

Competência legislativa municipal para o tombamento – Instituição pela via legislativa

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP

1. A proteção do *patrimônio cultural brasileiro* recebe tratamento pormenorizado da Constituição Federal de 1988, nesta havendo toda uma Seção dispondo sobre o assunto. Pela Carta Política citada, dito patrimônio é constituído por bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, neles se incluindo a *forma de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, além dos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, arqueológico, paisagístico, artístico, paleontológico, ecológico e científico* (art. 215).

2. A *relação de bens* ofertada pela Constituição Federal não é *exaustiva*, mas *exemplificativa*, porque poderá a proteção abarcar outros bens ali não discriminados expressamente. Sob tal prisma, frise-se a importância de se delimitar o *objeto da preservação*. Muito embora a concepção adotada entre nós, relativamente ao tema *cultura*, alcance bens materiais e imateriais (num enfoque abrangente), não é verdade que todos eles possam ser conduzidos para o instituto do tombamento.¹

3. No entanto, todos esses *bens* conformam o *patrimônio cultural pátrio* e merecem *ação estatal protetiva*, merecendo dizer que não é dita atividade uma simples *faculdade do Poder Público* já que o § 1º do art. 216 da Constituição invocada tem dicção *imperativa* e *mandamental*:

1. Pires, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994. Para que possam receber a referida proteção, pela via do tombamento, os bens (móveis ou imóveis) devem enquadrar-se nas categorias previstas nos arts. 43 e 47 do Código Civil Brasileiro (p. 85).

“O Poder Público (...) *promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro*”.

4. O *tombamento*, assim como a *vigilância, o registro, o inventário e a desapropriação*, dentre outras, *é uma forma de se efetivar a proteção do patrimônio cultural*.

5. Ao lado da citada *obrigatoriedade* de preservação situa-se a questão de se saber *a quem toca tal ônus*. A Constituição Federal, num primeiro momento, fala em *Poder Público* e sua *atuação colaborada com a comunidade*.

6. O art. 23, III, da Lei Máxima diz ser da *competência comum* dos entes políticos a *proteção* à qual nos referimos. É sabido que essa disposição não veicula *competência legislativa* propriamente dita, mas o fator preponderante que nos leva a concluir pela possibilidade de o Município legislar sobre o tema é a constatação feita no art. 30, IX, daquele mesmo Documento Maior, em que se lê:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

.....

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

7. Por aí vemos que o Município tem não só competência material, mas também legislativa para cuidar do assunto.

8. Além disso, coloque-se em relevo, *mesmo a despeito de o Município não constar do art. 24 da Constituição Federal, a ele é reconhecida a competência legislativa concorrente, porque o próprio art. 30, II, da mesma Carta, dá a exata magnitude do campo a ser explorado pelo respectivo ente político*.

9. Deste modo (resumimos e insistimos), tanto pelo disposto no art. 24, VII, e § 1º, como por

aquilo que se lê nos arts. 23, III, e 30, IX, em combinação com o estatuído no art. 30, I e II (todos da Constituição Federal), não temos dúvida de que o Município pode dispor legislativamente sobre o tema *tombamento*. E não é só. Dizemos que o Município pode tomar, além dos seus, bens da União e dos Estados, não havendo proibição semelhante àquela relativa às *desapropriações*.

10. Não é essa, entretanto, a opinião da professora di Pietro², e, por vezes, órgãos jurisdicionais também rechaçam a competência local (exemplo: ADIn. nº 17.353/4, TJMG).³

11. Por não ser essa *competência legislativa* da espécie *primária* (a não ser na hipótese adiante mencionada; item 12), seguramente haverá o Município de atuar com obediência à legislação da União e dos Estados, para não haver *invasão* em seara na qual não se lhe permite transitar.

12. Mukai vai mais longe nessa perspectiva, dando-lhe enfoque por demais prestante, e avalia o *tombamento na seara municipal* quando cuidar de *patrimônio histórico*. Diz, com extrema propriedade, que, no caso,

“quando se tratar de bens de valor histórico, os três níveis de Governo hão que se manter dentro de suas esferas de competências constitucionais (a União se aterá aos bens de valor histórico nacional; os Estados-membros, aos de valor estadual-regional; os Municípios, aos de valor local).

A autonomia local, princípio da essência do regime federativo brasileiro, expresso no texto constitucional (art. 15), não pode ser olvidado, por via de interpretação de um texto que é inexpressivo nesse sentido (parágrafo único do art. 180 da CF); em consequência, não podem a União ou o Estado-membro tomar bens com invocação de valores his-

2. Di Pietro, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1993, p. 105.

3. Em outro feito da espécie (ADIn. nº 40.647/0, também do TJMG) embora procedente para declarar inconstitucional certo preceito normativo (em decisão tomada por maioria de votos), houve o reconhecimento da competência legislativa local para tratar do tombamento. Esse julgado é interessante porque cuida, a um só tempo, tanto da *competência legislativa municipal* como da possibilidade de *tombamento via lei*. No caso específico a Lei Orgânica de Belo Horizonte *tombou* certos *bens* em seu art. 224. O caso pende de recurso.

tóricos locais, pena de invalidade do ato por excesso e desvio de poder, e, no caso do Estado-membro, de intervenção federal”.⁴

13. O *plexo de normas* de um dado município poderá não ser idêntico ao de outra localidade, por motivos óbvios. Mas, apenas exemplificativamente, pode ser consultada a *disciplina normativa específica* do *tombamento* em nosso *Aspectos jurídicos do tombamento na capital mineira*.⁵

14. Fincada a premissa e contornos da legislação municipal sobre o *tombamento*, segue-se outra questão que reputamos de grande interesse. Trata-se da possibilidade de efetivação do *tombamento* por intermédio de lei. Quer-se dizer, importante para nós é a pouco estudada⁶ *possibilidade de o tombamento se verificar via lei*.

15. Grosso modo, o *tombamento é forma de intervenção na propriedade privada*, não sendo unânime a doutrina em catalogá-lo como *servidão administrativa*, *limitação administrativa* ou *categoria própria*, circunstância que aqui não pode ser aprofundada. O que nos interessa é o fato – igualmente discordante em doutrina – sobre ser ele (tombamento) *ato administrativo*, *procedimento administrativo* ou poder derivar de *ato legislativo “lato sensu”*.

16. Cremos que *ato legislativo* que venha a *efetivar tombamento* não possa ser considerado outra coisa senão *ato administrativo*, embora não emanado do *agir da Administração*. É *ato de efeito concreto* no qual apenas se *reconhece o valor de um determinado bem*. Não é a *lei* ou tampouco será o ato administrativo que irá *atribuir valor a um bem*, a ponto de torná-lo sujeito à *proteção estatal* pela via do tombamento. A ação do Poder Público operada pela via de legislação apenas *reconhece* tal circunstância. E, por ser assim, tanto faz partir esse reconhecimento de ato normativo ou de ato administrativo propriamente dito.

17. Oportuna a lição de Carvalho Netto:

4. Mukai, Toshio. “Patrimônio histórico e autonomia municipal”, in *BDM – Boletim de Direito Municipal*, agosto/88, Editora NDJ, p. 479.

5. Santana, Jair Eduardo. Cit. in *Revista da Amagis*, vol. XXIII, junho de 1994, pp. 95/106.

6. Merece registro o estudo de Telles, Antônio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992. Consignamos que aliamos nosso pensamento ao autor referido para concluir pela possibilidade de haver *tombamento através de lei*.

“em todos esses casos, como do mesmo modo no que toca às determinações de igual natureza da Lei Orgânica Municipal, ou ainda de qualquer tombamento por via legislativa mesmo que ordinária, a expressão ‘ficam tombadas’ só pode ser entendida como o primeiro ato do processo de tombamento gerando todos os efeitos de acautelamento e proteção dele decorrentes; apenas ao fazê-lo constitucional ou legalmente torna-se indiscutível o valor histórico, cultural e/ou paisagístico nacional, regional ou local assim já declarado. É claro que em todas essas hipóteses o dispositivo normativo já protege inicialmente o bem, mas o processo de tombamento há de ter curso”.⁷

18. Endossando esse nosso raciocínio, resgatamos dos ensinamentos de 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 que o ato estatal protetivo – legislativo ou executivo, de acordo com a lei – seja permitido’. O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa 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 a necessitar de conservação pelo Poder Público, o órgão encarregado da conservação efetuará tal despesa com recursos provenientes de seu orçamento”.⁸

19. Não cremos necessária a *autorização* ou *permissão legislativa* citada, a despeito da máxima autoridade de quem a sugere. Os motivos que nos levam a assim concluir estão já expostos e são complementados pelas colocações que se seguem.

20. Poder-se-ia dizer que a lei que tomba determinado bem depende sempre da iniciativa do Executivo (no nosso caso, trata-se de deflagração pelo Prefeito). Acreditamos que não se poderá sustentar tal ponto de vista porque o tombamento

não gera despesa necessariamente, na acepção técnica do termo. E, sendo assim, vedação constitucional alguma há para a hipótese, já que a *iniciativa privativa* é exceção em nosso sistema constitucional. Tratar-se-ia de *iniciativa geral*.

21. Mas, e se for a Lei Orgânica que proceder ao *tombamento*? Se houver *permissão* normativa para tanto, mais fácil será a solução, como sugere Pontes de Miranda citado em Machado (cit. *supra*). Em contrário, haveria de se avaliar se é possível a veiculação desse tema pela *via solene* em lugar da *via ordinária* (vício de *forma*). O que não nos parece acertado é remeter a solução para o domínio do *poder constituinte* visto não possuí-lo o município (lembre-se que o município tem *competências* sacadas da Lei Maior; *poder constituinte* é coisa diversa).

21.1 Não integra o *conteúdo da lei orgânica* municipal (art. 29 da Constituição Federal) a matéria em questão. Para nós, na rigidez comportamental que devemos manter frente à problemática, o assunto deveria ser veiculado pela via *sub-lei-orgânica*, como *normação ordinária*, de iniciativa geral ou reservada, conforme gerasse despesa ou não.

21.2 Mas permanecemos entendendo, mesmo a despeito disso, que o tombamento bem pode efetivar-se por intermédio de lei.

22. A ausência de participação de órgão técnico e os *trâmites* propiciadores de *resposta* por parte dos proprietários do bem tombado (e proprietários de bens na área de *entorno*) são temas que não inviabilizam (em tese) o tombamento pela via legislativa. Com relação ao primeiro aspecto, na generalidade dos casos, não é preciso ser *expert* para saber da necessidade de conservação de um determinado bem. No tocante ao segundo enfoque, principalmente por se tratar de *lei de efeito concreto*, o administrado não estará à mercê da lei porque lhe socorre o direito de postular reclamações perante o Judiciário. Bem se pode considerar o *ato legislativo* como *ato primeiro do tombamento* e, a partir dele, perseguir-se o procedimento respectivo, culminando com a inscrição no Livro competente.

23. Embora admitamos a instituição do tombamento pela via legislativa, não dispensamos – de outra parte – a prática de certos atos que corporificam a restrição à propriedade como, por exemplo e dentre outros, o indispensável *registro* (entenda-se hoje, pela sistemática vigente, *averbação*) junto à *matrícula* do imóvel.

7. Carvalho Netto, Menelick de. Cit. na ADIn. nº 40.647/0 do TJMG.

8. Machado, Paulo Affonso Leme. “Tombamento. Instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural”, in RT 563:26-7.