsável pela proteção do patrimônio cultural brasileiro, estaria

obrigado a tombar aqueles bens que, segundo o órgão técnico competente, apresentam valor cultural. Nesse caso, o parecer do IPHAN, IEPHA ou instituição equivalente teria natureza vinculativa, nos termos da classificação proposta pela doutrina.<sup>13</sup>

Nesse caso, admitir-se-ia que o Poder Judiciário, ante a notícia de que o órgão técnico competente atestou a existência de valor histórico ou cultural em determinado bem, poderia ordenar à Administração Pública que efetuasse seu tombamento.

É, justamente, seguindo esse entendimento, que o Ministério Público, exercendo sua inquestionável legitimidade para buscar a tutela dos direitos difusos e coletivos, tem proposto ações civis públicas para obter decisão judicial que obrigue as Administrações municipais a promover o tombamento de certos bens.

### **3.2 Obrigação de indenizar**

Independentemente da classificação do tombamento adotada — servidão administrativa, limitação ao direito de propriedade ou categoria autônoma —, prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que o tombamento, em princípio, não gera para o proprietário do imóvel o direito a indenização.

Portanto, dessa modalidade de intervenção do Estado na propriedade não decorre, necessariamente, o dever de indenizar. Todavia, caso o administrado comprove que o tombamento trouxe desvalorização econômica ao seu bem, deve a Administração ressarcir os prejuízos causados ao proprietário.

Tal entendimento, já pacificado na doutrina, também encontra respaldo na jurisprudência:

Direito de Propriedade - Tombamento - Indenização. O tombamento, quando importar em esvaziamento do valor da propriedade, impõe ao Estado o dever de indenizar. (STF - AI nº 127.174 - Rel. Min. Celso de Mello - RDA 200/158).

Tendo em vista os efeitos decorrentes de um tombamento que impõe ao proprietário várias obrigações em relação ao bem, bem como vedações ao seu uso, muitas vezes a sua instituição acarreta efetivo prejuízo ao proprietário. Com a comprovação desse prejuízo, nasce para o Poder Público o dever de indenizar.

Não são raros os casos em que o Estado foi responsabilizado pela depreciação econômica do bem, depois de tê-lo tombado. Vários exemplos podem ser encontrados visitando a jurisprudência dos nossos tribunais.

Administrativo - Tombamento área Serra do Mar - Indenização - Revisão ou Reavaliação

da Prova - Omissão do Tribunal.

1. A jurisprudência desta Turma, bem assim da Primeira Turma, é no sentido de admitir indenização de área tombada, quando do ato restritivo de utilização da propriedade resulta prejuízo para o dominus. (STJ -REsp 401264/SP - T2 - Rel. Min. Eliana Calmon - J. 05.09.2002 - P. 30.09.2002)

Administrativo. Tombamento. Direito à indenização.

A questão relativa à indenização no tombamento não se resolve pela sua natureza, mas pelo princípio da responsabilidade objetiva. Invocando tal preceito, em ocorrendo, pelo tombamento, a redução das faculdades inerentes ao domínio, relativas ao uso, gozo e disposição, pela necessidade de preservação da coisa, com a conseqüente diminuição do seu valor econômico, não se pode afastar o direito do proprietário de ser indenizado. (TJ MG Proc. nº 1.0000.00.122401-3/000(1) - Rel. Pinheiro Lago - J. 31.08.1999 - P. 24.09.1999)

Administrativo. Desapropriação indireta. Dever indenizatório do Estado. Valor da indenização. Laudo pericial. 1 - Se uma limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade plena, como tombamento, requisição, ocupação, ou desapropriação, infringe dano ao proprietário é mister que o Estado o repare proporcionalmente ao prejuízo causado, pois se é certo que a intervenção do ente público visa à instituição de melhoria da qualidade de vida da coletividade, também o é que preceito constitucional garante ao cidadão o direito à propriedade e à reparação dos danos decorrentes da atividade estatal. 2 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, nem está obrigado a decidir de acordo com a conclusão do perito, podendo analisar outros elementos fáticos e formar a sua convicção com as demais provas contidas no processo. (TJ MG Proc. nº 1.0016.98.005469-2/001(1) - Rel. Duarte de Paula - J. 09.12.2004 - P. 04.05.2005)

Na verdade, considerando que o tombamento impõe diversas e severas obrigações ao proprietário, tais como não destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas e fazer obras de conservação (arts. 17 e 19 do Decreto-Lei nº 25/37), é inegável que, na maioria das vezes, o ato do poder público trará impacto econômico negativo ao administrado.

Nesse sentido, é lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, advirta-se, o tombamento configura uma modalidade de servidão administrativa:

Pelo contrário, na maioria esmagadora dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico, (...) há uma individualização do bem objeto do ato imperativo da Administração que traz consigo um prejuízo econômico manifesto para o proprietário.<sup>14</sup>

Ademais, conquanto pese sobre o administrado ônus de demonstrar o efetivo prejuízo ao seu

patrimônio pela restrição imposta pelo poder público, não se deve olvidar que a prova da depreciação do bem tombado pode ser facilmente produzida, sendo necessária, tão-somente, a elaboração de laudo pericial por profissional autorizado a atuar no mercado imobiliário.

Assim, mesmo que se entenda que o tombamento, em princípio, não gera o direito a indenização ao proprietário, forçoso reconhecer que o dever do Estado de ressarcir os prejuízos causados pelo seu ato imperativo, ao final do processo administrativo de tombamento, é a regra, não a exceção.

#### **4 O tombamento segundo a visão do MPE/MG**

Contrariando o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência pátrias, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem defendido ser o tombamento um ato administrativo vinculado, não podendo a Administração adotar outra conduta que não tomar os bens identificados pelo órgão técnico competente como de relevante valor cultural.

Assim, após instaurar um inquérito civil para identificar bens que, potencialmente, integram o patrimônio cultural nacional ou local, o órgão ministerial notifica o IPHAN, ou instituição equivalente, requisitando que apresente um parecer sobre o valor cultural do bem para fins de tombamento. Caso o órgão técnico confirme o interesse público em sua preservação, o Ministério Público, exercendo sua competência constitucionalmente fixada (art. 129, III, CR/88), requer, em juízo, que a Administração municipal seja condenada a realizar seu tombamento.

Contudo, apesar da louvável preocupação da Promotoria Estadual com a preservação do patrimônio cultural localizado em Minas Gerais, as imprecisões do entendimento adotado pelo Ministério Público mineiro, que tornam inconstitucional a medida requerida, impedem que o mesmo prospere.

Não obstante serem vários os argumentos apresentados pelo Ministério Público ao propor as referidas ações civis públicas, para os fins do presente artigo, questionar-se-á, tão-somente, parte daqueles aduzidos por Marcos Paulo de Souza Miranda, em sua obra *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Ressalte-se que essa restrição, além de melhor definir o objeto deste texto, não causa relevante prejuízo ao debate ora proposto, vez que, como atual coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, Souza Miranda direciona, nessa área, a atuação do MP.

##### **4.1 Controle judicial do tombamento**

Primeiramente, ao tratar do controle judicial do tombamento, Marcos Paulo de Souza Miranda afirma que o Poder Judiciário poderá avaliar não só a observância das formalidades legais, no processo administrativo, mas, também, o próprio mérito do ato administrativo. Em relação a esse último aspecto, vale transcrever a lição do autor:

Quanto ao mérito do ato administrativo também é possível a apreciação do Poder



Judiciário a seu respeito, uma vez que para editar o tombamento a administração necessita reconhecer qualidades tecnicamente apreciáveis tais como a vinculação a fatos memoráveis, o valor arqueológico, etnográfico, artístico, paisagístico, a referenciabilidade cultural, etc. Incumbe ao Poder Judiciário, em casos tais, coibir o exagerado arbítrio, a injustiça notória ou a imoralidade por parte do Poder Público, representados por desvio de finalidade, vício de motivos ou desproporcionalidade.<sup>15</sup>

Todavia, conquanto o coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico defenda ser possível ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo que fixa o tombamento, os argumentos por ele apresentados não permitem chegar-se a essa conclusão.

Com efeito, não se deve entender que o Judiciário, ao anular ato administrativo arbitrário, injusto, praticado em desvio de finalidade, com vício em sua motivação ou desproporcional, adentra o mérito da decisão administrativa. A limitação do poder discricionário da Administração não se confunde com o exame do mérito de seus atos.

Consoante ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diversas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, dentre as quais, a relativa ao desvio de finalidade e a teoria dos motivos determinantes. Contudo, apesar dessas restrições teóricas, o mérito do ato praticado com discricionariedade permanece intacto. Sobre o tema, leciona a autora:

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.<sup>16</sup>

O Poder Judiciário, ao anular o ato administrativo do tombamento, por considerar ter havido arbitrariedade do poder público, ocorrido um desvio de finalidade ou mesmo um vício na motivação, não estará adentrando, de forma alguma, no mérito do ato, mas, tão-somente, definindo, no caso concreto, os limites da discricionariedade da Administração. Ademais, como já dito, no que tange à valoração cultural do bem, a motivação do ato é vinculada, pois apenas aqueles bens qualificados pelo órgão técnico competente como aptos a integrar o patrimônio público poderão ser tombados.

De fato, não se nega a possibilidade de controle judicial dos atos discricionários, mas, apenas, do núcleo desses atos, o mérito administrativo, que oferece ao administrador determinadas opções que se caracterizam, na expressão de Eduardo García de Enterría, como *indiferentes jurídicos*. Com isso, diz-se que os critérios na escolha da melhor alternativa pelo gestor público, diante do caso concreto, serão outros que não os de direito, o que inviabiliza, destarte, a fiscalização jurídica da

decisão administrativa.<sup>17</sup>

Deve permanecer, portanto, o entendimento de que a proteção estatal sobre os bens de relevante interesse cultural, através do tombamento, está submetida à discricionariedade da Administração, sendo o simples reconhecimento, pelo órgão técnico competente, do valor cultural de determinado bem insuficiente para obrigar o poder público a tombá-lo.

Assim, como o princípio constitucional da separação dos Poderes veda a interferência do Poder Judiciário na seara da discricionariedade administrativa, ante uma eventual pretensão de condenação da Administração Pública a realizar um tombamento, deverá o órgão julgante extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, em face da ausência de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido.<sup>18</sup>

#### **4.2 A ação civil pública declaratória de valor cultural**

Parte da doutrina, interpretando o art. 216 da CR/88, chega à conclusão de que, na ordem constitucional vigente, o tombamento, em relação à qualificação do bem como patrimônio cultural, passou a ter caráter meramente declaratório, tendo sido revogado o disposto no art. 1º, §1º, do Decreto-Lei nº 25/37.<sup>19</sup> Assim, segundo essa corrente de pensamento, mesmo aqueles bens não inscritos no Livro do Tombo, mas que apresentem relevância para a cultural brasileira, mereceriam proteção do Estado.<sup>20</sup>

Apoiando-se nesse entendimento, Marcos Paulo de Souza Miranda defende ser possível a propositura de uma ação civil pública que vise declarar o valor cultural de um bem, impondo, conseqüentemente, a seu proprietário e ao poder público obrigações necessárias a sua preservação. Permita-se, mais uma vez, transladar a visão do coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico sobre o tema:

Ao Poder Judiciário, a quem incumbe, por força de preceito constitucional, apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, também é dada a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação ante a omissão de seu proprietário ou do Poder Público.

O art. 216, §1º, da CF/88 é claro ao estabelecer que o tombamento é uma das formas de proteção do patrimônio cultural, mas não a única. Como abaixo se vê, de há muito doutrina, jurisprudência e, mais recentemente, a própria legislação federal vêm consagrando a possibilidade do Poder Judiciário reconhecer o valor cultural de determinado bem e determinar as medidas necessárias à sua conservação, independentemente de prévio ato de tombamento.

(...)

Dessa forma, a ação civil pública tem se mostrado como um instrumento extremamente útil em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo no dever de preservar o

patrimônio cultural brasileiro, sendo viável o reconhecimento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao Poder Público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à manutenção de sua integridade.<sup>[21](#)</sup>

Apesar de aparentemente irrepreensível, a leitura desse posicionamento deve ser cuidadosa. De fato, tendo o texto constitucional apresentado um conceito de patrimônio cultural desvinculado do ato administrativo do tombamento, bem como ampliado as formas de proteção aos bens de valor cultural, não há dúvidas de que o patrimônio cultural brasileiro não é constituído, tão-somente, por aqueles tombados por determinação da Administração Pública.

Todavia, conforme exposto anteriormente, não se deve confundir as atividades estatais de preservação em geral com o específico ato administrativo do tombamento. O último, instituto do direito administrativo, é um dos meios de preservação do patrimônio cultural, com características e efeitos próprios.

Assim, apesar de, na ordem constitucional vigente, o tombamento guardar um aspecto meramente declaratório de valor cultural, esse ato administrativo ainda tem caráter constitutivo no que tange aos seus efeitos, que podem ser obtidos ao final do processo regulado pelo Decreto-Lei nº 25/37. Nesse sentido, é o ensinamento de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Havendo desvinculação do patrimônio cultural com o ato de tombamento, pode-se então dizer que o tombamento é constitutivo de efeitos determinados na lei, quer dizer, enquanto o bem não está tombado não está protegido contra atos do proprietário ou de terceiros que o possam mutilar, alterar ou destruir. Isto não significa que ele não seja integrante do patrimônio cultural, inclusive protegido por outros instrumentos. Tampouco significa que o Poder Público possa deixar de agir, em casos de bens não tombados mas de flagrante valor cultural, por ser referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como determina a Constituição. O quê está resolvido aqui, falta resolver o como. E o como diz respeito à possibilidade de qualquer pessoa, do Ministério Público e até mesmo dos órgãos estatais, buscar em Juízo o reconhecimento do valor cultural para que se providencie a adequada proteção, independentemente do tombamento.<sup>[22](#)</sup>

O próprio Marcos Paulo de Souza Miranda, ao tratar do tema, reconhece existir um caráter jurídico "misto" do ato do tombamento, e que os previstos no Decreto-Lei nº 25/37 só podem ocorrer ao final do processo administrativo adequado:

O ato do tombamento pode ser considerado como de repercussão jurídica dúplice ou mista, uma vez que implica em efeito declaratório (declara o valor cultural do bem, valor este que antecede o ato de proteção e o justifica) e também em efeitos

constitutivos, uma vez que submete o bem tombado a um regime jurídico especial criando obrigações para o proprietário da coisa, para os proprietários dos imóveis vizinhos, para o ente tombador e mesmo efeitos que se operam *erga omnes*, atingindo a todos.<sup>23</sup>

Na discussão ora proposta, importa deixar claro que, apesar do aspecto declaratório do tombamento na ordem constitucional vigente e da possibilidade de propositura de ação civil pública objetivando o reconhecimento do valor cultural de um bem, não se admite a utilização do referido instrumento processual para impor à Administração Pública a obrigação de tombamento de um bem.

De fato, os mesmos doutrinadores que defendem ter o tombamento adquirido um aspecto declaratório, após a Constituição de 1988, admitem que esse ato administrativo ainda guarda um caráter constitutivo, especialmente no que se refere à produção de efeitos, que só pode ser obtido por meio do processo previsto no Decreto-Lei nº 25/37. Não se deve confundir, portanto, as atividades estatais de preservação em geral com o tombamento.

Ademais, como já dito, a autoridade administrativa goza de discricionariedade, para, analisando todos os interesses da coletividade que lhe incumbe proteger, proceder ou não o tombamento de determinado bem, a despeito da avaliação do IPHAN, ou instituto equivalente, sendo vedado ao Judiciário examinar o mérito dessa decisão administrativa.

Assim, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao promover ações civis públicas com intuito de obrigar as administrações municipais a tombarem bens cujo valor cultural for reconhecido por órgão técnico competente, busca um provimento jurisdicional que desrespeita as peculiaridades do processo de tombamento e a discricionariedade administrativa, essencial ao princípio da separação dos Poderes, como se verá a seguir.

## **5 A inconstitucionalidade do tombamento determinado por ação civil pública**

Os equívocos presentes no entendimento adotado pela Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, nas ações civis públicas recentemente promovidas, acarretarão severos vícios a uma eventual decisão judicial favorável ao Ministério Público.

### **5.1 Ofensa ao princípio da separação dos Poderes**

Inicialmente, insta observar que, esclarecido ser discricionário o ato administrativo que estabelece o tombamento, o provimento jurisdicional que acolhe pedido do Ministério Público, para obrigar a Administração a tombamento determinado bem, fere o princípio da separação dos Poderes,<sup>24</sup> esculpido no art. 2º da Constituição de 1988.

Atualmente, muito se tem discutido na doutrina e nos tribunais brasileiros acerca dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Tema extenso e extremamente complexo, não se pretende aqui enfrentá-lo, mas, tão-somente, destacar sua importância para o

debate desenvolvido no presente artigo.

De todo modo, ressalte-se, apenas, que o antigo dogma da intangibilidade dos atos administrativos discricionários pelo controle do Poder Judiciário vem sendo, cada vez mais, questionado na jurisprudência brasileira. A propósito, colaciona-se um excerto do voto da Ministra Eliana Calmon, em um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ao longo de vários anos, a jurisprudência havia firmado o entendimento de que os atos discricionários eram insusceptíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário.

Tratava-se de aceitar a intangibilidade do mérito do ato administrativo, em que se afirmava, pelo fato de ser a discricionariedade competência tipicamente administrativa, que o controle jurisdicional implicaria ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Não obstante, a necessidade de motivação e controle de todos os atos administrativos, de forma indiscriminada, principalmente, os em que a Administração dispõe da faculdade de avaliação de critérios de conveniência e oportunidade para praticá-los, isto é, os atos classificados como discricionários, é matéria que se encontra, atualmente, pacificada pela imensa maioria da doutrina e, fortuitamente, aos poucos acolhida na jurisprudência de maior vanguarda.

O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado.

Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rousseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada.

Explico: As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.

Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado. Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão-somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação. (art. 13, §2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e art. 2º, VII, Lei nº 9.784/99). (STJ, Segunda Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana

Calmon, *DJ* 22.03.2004, p. 277, *RSTJ*, v. 187, p. 219)<sup>25</sup>

Entretanto, reforça-se aqui o entendimento de que, quando a Administração atuar dentro da margem de liberdade conferida por lei, não poderá o Judiciário examinar o mérito da escolha administrativa, sob pena de ferir o princípio da separação dos Poderes.

Com efeito, destacou-se anteriormente, com fulcro nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que diversas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário da Administração, mas que, de nenhuma forma, essa limitação confunde-se com o exame do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.<sup>26</sup>

Assim, se a autoridade administrativa, no exercício da discricionariedade que lhe foi conferida pela lei, obedece aos diversos princípios a que a Administração está submetida, motiva validamente sua decisão, não pratica o ato em desvio de finalidade, ou seja, sob nenhum aspecto, extrapola seu poder discricionário, entende-se ser vedado ao Poder Judiciário examinar o mérito da decisão administrativa.

Ressalte-se que, recentemente, o Poder Judiciário, excepcionando a regra de vedação do controle do mérito do ato administrativo, tem admitido a reforma de decisões da Administração, desfavoráveis ao particular, que impliquem prejuízo ao direito à vida. São freqüentes os mandados de segurança impetrados e, em seguida, deferidos contra atos do poder público que negam remédios ou procedimentos médicos indispensáveis à sobrevivência de uma pessoa.

Todavia, trata-se de casos extremos, que não podem justificar outras interferências do Poder Judiciário nas decisões administrativas apoiadas na discricionariedade. De fato, conquanto seja inquestionável a necessidade de resguardo do patrimônio cultural brasileiro, nem de longe ela apresenta a mesma urgência dos pedidos de auxílio médico, em virtude de omissão estatal, relacionados com o direito à vida.

Saliente-se, também, que o Ministério Público, ao requerer a condenação dos municípios a realizar o tombamento de determinados bens, além de desrespeitar a discricionariedade da Administração, fere igualmente o princípio da legalidade, pois, nos termos do art. 24, VII, da CR/88, o administrador público só poderá atuar na proteção do patrimônio cultural quando devidamente autorizado por lei.

Assim, ao adotar essa linha de atuação, o MP usurpa não só o poder discricionário conferido ao administrador pela lei, mas também função própria do Poder Legislativo, vez que a regulação do dever estatal de conservar os bens culturais deverá ser feita por lei. Mais, pode-se dizer que, ignorando a prerrogativa constitucional de produção de atos políticos atribuída ao legislador, que é escolhido pelo povo, o Ministério Público fere a democracia representativa, valor fundante do Estado Brasileiro (art. 1º, parágrafo único, CR/88).

Sabe-se que, com a consagração do Pós-Positivismo e da normatividade dos princípios constitucionais, em especial o da razoabilidade, ampliaram-se as possibilidades para o Ministério Público e o Poder Judiciário "judicializarem" questões relativas à discricionariedade da Administração.

Por óbvio, nenhum magistrado admitirá ter realizado um controle do mérito do ato administrativo, pois, simplesmente, fundamentará sua decisão invocando o princípio da proporcionalidade, ou preceito constitucional diverso, e alegando que, naquele caso concreto, o princípio da separação dos Poderes foi suplantado.

O ponto crucial dessa "judicialização" é que, servindo-se de princípios constitucionais abertos, tais como a dignidade humana, o valor social do trabalho, o direito à vida, e com o auxílio do princípio da proporcionalidade, o Judiciário poderá adentrar no mérito de qualquer ato praticado por um agente público. Levada ao extremo, a normatividade dos princípios constitucionais poderia permitir que um juiz de 1º grau ou o tribunal de justiça, baseados na proporcionalidade, indicasse o ocupante do cargo de secretário municipal, decisão eminentemente política, exclusiva do Poder Executivo.

Como se vê, não se trata de estabelecer uma hierarquia de princípios constitucionais, mas, tão-somente, delimitar a atuação de cada órgão de poder, sob pena de concentração das funções estatais em um só ente, deformidade que a teoria da tripartição dos Poderes, consagrada por Locke e Montesquieu e basilar do Constitucionalismo moderno, buscou afastar.<sup>[27](#)</sup>

## **5.2 Impacto orçamentário do tombamento determinado judicialmente**

A polêmica acerca da ingerência do Poder Judiciário nas atividades administrativas discricionárias ganha mais relevo na discussão ora proposta, em função de, como visto no item 3.2, apesar de prevalecer o entendimento de que o tombamento, em princípio, não gera direito a indenização ao proprietário do bem, o dever do Estado de ressarcir os prejuízos causados por essa intervenção na propriedade privada é a regra, não a exceção.

Por esse motivo, uma administração municipal que busque respeitar os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal, antes de promover o tombamento de um bem, deverá calcular a provável depreciação no valor do móvel ou imóvel a ser tombado e incluir, na lei orçamentária, as eventuais despesas com a indenização do proprietário.

Dessa forma, patente a inconveniência da realização do tombamento por determinação judicial, vez que esse controle do ato administrativo exercido pelo Poder Judiciário desconsidera, por completo, o planejamento orçamentário municipal.

Na verdade, pode-se dizer que o provimento jurisdicional, proferido em ação civil pública, que impõe à Administração o dever de tomar um bem, leva o município, por maioria das vezes, a descumprir a Lei Complementar nº 101/00, pois deverá arcar com gastos não previstos na lei orçamentária.

Mais do que isso, eventual procedência do pedido do Ministério Público, ou mesmo aceitação de compromisso de ajustamento de conduta formulado pelo MP, forçaria o administrador a ordenar uma despesa não autorizada, nos termos do art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que o gasto criado não estaria adequado com a lei orçamentária anual.<sup>[28](#)</sup>

Assim, ao cumprir as obrigações suscitadas pelo órgão ministerial, o administrador público, conforme o disposto no art. 73 da LC nº 101/00, poderia incidir nos crimes previstos no art. 359-D, do Código Penal, no art. 1º, V, do Decreto-Lei nº 201/67, no art. 10, nº 6, da Lei nº 1.079/50, e nos ilícitos dispostos na Lei nº 8.429/92, sujeitando-se a sanções impostas ao cabo de eventuais ações penais e de improbidade administrativa promovidas pelo próprio Ministério Público(!).<sup>29</sup>

Caso a Administração local não disponha de recursos para ressarcir o proprietário dos prejuízos causados pelo tombamento, o administrado será obrigado a recorrer ao Judiciário, requerendo a indenização. Ao final, os tombamentos impostos judicialmente acabarão por aumentar o número de precatórios expedidos contra a Fazenda Pública.

Importante observar que um dos fundamentos para que o legislador confira certa margem de liberdade para o administrador público, diante do caso concreto, escolher uma forma de atuação, é sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei.<sup>30</sup>

Assim, não se deve olvidar que é a Administração Pública o ente estatal responsável por gerir os recursos públicos, que, como é cediço, são insuficientes para atender todas as demandas de nossa sociedade, inclusive as mínimas, previstas no art. 6º da CR/88. É o administrador público quem lida diariamente com as necessidades primordiais da população e planeja a aplicação do dinheiro público de forma a atendê-las.

É, por isso, que Di Pietro, ao tratar da discricionariedade do ato administrativo do tombamento, ensina que o patrimônio cultural não é o único bem cuja proteção compete ao Estado, até porque, em caso de dois valores em conflito, a Administração Pública terá que escolher pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade, apreciação, esta, que é feita no momento da decisão.<sup>31</sup>

Por fim, vale destacar que, como solução para a falta de dotação orçamentária para cobrir os eventuais gastos com indenizações pelos prejuízos causados ao proprietário do bem tombado, a Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico tem defendido que os municípios mineiros instituíam, por meio de lei, Fundos Municipais do Patrimônio Cultural.

Segundo o Ministério Público de Minas Gerais, a criação do Fumpac permitiria uma previsão de recursos financeiros específicos para ações de preservação e conservação de bens culturais. Por oportuno, confira-se um trecho de notícia publicada, em 29.04.2008, no *site* do Ministério Público de Minas Gerais:

Um dos principais instrumentos defendidos pela Promotoria Estadual é a instituição, por lei, do Fundo Municipal do Patrimônio Cultural (Fumpac). A criação do Fumpac objetiva facilitar a adoção de medidas de defesa e promoção do patrimônio cultural mediante a previsão de recursos financeiros específicos para ações de preservação e conservação de bens culturais, além do fortalecimento e capacitação dos órgãos envolvidos com a temática.



Trata-se de um dos mais importantes instrumentos para o funcionamento eficiente, democrático e sustentável de políticas de proteção ao patrimônio cultural comprometidas com resultados. Os valores recebidos a título de ICMS Cultural devem ser destinados ao Fundo para que sua aplicação se dê, sobretudo, em benefício da conservação e promoção dos bens responsáveis pela geração dos recursos. Com a instituição e o funcionamento adequado do Fundo saem ganhando o patrimônio cultural, a comunidade e o Poder Público.

Segundo o promotor Marcos Paulo de Souza Miranda, coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, a maioria dos municípios mineiros, apesar de receber valores elevados a título de ICMS Cultural, lança esses recursos no "caixa único" e não os investe na conservação do patrimônio cultural, gerando uma situação de insustentabilidade das políticas de proteção. "É preciso reverter essa situação e estaremos orientando os Municípios a instituírem seus Fundos Municipais".<sup>32</sup>

Louvável a iniciativa da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, pois, sempre que possível e respeitando-se as normas de responsabilidade fiscal, deve a Administração Pública destinar os recursos necessários à defesa dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico de nossa sociedade.

Contudo, a instituição de um Fundo Municipal do Patrimônio Cultural, assim como o ato administrativo do tombamento, deve respeitar o juízo político de prioridade da Administração, ressaltando-se que, no caso da criação do Fumpac, o Poder Legislativo municipal também será instado a se pronunciar, haja vista ser necessária a edição de lei.

Assim, forçoso reconhecer que, ao sugerir a instituição dos fundos municipais, o Ministério Público mineiro atua, tão-somente, em paralelo ao restante da população, já que qualquer cidadão tem direito de encaminhar ao legislador propostas que considere úteis ao interesse público.

Vale dizer, apesar de suas diversas atribuições constitucionais e legais, no caso em tela, o órgão ministerial não pode supor ter uma posição privilegiada em relação ao demais administrados, pois o Poder Legislativo representa, autonomamente, toda a população. Destarte, conquanto seja elogiável a iniciativa do MP de Minas Gerais, sendo ela *de lege ferenda*, sob nenhuma hipótese, poderá ser exigida judicialmente, mas apenas recomendada ao legislador, o que, repita-se, é facultado a todo cidadão.

Ademais, a Constituição de 1988, apesar de fixar como regra geral a desvinculação das receitas dos impostos (art. 167, IV, CR/88), em função do histórico descaso com as finanças públicas no Brasil, estabeleceu diversas exceções a esse princípio, oferecendo pequena margem de manobra para os administradores públicos empregarem os recursos públicos de acordo com as necessidades locais.

Assim, serão as Administrações municipais, ao analisar os principais reclames da população local, que decidirão, com a devida participação do Poder Legislativo, sobre a viabilidade orçamentária de

se instituir os chamados Fundos Municipais do Patrimônio Cultural.

## 6 Conclusões

O ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando o interesse social na preservação de bens de valor cultural, passou a permitir, ao longo do século XX, a intervenção estatal na propriedade privada, criando obrigações para o proprietário e para o poder público que possibilitassem o resguardo desses bens.

A Constituição de 1988, aprofundando a proteção jurídica ao patrimônio cultural, ampliou sua conceituação e previu, exemplificativamente, várias formas de conservação dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre as quais está o tradicional instituto do tombamento.

O tombamento classifica-se como um ato administrativo discricionário e que, na maioria das vezes, acarreta a depreciação do bem tombado, por impor muitas obrigações ao seu proprietário. Ressurge, assim, como conseqüência natural do tombamento, o dever de a Administração Pública ressarcir ao administrado os prejuízos causados pela intervenção em sua propriedade.

Por ser o tombamento um ato discricionário, não pode prosperar a ação civil pública que pretenda impor às Administrações municipais a obrigação de tomar bens indicados pelo Ministério Público, mesmo que haja um parecer favorável do órgão técnico competente, pois, em razão do princípio da separação dos Poderes, é vedado ao Poder Judiciário examinar o mérito dos atos administrativos discricionários.

Ademais, como o tombamento, em regra, ocasionará despesas à Administração, sua instituição por determinação judicial implica desrespeito ao planejamento orçamentário dos municípios mineiros, levando-os a descumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal. É possível, também, que os tombamentos impostos mediante ações civis públicas acabem aumentando, ainda mais, os precatórios expedidos pelo Judiciário contra os Poderes Executivos locais.

Reputa-se inconveniente, no caso em tela, o controle judicial de políticas públicas, também, pelo fato de as demandas sociais serem sempre maiores que as possibilidades materiais do poder público, sendo aplicável, à discussão ora proposta, o princípio administrativo da reserva do possível. Portanto, caberá à Administração, observando os princípios constitucionais, fazer o juízo de prioridade dos gastos públicos.

A orientação do Ministério Público para que as Administrações locais criem Fundos Municipais do Patrimônio Cultural é uma iniciativa louvável, mas simples sugestão *de lege ferenda*, que deve respeitar, destarte, a liberdade de decisão política dos municípios, segundo os interesses da população local.

Por todo o exposto, considera-se inconstitucional a decisão judicial que imponha aos municípios a obrigação de promover o tombamento de um bem, mesmo ante um parecer favorável do órgão técnico competente.

## Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, n. 112, p. 50-68, abr./jun. 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.) *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\* Cumpre registrar especial agradecimento ao advogado David Oliveira Lima Rocha e ao acadêmico Luiz Henrique Almeida, pela colaboração e pelas discussões quando da estruturação do presente trabalho.

<sup>1</sup> Vale destacar que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais adota, principalmente, o entendimento exarado por Marcos Paulo de Souza Miranda, em sua obra *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. O autor é membro do Ministério Público mineiro, sendo o atual coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico.

<sup>2</sup> SOUZA FILHO. *Bens culturais e sua proteção jurídica*, p. 59-65.

<sup>3</sup> CASTRO. *O Estado na preservação dos bens culturais*, p. 5-9.

<sup>4</sup> DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 151.

<sup>5</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 149. Voz dissidente na doutrina nacional, Carlos Frederico Marés de Souza Filho entende que: "compreende peculiar interesse do Município e evidente interesse local o cuidar das coisas da cidade e é nela que estão concentrados os bens culturais, sejam federais, estaduais ou locais. (...) A existência destes bens gera problemas de ordem urbanística, de trânsito, de ambientação, de visualização, de poluição, que devem ser resolvidos por normas municipais, exigindo que as autoridades locais contem com serviços especiais que, fruto de sua autonomia, devem auto-organizar. Assim, é claro que o município tem competência para legislar sobre patrimônio cultural referente a seu território, a bens que tenham relevância para a cultura da municipalidade. É evidente que estes bens podem ser também referentes ao Estado ou à Nação, ou mesmo à humanidade, mas continuam sendo de interesse local, e podem não o ser da Nação, e então, com maior razão, compete ao Município legislar a sua proteção" (op. cit., p. 120).

<sup>6</sup> Ademais, por importar em limitações ao uso e gozo da propriedade, antes que se conclua o tombamento de um bem, deve-se possibilitar a manifestação do proprietário, dando-lhe oportunidade para impugnar o procedimento, seja quanto à sua legalidade, ou quanto às razões que ensejaram a iniciativa da Administração. A instituição do tombamento mediante lei, a *contrario sensu*, impede a participação do proprietário no processo, ferindo o princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LV, CR/88. Nesse sentido, confira-se: CARVALHO FILHO *Manual de direito administrativo*.

<sup>7</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 862; PIRES. *Da proteção do patrimônio cultural*, p. 278.

<sup>8</sup> CRETELLA JÚNIOR. Regime jurídico do tombamento. *Revista de Direito Administrativo — RDA*.

<sup>9</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 159.

<sup>10</sup> Por oportuno, colaciona-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito do tema: "A decisão de arquivamento e abertura de um novo procedimento, é ato baseado na conveniência e na oportunidade do Administrador, que, observando o interesse público, assim decidiu. Não vejo, neste ato, ofensa ao direito ou da Impetrante ou da coletividade, já que o novo procedimento instaurado para apurar o verdadeiro objeto do tombamento, também obteve parecer favorável pelos membros da Comissão Permanente Técnico Cultural — CPTC, em assim sendo, restando a decisão final do Prefeito, ora Impetrado. Desta forma, não há mais o que questionar acerca do ato que determinou o arquivamento do procedimento nº 0599/2002, se o que foi instaurado em seu lugar encontra-se na mesma fase daquele o qual foi arquivado, esperando, apenas, a decisão definitiva referente ao tombamento, e como esta decisão está adstrita ao poder discricionário do Administrador, não pode o Poder Judiciário decidir acerca do mérito do ato administrativo, limitando a sua competência para revisão deste quanto à legalidade" (TJ MG, Proc. nº 1.0145.03.094392-5/003(1) - Rel. Jarbas Ladeira - J. 14.12.2004 - P. 30.12.2004).

<sup>11</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 158.

<sup>12</sup> TELLES. *Tombamento e seu regime jurídico*, p. 72-73.

<sup>13</sup> MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, apud DI PIETRO, op. cit., p. 239.

<sup>14</sup> MELLO, op. cit., p. 864.

<sup>15</sup> MIRANDA. *Tutela do Patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, p. 151.

<sup>16</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 229.

<sup>17</sup> A respeito do tema, vale transcrever a magistral lição de Florivaldo Dutra de Araújo: "Quando se afirma que o administrador está diante de indiferentes jurídicos, quer-se dizer ou que a lei elencou determinadas opções, atribuindo a todas do mesmo valor, expressamente, pelo que qualquer decisão a ser depois tomada estará previamente avalizada como juridicamente perfeita; ou que a regra legal deu ao administrador balizas dentro das quais se abre um leque de indeterminadas opções, em relação às quais a escolha a ser feita deverá levar à edição de um ato que se contenha nos parâmetros prefixados.

Como qualquer escolha a ser feita discricionariamente terá, diante do direito, igual valor (daí dizerem-se indiferentes jurídicos), os critérios a serem levados em conta na opção caracterizam-se como de outra natureza, podendo ser éticos ou técnicos, por exemplo. E como `qualquer destas soluções, alternativamente, é igualmente justa, e precisamente porque assim é, existe liberdade de decisão (a discricionariedade consiste essencialmente em uma liberdade de eleição)' a escolha proceder-se-á `em virtude de outros critérios materiais distintos dos jurídicos, que por isso não podem juridicamente ser fiscalizados (...) É por isso que o Judiciário não poderá interferir no ato de escolha final, devendo o controle restringir-se aos pressupostos necessários à formação da lista e à verificação de ter sido a nomeação feita na forma legal e pela autoridade competente" (ARAÚJO. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 87).

<sup>18</sup> Conforme já bem delineado pela jurisprudência pátria, tem-se, *in casu*, uma impossibilidade jurídica *relativa* do pedido. A propósito, confira-se o seguinte julgado: "A impossibilidade jurídica do pedido pode ser absoluta ou relativa. A impossibilidade jurídica do pedido relativa consiste em o pedido encontrar amparo no ordenamento jurídico, mas no caso concreto é impossível de ser tutelado" (Número do processo: 1.0702.06.305207-1/001(1) Relator: Márcia de Paoli Balbino. Data da Publicação: 30.11.2006).

<sup>19</sup> "Art. 1º, §1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta Lei".

<sup>20</sup> SOUZA FILHO, op. cit., p. 85-87.

<sup>21</sup> MIRANDA, op. cit., p. 175-179.

<sup>22</sup> SOUZA FILHO, op. cit., p. 87.

<sup>23</sup> MIRANDA, op. cit., p. 131-132.

<sup>24</sup> Conforme observa Alexandre de Moraes, no constitucionalismo moderno, é impróprio falar-se em separação dos Poderes, vez que o poder estatal, soberano, é uno, não sofre divisões. Assim, mais preciso seria utilizar-se a expressão separação das funções estatais (Cf. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006). Contudo, tendo em vista que o termo "separação dos Poderes" está consagrado no direito brasileiro, sendo empregado, inclusive, no próprio texto constitucional (art. 2º, CR/88), não se vê óbice em sua aplicação.

<sup>25</sup> Apud ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>> Acesso em: 04 maio 2008.

<sup>26</sup> Vide item 4.1.

<sup>27</sup> MORAES, op. cit., p. 383.

<sup>28</sup> Nem se diga ser possível o administrador público atender, *in casu*, as exigências da Lei Complementar nº 101/00 mediante autorização de crédito especial, destinado a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, vez que, nos termos do art. 42 da Lei nº 4.320/64, essa modalidade de crédito adicional deve ser autorizada por lei. Assim, não se poderia defender o absurdo de o gestor público depender de decisão autônoma do Poder Legislativo para cometer ou não um ilícito contra a responsabilidade fiscal.

<sup>29</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.) *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 470-484.

<sup>30</sup> MELLO, op. cit., p. 919.

<sup>31</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 158.

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/portal/index>>. Consulta em: 04 maio 2008.

---

### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Da inconstitucionalidade do tombamento determinado por ação civil pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH* Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan. / jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62395>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

---

