O TOMBAMENTO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

I — A garantia constitucional do direito de propriedade. II — *O direito real de propriedade: conteúdo e exercício. a) O estatuto jurídico da propriedade. b) As restrições e a extinção compulsórias da propriedade. c) O balizamento do exercício, pelo proprietário, de poderes e faculdades.* III — *O devido processo legal como garantia constitucional em face da privação de bens.* IV — *O patrimônio cultural brasileiro.* V — *A inexistência jurídica e a invalidade do tombamento.*

I — *A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE*

1. A *Constituição Federal de 1988,* na linha de suas antecessoras, elenca a *propriedade individual,* entre os *direitos e garantias fundamentais.*

Já no *caput do art. 5º,* assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à propriedade,* ao lado da intangibilidade da *vida, da liberdade, da segurança, da igualdade,* que àquela se vinculam por cognação.

No *inciso XXII* do mesmo artigo, especifica: "*É garantido o direito de propriedade.*"

Por seu turno, o *art. 170,* componente do Título sobre a *Ordem Econômica,* alinha, como *princípio básico* desta (inciso II), a *"a propriedade privada".*

A CF veda, ademais, o *confisco,* inclusive como efeito tributário: *art. 150, IV.*

Dando consistência ao sistema, e como princípio geral, a *Carta Magna Nacional* explicita, no *inciso LIV do art. 5º,* a garantia do *devido processo legal,* formulado de modo abrangente: "*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*"

2. Ao assegurar o *direito de propriedade,* a Constituição Federal estabelece uma *garantia,* tomada a expressão, não apenas no sentido de *remédio, de meio de defesa*

* Professor Titular. Consultor Jurídico. Membro de Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

jurídicos, mas como barreira, obstáculo, *vedação à ação dos Poderes Políticos,* a fim de manter íntegro o *direito* constitucionalmente resguardado (v. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira,* São Paulo, Saraiva, 1975, vol. 3, p. 78 e 79, *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo, Saraiva, 1971, p. 223 e 224).

Nesta linha, a *garantia constitucional do direito de propriedade* oferece um *aspecto objetivo,* na medida em que impede que se extinga o *instituto da propriedade individual, da propriedade privada.*

Outrossim, como *garantia* dita de *conservação subjetiva,* evita que o titular de um *bem econômico* possa ser dele *privado.*

Impede-se, assim, que se elimine a categoria jurídica da *propriedade,* ao mesmo tempo que se assegura que cada pessoa tenha direito a ter a sua *propriedade* e a mantê-la *intangível.*

Garante-se, enfim, a *propriedade* como *instituição jurídica* e como *direito subjetivo.*

3. A expressão *direito de propriedade* admite um *sentido estrito* e um *sentido lato.*

Stricto sensu, o *direito de propriedade é o domínio (arts. 485,* in fine, *do Código Civil),* o mais amplo dos *direitos reais (art. 524 do Código Civil).*

Em seu sentido largo, é qualquer *direito de conteúdo econômico:* é todo *direito* que tenha por objeto *bens econômicos,* isto é, com *valor pecuniário (valor de uso e valor de troca).*

Em decorrência, pode dizer-se que, ao invés de *um direito de propriedade,* existem *direitos de propriedade.*

São os *direitos patrimoniais,* isto é, aqueles que formam o *patrimônio* de cada pessoa, e que é o conjunto de seus *direitos de valor econômico,* incluindo a *propriedade,* os demais *direitos reais,* e a *posse;* os *direitos obrigacionais;* os *direitos a prestações pecuniárias* com base no *direito de família,* no *direito administrativo,* no *direito social;* os *direitos sucessórios.*

Em seu significado compreensivo, *direitos de propriedade* e *direitos patrimoniais* são expressões equivalentes; e, como *conjuntos,* como *universalidades, propriedade e patrimônio* são termos sinônimos.

Os *direitos econômicos* podem ser: (a) *absolutos,* no sentido de *erga omens, perante todos;* referentes a *relações jurídicas abertas,* como os *direitos reais,* cujo titular está num dos pólos da relação jurídica, enquanto, no outro, está o que muitos denominam de *sujeito passivo total,* isto é, todas as outras pessoas; ou podem ser (b) *relativos,* pertinentes a *relações jurídicas fechadas,* com *sujeitos ativos e passivos* integrantes de um conjunto determinado, como os *direitos pessoais obrigacionais.*

4. Quando a *Constituição Federal* assegura o *direito de propriedade* (os *direitos de propriedade*) o faz em *sentido amplo,* abrangendo todos os *bens econômicos* e não, apenas, os que sejam objeto de *direitos reais.*

Fixar-nos-emos, neste estudo, na *propriedade* como *direito real máximo, o domínio* (Código Civil, arts. 524 e 527).

II — *O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE: CONTEÚDO E EXERCÍCIO*

A) *O estatuto jurídico da propriedade*

1. A *propriedade* é um *instituto jurídico,* uma *instituição,* eis que cabe à lei, dentro do que a *Constituição Federal* assegura, definir, segundo os princípios da *razoabilidade, da proporcionalidade, o seu conteúdo,* estabelecendo os respectivos *limites,* e regulando o correspondente *exercício* e pertinentes fronteiras deste.

O *conteúdo do direito de propriedade* marca, como em todo *direito institucionalizado,* seu *objeto* e respectiva *extensão,* compondo-se de *poderes jurídicos e faculdades.*

Os *poderes* são exercidos pela prática de *atos e negócios jurídicos,* como o *poder de alienação; as faculdades* se exercitam através de *atos-fatos jurídicos (fato e faculdade* são cognatos, derivando ambos do mesmo étimo *fac*), os *atos* materiais de utilizar, de fruir, como o construir de uma edificação, pelo *proprietário,* no imóvel de seu *domínio.*

O *art. 525, 1ª parte, do Código Civil* traduz bem esta idéia do *conteúdo da propriedade,* ao preceituar que a *plenitude* da mesma se verifica, *"quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário."*

2. Este *conteúdo do direito de propriedade é o conteúdo positivo,* que nos evidencia o *conjunto* de seus *poderes e faculdades, e até onde pode ir o proprietário* no respectivo *exercício.*

No *domínio, o conteúdo positivo* está sintetizado pelo *art. 524 do Código Civil: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os possua".*

Possuir a coisa, utilizá-la, fruí-la, destruí-la, gravá-la, aliená-la são poderes e faculdades contidos, em princípio, no *domínio.* Há o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possua, e o de *evitar a ingerência* de terceiro. Integram o *conteúdo do domínio,* igualmente, *direitos e pretensões a indenizações, a compensações,* como no caso da *desapropriação.* Há, outrossim, a considerar, no caso dos *imóveis,* a abrangência física do domínio (solo, subsolo, espaço aéreo).

O *conteúdo da propriedade* tem seus *limites* ditos *negativos,* que fixam *aonde não pode ir* o proprietário, estabelecendo *limitações ao exercício* de seus *poderes e faculdades;* e *até onde* podem ocorrer *ingerências e intromissões de terceiros,* inclusive do *Poder Público,* isto é, que *direitos* têm ou podem vir a ter estes *terceiros* em relação à *propriedade* alheia.

Assim, o *domínio predial* está limitado pela possibilidade da atuação dos vizinhos, como na hipótese prevista no art. 554 do Código Civil; por outro lado, o direito, do dono do prédio, de construir em seu terreno, está limitado pelos direitos de vizinhança, nos termos do disposto no art. 572 do mesmo Código.

3. A própria *Carta Magna Federal* já traça os *contornos do conteúdo* e do *exercício do direito de propriedade.*

Os textos que, através dos tempos, têm *garantido o direito de propriedade,* ressalvam a possibilidade de *desapropriação,* nos casos *previstos em lei* e mediante *processo adequado* e o *pressuposto do pagamento de prévia e justa indenização.*

Assim, na *Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, na França, a propriedade* era apresentada como um direito inviolável e sagrado, mas, no art. 17, era ressalvada a necessidade pública de sua privação, pelo Estado, desde que subordinada a prévia e justa indenização.

A mesma *garantia* estava na *Declaração de Direitos norte-americana de 1776,* convivendo, igualmente, com a *desapropriação,* mediante processo adequado e justa indenização, hipótese prevista na *Emenda nº 05* à Constituição dos Estados Unidos (*emenda de 1791*).

Nossa tradição constitucional evidencia, também, em normas expressas, a convivência das duas noções: ao mesmo tempo em que se garante o *direito de propriedade,* ressalva-se, sempre, a possibilidade de *desapropriação* (*Constituição de 1824,* art. 179, 22; *1891,* art. 72, § 17; *1934,* art. 113, 17; *1937,* art. 122, 14; *1946,* art. 141, § 16; *1967,* art. 150, § 22; *Emenda nº 01/69,* art. 153, § 22).

A *Constituição atual* não foge à regra.

Garantindo o *direito de propriedade no inciso XXII do art. 5º,* explicita no *inciso XXIV* deste último: *"A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição."*

Com relação aos *imóveis urbanos, a Constituição Federal* reitera, em seu *art. 182, § 3º: "As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro."*

Outra ressalva indenizatória refere-se à *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária* (CF, art. 184, e §§).

Podemos, desde logo, concluir que a *desapropriação,* embora em uma de suas faces, integre o *limite negativo da propriedade;* na outra, é um reforço desta, na medida em que só se consuma mediante o preenchimento do pré-requisito da *prévia e justa indenização.*

Há, outrossim, uma *expropriação punitiva* (CF, arts. 182, § 4º, III e 184), e uma *ordinária ou não-sancionatória.*

3.1 Pincemos, ainda no texto constitucional, outros exemplos de *ingerências e intromissões públicas na propriedade individual:* arts. 5º, XXV; 22, III; e 139, VII (uso da propriedade particular; requisições civis e militares); arts. 5º, XLVI; e 37, § 4º (perda e indisponibilidade de bens como sanção penal ou administrativa); arts. 23, VI; 24, VI e VIII; e 225, e §§ (proteção do meio ambiente e dos recursos naturais).

No campo que nos interessa, de imediato, no presente trabalho, está a preservação do *patrimônio cultural brasileiro* (arts. 23, III e IV; 24, VII e VIII; 30, IX; e 216, e §§), que conta, como instrumentos de efetivação, além da *desapropriação* e outros, com o instituto do *tombamento* (art. 216, §§ 1º a 5º), cuja análise será adiante desenvolvida.

3.2 Reiteremos que todas essas *figuras ingerentes na propriedade privada* estão submetidas a *pressupostos e requisitos jurídicos* que confirmam e reforçam aquela, como pormenorizaremos a seguir.

4. À *União Federal* compete, privativamente, legislar sobre o *direito de propriedade imobiliária:* CF, art. 22, I, que reserva à legislação nacional dispor sobre *Direito Civil.*

Cabe-lhe, portanto, regular seu *conteúdo e limites* respectivos, inclusive as *limitações de exercício,* tendo em vista a necessidade de possibilitar a *coexistência e o coexercício* dos vários direitos iguais ou conexos, como os dos proprietários dos prédios vizinhos.

O *estatuto do direito de propriedade,* o seu *conteúdo de poderes e faculdades,* e, como todo contexto normativo, modificável *in obstracto e in these.*

A situação do titular de um direito, quanto aos respectivos *conteúdo e exercício,* quanto a *limites e limitações positivos e negativos, é estatutária, regulamentar,* e, assim, *modificável por lei* que substitua a anterior. Não há, pois, *imutabilidade* em questão de *poderes, de faculdades,* enfim, em termos de *conteúdo e de exercício,* se, repetimos, *em abstrato e em tese.*

As *alterações no estatuto do direito de propriedade,* como *direito real,* contemplando novas *limitações;* o aumentar ou diminuir de seu *conteúdo* não acarretam, *em princípio,* obrigação de indenizar, por parte do *Poder Público Federal,* único competente para legislar sobre *propriedade,* dada, exatamente, conforme já foi referido, a natureza *estatutária* da situação.

O que o titular do direito pode opor contra a *lei nova* são as *garantias do direito adquirido,* do *ato jurídico perfeito, da coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, da CF), quando for o caso.

B) *As restrições e a extinção compulsórias da propriedade*

5. Em face da garantia constitucional do *direito de propriedade,* só a *Constituição Federal* pode estabelecer ressalvas que permitam a imposição unilateral, pelo Poder Público, de *restrições e da extinção do domínio.*

Restrições e extinção dominiais são modalidades de *desapropriação,* instituto sobre o qual só a *legislação federal* pode dispor, nos termos do disposto no *art. 22, II, da CF.*

6. A *propriedade* está constitucionalmente *limitada* pelo *direito potestativo, do Poder Público, de desapropriar.*

Como *direito potestativo,* entra na classe dos *direitos a gerar, modificar* ou *extinguir situações jurídicas (direitos, obrigações, pretensões, ações).*

É *direito,* porque *nasce* de uma situação *fática,* que é um dos *casos,* previstos em lei, como hábeis para a promoção da expropriação. E é *potestativo,* porque é *direito* que tem por *conteúdo um poder jurígeno, o de inovação* do mundo jurídico, pela *criação (direito potestativo criador ou gerador), alteração (direito potestativo modificativo) ou eliminação (direito potestativo extintivo) de situações jurídicas* ou de *efeitos* das mesmas.

O *objeto do direito potestativo, "direito de poder"* ou *"de potestade",* é a prática do ato, o desenvolvimento de um processo que *gere, modifique ou extinga.*

A existência desta espécie de *direito* em favor do Poder Público é um *limite negativo, em tese, à propriedade,* porque fica ela sujeita a, ocorrendo o *fato gerador do direito potestativo expropriatório,* isto é, um dos casos de *necessidade ou utilidade pública ou de interesse social,* poder, eventualmente, vir a ser *extinta ou modificada.*

É a *expropriabilidade dos bens patrimoniais,* qualidade que tem sido considerada ínsita aos mesmos.

O *direito potestativo a desapropriar* pode, conforme assinalado, ser *extintivo ou modificativo da propriedade.*

Embora mais lembrada como *causa de extinção ou perda da propriedade* (cf. art. 590 do CC), a *desapropriação* pode também assumir a modalidade *modificativa,* eis que provocadora de *restrições ao domínio.*

Podemos dizer que, sempre que o Poder Público, unilateral e compulsoriamente, *extingue direito de propriedade,* ou lhe estabelece *restrições,* está *desapropriando,* no sentido amplo abrangido pela Constituição.

A *imposição de restrições à propriedade* consiste na *suspensão temporária* ou na *perda definitiva de exercício* de algum *poder (jurígeno)* ou de alguma *faculdade (fática)* componente do *conteúdo* de um *direito,* no caso, *patrimonial.*

É a hipótese da instituição de *servidões administrativas.*

Em face do exposto, pode concluir-se, desde logo, que não há necessidade de que se produza a *perda da propriedade,* nem a *diminuição de seu conteúdo,* para que se imponha a *necessidade de prévia e justa indenização:* a simples *restrição ao exercício* de um dos *elementos* constitutivos da *propriedade* já é uma forma de *desapropriação,* e, portanto, pressupõe, para a sua *consumação jurídica,* que tenha lugar o *pagamento indenizatório prévio.*

É, este, ponto importante: o *pagamento* é condição da própria configuração da *perda total ou parcial (expropriação extintiva),* ou da mera *restrição (expropriação modificativa) do exercício.*

O estabelecimento de *limite de conteúdo* só pode derivar, como acentuado, de *ato legislativo em tese,* emanado da *entidade federativa competente* para regular o *direito patrimonial* considerado, para *institucionalizá-lo,* para dar-lhe o tratamento de *instituto jurídico.*

Já a *eliminação e a restrição* são produto de exercício de *direito-poder* governamental, que tem de ser instituído por lei federal, eis que, conforme salientado, corresponde esse a uma *limitação, em tese, da propriedade.*

C) *O balizamento do exercício, pelo proprietário, de poderes e faculdades*

a) O balizamento administrativo de polícia ao exercício de faculdades dominiais

7. *O balizamento do exercício de faculdades integrantes do conteúdo da propriedade* pode decorrer da necessidade de salvaguarda de *interesse público* cuja *tutela* está a cargo de uma ou várias pessoas políticas (e não, necessariamente, da competente para estabelecer o estatuto básico do direito em questão), interesses como a *higiene, os bons costumes, a segurança, a tranqüilidade comunitária* etc. Na medida em que o *exercício das faculdades* interfere com tais *interesses, a pessoa política competente,* no uso do chamado *poder normativo de polícia,* e através da edição de *normas legais e de regulamentos administrativos,* dispõe sobre a *proteção* desses *interesses, balizando,* em conseqüência, o *exercício das faculdades.*

As *limitações de polícia* têm por fim dar sentido expresso à *regularidade do exercício* das *faculdades*, na defesa de certos *interesses públicos*. Quanto mais espontânea e autêntica for a sensibilidade da comunidade para esses interesses, menor terá de ser o número de *normas de polícia*.

As noções de *exercício regular dos direitos*, e de seu oposto, o *abuso* neste *exercício*, são fundamentais: *Código Civil, art. 160, I*. Daí a relevância do *balizamento do exercício da faculdade de natureza administrativa de polícia*, a darem a *bitola* para este *exercício*, e que diferem dos *limites de conteúdo do direito* de propriedade imobiliária, que só o legislador federal, nos lindes constitucionais, pode estabelecer.

O *poder de polícia não diminui conteúdo*, mas, apenas *direciona o exercício das faculdades do proprietário*, para mantê-lo na medida da *regularidade*, sem *lesões* a determinado *interesse público ou social*. Embora se use a expressão *limitações administrativas*, e mesmo se entendendo essas últimas como *limitações ao exercício*, a realidade é do *balizamento*, no sentido da *preservação da regularidade*.

Ainda quando emanam do mesmo legislador, porque competente para dispor sobre o *estatuto do direito* e para editar *normas de polícia*, distinguem-se, pelas razões expostas, os *limites de conteúdo* e as *limitações de exercício* integrantes do primeiro e *balizamento de polícia*.

Realmente, a posição da *União* varia, quando *legisla sobre Direito Civil*, em sede de *propriedade imobiliária;* e quando o faz, atingido-a, ao fixar *gabaritos* em zonas de segurança de aeródromos.

Por isso, diz-se que o *poder de polícia administrativa é preventivo*, na medida em que, ao regular o exercício de faculdades, objetiva *evitar o abuso*.

7.1 A própria CF, ao enumerar e assegurar *direitos públicos subjetivos*, esboça *limitações* da espécie: no art. 5º, XIII, é garantida a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas *"atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*, cláusula que é a base da chamada *polícia das profissões*.

Aliás, a CF usa a expressão *poder de polícia*, no art. 145, II, ao prever a instituição e cobrança de *taxas, "em razão do exercício"* do mesmo.

As *limitações de polícia* ao exercício de faculdades são desenvolvidas pela legislação ordinária *(poder de polícia legislativa)*, expedida pelo Poder Público competente para tutelar os variados interesses públicos; e que pode não ser, aliás, o mesmo Poder Público competente para institucionalizar o direito limitado, conforme salientado.

Entra em cena, a seguir, o *administrador público*, para regulamentar as normas balizadoras, com a expedição dos chamados *regulamentos de polícia*.

7.2. A situação do *administrado*, em matéria de *poder de polícia*, também é, em nível *abstrato e em tese, estatutária, regulamentar*, e, pois, *normativamente modificável*.

Na medida em que se estabelecem *limitações* em prol da salvaguarda de *interesses públicos e sociais*, elas não são indenizáveis, como é o caso, antes citado, da fixação do gabarito de edificações.

Tudo isso, porém, conforme salientado, ainda *em tese e em abstrato*, através das modificações da legislação.

Quem não exerceu, de determinada maneira, a *faculdade,* que, como destinatário da norma anterior, tinha a possibilidade de exercitar *in concreto e in casu,* não mais terá condições de fazê-lo.

E não há que se falar de *indenização.*

É claro que isto ocorre, se for lícita a nova *norma,* respeitadora da *isonomia,* e com os atributos da *generalidade, da abstratividade* e da condição de ser *em tese.*

7.3. Torna-se necessário, porém, ainda, que sejam praticados *atos e fatos administrativos concretos,* através dos quais se verifique a consonância, ou não, do exercício do direito de seu titular com o quadro normativo vigente. Esses *atos e fatos administrativos de polícia* traduzem-se em *ordens,* como a de demolição de prédio em ruína; em *exigências,* como a de pintura da fachada de edifício; em *proibições,* como a vedação da instalação de indústria em zona residencial da cidade; e em *autorizações ou licenças,* como a licença para construir ou para o exercício de determinada profissão.

7.4. O *Código Tributário Nacional,* em seu art. 78, e seu parágrafo único, com a redação da *Lei Complementar nº 31/66,* define:

"Art. 78 — Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único — Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder."

Podemos perceber que a definição não é perfeita, eis que *atividade de polícia,* seja em nível *legislativo, regulamentar* ou de *concretização administrativa,* não *limita direito;* e a *"disciplina da produção e do mercado", o "exercício de atividades econômicas",* dizem respeito, não ao *poder de polícia,* mas à *participação social do Poder Público,* como veremos adiante.

É significativo que o parágrafo único do art. 78 do CTN, mesmo antes da promulgação da CF de 88, já impunha, expressamente, a "observância do processo legal".

7.5. Podemos citar o exemplo da *licença para construir,* sendo o *direito de construção* uma das manifestações conspícuas da *propriedade imobiliária urbana.*

Se a situação se consolida, com a prática do *ato administrativo individualizado de polícia,* não sendo este de natureza revogável e precária, são invocadas as garantias do *ato jurídico perfeito e do direito adquirido.*

7.6. De qualquer modo, se, em razão do exercício do *poder de polícia,* alguma propriedade, pelas *limitações* impostas, tem esvaziado tem conteúdo econômico, ou sofre lesão de mesma natureza, o caso entra na órbita da *desapropriação ou da responsabilidade civil.*

b) *As limitações e imposições de Direito Social e poderes e faculdades*

8. Nosso *Direito Constitucional,* a partir da *Constituição Federal de 1934,* tem atribuído uma *função social à propriedade,* que traduz o sentido global do *conteúdo* e do seu *exercício,* e dos respectivos *limites.* Aquela Carta, em seu art. 113, §17, prescrevia que o direito de propriedade não poderia ser *exercido* contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. O art. 147 da CF de 1946 estatuía que o *uso* da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. A Constituição de 1967 (art. 157, III, da redação original; art. 160, III, pela Emenda Constitucional nº 01/69) teve na *função social da propriedade* princípio básico da ordem econômica e social, que, por seu turno, *"tem por fim realizar a justiça social".*

Toda *função* é um *comprometimento finalístico* e diz respeito a uma *atividade.*

Destarte, conforme se verifica dos próprios textos constitucionais citados, está ligada ao *uso da propriedade,* informando seu *exercício.*

O Direito brasileiro sempre ostentou limitações *comissivas, omissivas e passivas* à propriedade.

E a *função social da propriedade* pode levar a que o titular do direito seja obrigado a *fazer,* a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do *bem comum,* correspondendo a uma concepção *ativa, comissiva,* do uso, do *exercício* da propriedade.

A *Carta Política vigente* destaca este *comprometimento finalístico* na própria *declaração de direitos e deveres individuais* — certamente como *dever* —, ao estatuir, no inciso XXIII do art. 5º, que *"a propriedade atenderá a sua função social".*

Essa clausulação é reiterada na *principiologia da ordem econômica:* no art. 170, III, novamente a *função social da propriedade* é citada, agora como princípio da atividade econômica.

O art. 182, § 2º, no Capítulo sobre a *Política Urbana* é explícito em que *"a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".*

Em suma: importante inovação da Carta Política de 1988 é a de, na sua *declaração de direitos e deveres individuais e coletivos,* constante de seu art. 5º, haver elencado, no respectivo inciso XIII, entre esses *deveres,* o do atendimento, pela propriedade à sua *função social,* o que compreende à sujeição, pelo *dominus,* a expressões do *facere, do non facere e do pati.*

Esta *vinculação funcional* é reiterada no *art. 170, III,* o qual explicita os princípios da *ordem econômica,* e se desdobra, quanto à *propriedade urbana,* no art. 182, § 2º; e no concernente à *propriedade rural,* nos arts. 184 e 186.

Mas tal não significa que isso possa ser *gratuitamente* suportado pelo *proprietário,* porquanto este *comprometimento finalístico, da propriedade,* está, por seu turno, submetido à *garantia* de sua *inteireza,* de sua *integralidade,* assegurada pela mesma CF.

Na principiologia da *ordem econômica,* insere-se, também, conforme salientado, a *propriedade privada:* CF, art. 170, II.

E é importante acentuar que a CF realça o sentido *econômico da propriedade,* exatamente por corresponder a *direitos patrimoniais,* ou seja, a *direitos econômicos,* especialmente os pecuniariamente mensuráveis.

E sobrepairando a tudo, a garantia do *devido processo legal,* a vedar *a privação* — seja quanto ao *conteúdo,* seja quanto ao *exercício* — *dos bens,* de qualquer natureza; dos *direitos,* de toda índole, a eles inerentes.

9. As *limitações e imposições de Direito Social* dizem respeito à *participação social do Estado,* envolvendo as áreas do *Direito Econômico, do Direito do Trabalho, do Previdenciário.*

A *Constituição Federal* distribui a competência, na matéria. Assim, por exemplo, é atribuição legislativa federal (art. 22) dispor sobre navegação (inciso X), consórcios e sorteios (incisos XX).

Já se insere na *competência concorrente* (art. 24) da *União e dos Estados federados* a legislação sobre Direito Econômico (inciso I) e sobre *produção e consumo* (inciso V).

10. *É neste campo do Direito Social que se inscreve a área do patrimônio cultural brasileiro, a que se vincula o tombamento, objeto central de nossas considerações neste estudo.*

III — *O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL EM FACE DA PRIVAÇÃO DE BENS*

1. Todo o sistema de *garantia do direito de propriedade* e da de *liberdade* — que são cognatos — é hoje capitaneado pelo preceito do *inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal:*

"Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

2. Com suas origens no Capítulo 3 de 28 Eduardo III (1355) *("no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, on desinherited, non put to death, without he be brought to answer by due process of law")*; e na fórmula *law of the land* da Magna Carta de 1215 *("no free man shall be.. deprived of his freehold... or in any matter destroyed.. except by a legal judgment... by the law of the land — per legem terrae"),* a dicção *due process of law* foi consagrada nas *Emendas nºs V* (1791) e *XIV* (1868) à *Constituição norte-americana.*

A primeira delas refere-se a que *"no person shall, be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation".*

A segunda reitera que *"nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law".*

3. Verifica-se, desde logo, que *privar de* não é, necessariamente, *extinguir,* pois que a *liberdade humana* não pode ser *eliminada,* não é passível de *perda.*

Como se lê no *art. 5º, XLVI,* a, *da CF, a privação da liberdade lato sensu*

engloba a *privação stricto sensu,* isto é, o *impedimento,* como na *reclusão; a restrição,* no sentido de *delimitação,* como no cumprimento da pena no *regime aberto;* ou a *limitação* de exercício, como na *suspensão condicional da pena.*

O mesmo se diga com relação à *propriedade:* pode tratar-se de *perda,* total ou parcial; de *restrição,* com suspensão ou perda de algum poder ou faculdade, e que são formas de *desapropriação,* a exigir, para a sua própria *consumação,* e não apenas, *validade, a indenização* prévia, nos termos do disposto no *inciso XXIV* do mesmo *art. 5º.*

Mas a exigência do *devido processo legal* está presente, também, como *pressuposto de existência jurídica e de validade do ato de privação-limitação,* mesmo se este, em tese, é juridicamente *possível e lícito,* mas que *inexistirá,* ou será *absolutamente nulo,* se não for precedido do desenvolvimento processual hígido.

O texto constitucional norte-americano é expressivo: a seguir do emprego do termo *deprive,* referindo-se a *property,* usa, logo em seguida, para a mesma *property,* a locução *"be taken for".*

4. Aspecto relevante da imposição do pressuposto do *devido processo legal* é a individualização das situações; a necessidade de que cada caso seja objeto de deliberação própria e específica, em face de suas particularidades.

5. A cláusula do *due process of law* tem dois sentidos: (a) o *processual, formal ou adjetivo (procedural);* e (b) o *material ou substantivo (substantive due process).*

5.1 No primeiro, alberga as *garantias instrumentais,* asseguradas ao titular do *direito de liberdade* ou de *direito sobre outro bem,* que integre o seu *patrimônio,* e de que possa ser privado: é o *direito de defesa* do mesmo; de *oposição* à sua *privação,* ao seu atingimento, qualquer que seja sua forma ou índole.

É que todas as *funções governamentais* se desdobram através de *processos* (processo legislativo, jurisdicional, administrativo), pois que tudo que corresponde ao exercício daquelas é juridicamente relevante. Não existe, no Direito Público, o chamado *fato simples, injurídico ou ajurídico* (que não se confunde com o *antijurídico*).

O exercício do poder traduz-se no desenvolvimento de uma *função,* que consiste na *relação,* no *vínculo* entre o *poder exercido* e um *fim,* correspondente ao atendimento de um interesse, de uma necessidade, de um valor, de um bem da vida, a ter sua consecução *obrigatoriamente* obtida.

Essa relação se traduz em um *processo,* com um determinado *objeto ou conteúdo;* e se concretiza numa *atividade,* formalizada por uma série de atos e fatos, que constituem o *procedimento.*

A atuação dos Poderes Públicos se caracteriza como *função,* porquanto os poderes, as atribuições, as competências que formam o conteúdo dos órgãos públicos, devem ser utilizados com o comprometimento finalístico da realização dos objetivos estatais, colimando a consecução do *interesse público,* a englobar o *interesse social.*

A garantia do *devido processo legal,* em seu sentido *formal ou adjetivo,* impõe que aquele a ser atingido pela *privação de sua liberdade* ou em algum *direito* sobre outro bem de que seja titular, tenha de ser *parte no processo* em que se decida ou delibere a respeito daquele atingimento.

E, como *parte,* tem de ter *notícia* da existência do processo e de seu desenvol-

vimento formal com todos os seus atos; tem de poder tornar efetivas as *garantias do "contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"* (CF, art. 5º, LV), a envolver a oposição de razões e a apresentação de postulações; o oferecimento de prova, contraprova e contradita. Em suma: a *impugnação*, devidamente instrumentalizada, ao ato que o atingirá.

5.2. No sentido *material*, corresponde à sujeição do autor do ato aos *pressupostos e requisitos de licitude* de sua ação, quanto aos vários elementos e aspectos, a abarcar a competência, o objeto, o motivo, o fim, pressupostos e requisitos de *existência e de validade.*

Destarte, do *procedural due process* evoluiu-se para o *substantive due process*, na análise do *conteúdo, motivos, finalidade e efeitos dos atos governamentais.*

Cognato com os princípios do *law of the land, do equal protection of the laws, da rationality, da reasonableness, a substantividade* da cláusula contida nas Emendas à Constituição norte-americana desenvolveu-se, nos Estados Unidos, primeiramente na área das *"economic matters"*, expandindo-se, ulteriormente, para outros campos, sempre invalidando constrangimentos públicos ao exercício dos direitos fundamentais.

6. CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, em sua obra *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis da Nova Constituição do Brasil* (Rio, Forense, 1989, p. 31 e s.), ao cuidar do "sentido processual e substantivo do devido processo legal", salienta que, *"na origem, o instituto que estamos a estudar foi confeccionado como uma garantia tão apenas processual, ou seja, como um princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias judiciais. Foi com essa índole essencialmente processualista que a garantia do* devido processo legal *vigorou na velha Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e daí ingressou nas Cartas coloniais da América do Norte e, depois, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos. Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública".*

Quanto a esse último ponto, salienta (p. 40/42), que, *"do campo processual penal e civil e garantia do* devido processo legal *alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a essa rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativas. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro. Assumiu específica importância na área do poder de polícia, considerado genérica e modernamente como a competência explícita ou implícita dos órgãos estatais para disciplinar o exercício da liberdade individual e a utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos".*

Acrescenta que, *"nesse sentido, firmou-se desde cedo o entendimento na jurisprudência norte-americana de que a validade do exercício do* police power *na esfera jurídica individual depende sempre do prévio conhecimento e da audiência do*

interessado (notice and hearing), *a fim de que o ato do poder público não seja arbitrário ou carente de justificativa. Como esclarece ERNST FREUND, em obra clássica, a garantia do* devido processo legal 'requires that the individual affected have an opportunity to be heard; this hearing affords him some assurance that the act will not be entirely arbitrary or without cause'."

Quanto a este aspecto, salienta a obra *The Constitution of United States of America — Analysis and Interpretation (Library of Congress,* Washington, p. 847), sob o título *Notice and Hearing,* que *"due process of law significa a "right to be heard".*

E acrescenta que, *"when the Constitution requires a hearing it requires a fair one... those who are brought into contest with the Government in a quasi-judicial proceeding aimed at control of their activities are entitled to be fairly advised of what the Government proposes and to be heard upon the proposal before the final command is issued".*

No que concerne ao aspecto substantivo, disserta SIQUEIRA CASTRO (p. 43 e s.) que *"ao lado dessa função de limite "procedimental" na esfera administrativa, esse instituto teve nos Estados Unidos, em seguida, grande serventia como controlador do próprio conteúdo das decisões adotadas pela Administração Pública. Por força da política judicial de controle intensíssimo sobre todas as formas de atuação da autoridade constituída, capazes de ocasionar restrições à vida, à liberdade e à propriedade, passou a garantia do* due process of law *a operar como filtro de legalidade do poder de polícia do Estado".*

No capítulo específico sobre *O Devido Processo Legal nos Procedimentos Administrativos,* o mesmo Autor destaca a importância da teoria dos "motivos determinantes" (op. cit., p. 322), grifando que, *"para a aferição da validade dos atos do Poder Público, isto é, para a verificação de sua conformação com o sistema normativo, faz-se indispensável, a nosso sentir, além da perquirição dos elementos externos do ato (competência, forma etc.), o exame da motivação intestina em que radicou a sua edição. Tal qual se passou com a evolução dos requisitos das decisões judiciais nas instâncias penais e civis, onde a existência de fundamentação legítima e racional erigiu-se em estereótipo da garantia do* devido processo legal, *também na esfera do Direito Administrativo a existência de motivação é vista hoje como condição de validade dos atos da Administração. A bem dizer, a declinação dos motivos nas manifestações estatais criadoras, extintivas ou modificadoras de direitos, que caracterizam os pronunciamentos de caráter decisório do Poder Público, tornou-se por toda parte uma exigência do Estado democrático de Direito. É que a idônea motivação dos atos estatais que intercedam com interesses gerais da sociedade ou, singularizadamente, com interesses específicos de terceiros, afasta desde logo o sintoma do arbítrio e do despotismo, que a ordem constitucional repudia e o regime democrático deplora. Além disso, com a revelação das razões de decidir, permite-se à própria Administração Pública rever internamente os seus atos, possibilitando-se, ainda e sobretudo, ao Judiciário controlar externamente a validade das ações (e omissões) do Poder Público em face da Constituição e das leis menores. Em síntese, a justa causa transformou-se, para os administrados, em garantia contra o arbítrio das autoridades".*

E acrescenta (op. cit., p. 327 e s.) ser *"imperioso considerar que nem mesmo o ato administrativo dito "discricionário", ou oriundo do exercício de competência livre, pode escapar à exigência de motivação. Esta, constituindo requisito indissociável do* devido processo legal *na instância administrativa, é de ser exigida tanto aos atos "vinculados" quanto aos atos "discricionários" da Administração Pública. Tal se deve porque a discricionariedade não se confunde (nem poderia) com a arbitrariedade, que é incompatível com o Estado de Direito. Ademais, a margem de discrição concedida ora e vez pelo legislador, e que habilita o administrador público a emitir juízos de oportunidade e conveniência no exercício de suas legais competências, jamais é absoluta, devendo sempre sujeitar-se aos* standards *traçados implícita ou explicitamente nas normas atributivas de competência, onde sobrelevam os fins de interesse público colimados pela regra competencial... Por essas razões, já se observa hoje* (last but not least), *aqui e ali, uma auspiciosa inclinação do Judiciário brasileiro em controlar os atos discricionários da Administração Pública. O argumento da discricionariedade, tão freqüentemente utilizado por nossas autoridades no período ditatorial recente para justificar toda sorte de desmandos e de abusos, já não é mais, pelo menos para os doutrinadores de superior e democrática formação, uma imunidade privilegiada capaz de impedir o indispensável controle judicial".*

Aborda, ademais, tópico de decisiva importância *in casu* (op. cit., p. 341) que *"noutra assentada, esse mesmo Tribunal, ao examinar em 16.04.86 a Remessa* ex officio *nº 92.653-CE, sob o judicioso relatório do Ministro CARLOS MARIO VELLOSO, proclamou com toda ênfase a inafastabilidade da garantia do* devido processo legal *nas instâncias administrativas. Em textual: 'A garantia do* due process of law *tem aplicação no procedimento administrativo. Destarte, quando a administração tiver que impor uma sanção, uma multa, ou de fazer um lançamento fiscal, ou de decidir a respeito de determinado interesse do administrado, deverá fazê-lo num processo regular, com possibilidade de defesa'."*

IV — *O PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO*

1. Todo *patrimônio* é, juridicamente, uma *universalidade.*

A propósito, reproduzamos o teor do art. 57 do Código Civil: *"O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais."*

No início deste estudo, referimos o *patrimônio pessoal* — a que PONTES DE MIRANDA compara à *sombra* de cada pessoa —, o *patrimônio individual,* constituindo dos *direitos sobre bens econômicos,* de bem com *valor pecuniariamente* mensurável.

MARIA HELENA DINIZ (*Código Civil Anotado,* São Paulo, Saraiva, 1995, p. 68) explica que *"a norma jurídica, com o escopo de alcançar determinados efeitos, dá unidade a certos bens corpóreos ou incorpóreos. O patrimônio e a herança são considerados como um conjunto, ou seja, como uma universalidade. Embora se*

constituam, ou não, de bens materiais e de créditos, esses bens se unificam numa expressão econômica, que é o valor."

Mas há outras *modalidades de patrimônio,* que não o *patrimônio individual, econômico.*

Assim, a própria CF, em seu art. 5º, LXXIII, ao tratar da *ação popular,* se refere ao *"patrimônio público" e ao "patrimônio histórico e cultural";* e em seu art. 129, III, alude, uma vez mais, a *"patrimônio público e social";* no art. 216, ao *patrimônio cultural brasileiro;* e, no art. 219, ao *patrimônio nacional.*

Podemos, já agora, concluir que o conceito de *patrimônio é do mundo jurídico,* e não do *mundo factual:* já surge no plano da *eficácia.*

O *patrimônio* é constituído de *direitos:* não é o *imóvel* que integra o *patrimônio* de A, mas seu *direito de propriedade* sobre aquele: *"o patrimônio é conjunto de efeitos jurídicos, portanto necessariamente já no mundo jurídico (plano de eficácia), e não de seres do mundo fáctico" (PONTES, Tratado de Direito Privado, V: 376).*

É uma *universalidade de direito,* uma *universitas iuris,* diversa da *universitas facti ou hominis* que é a *coletividade ou coisa coletiva,* constituída de várias *coisas simples* materialmente autônomas *(corpus ex distantibus),* consideradas como um todo e designadas por um só nome *(uni nomini subjecta):* exemplo clássico, o rebanho (MATOS PEIXOTO, *Curso de Direito Romano,* Rio, Haddad-Editor, 4ª ed., 1960, p. 370).

2. Conforme salientado, o que dá *unidade,* o que confere *identidade* a um *patrimônio,* é o *valor* comum aos *direitos* referentes aos *bens* que o integram, seja o *valor econômico,* seja o *cultural,* seja de outra natureza.

Todo patrimônio tem um *"certo grau de compactitude"* determinado pelo *"fim que o liga"* (PONTES, *Tratado* cit., V: 369); e pelo *valor* que o unifica (MARIA HELENA DINIZ, op. e loc. cit).

No *patrimônio cultural, o valor, a utilidade, a função* constitucionalmente se caracterizam pelo referencial de identidade, de ação, de memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e que, dentre outras modalidades, podem ser o *valor histórico, o paisagístico, o artístico, o arqueológico, o paleontológico, o ecológico, o científico, o tecnológico:* CF, art. 216, e incisos.

3. O *direito-tipo* que compõe o *patrimônio cultural* tem por *objeto a fruição da função cultural* das coisas que compõem este *patrimônio.*

A capacidade de atendimento a essa *função é o valor, a utilidade da coisa cultural,* sendo que tal *função* é, como sublinhado, a preservação da *"identidade, da ação, da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira".*

4. O *bem cultural,* isto é, o *objeto do direito cultural,* é essa *fruição: o direito cultural* é um *direito da fruir,* é um *direito de desfrute.*

É da espécie *direito comum de todos,* do chamado *domínio comum; direito,* portanto, *difuso, transindividual.*

Titular do direito de fruição do valor cultural é a Nação, eis que *direito comum de todos:* é o *sujeito ativo total.*

Ao qualificar de *brasileiro* este *patrimônio,* a CF caracteriza-o como *patrimônio da Nação brasileira,* como *patrimônio nacional,* locução que usou no art. 219, ao dispor sobre o *mercado interno.*

Outrossim, é *direito absoluto,* cujo *titular* exerce por si mesmo, cabendo a todas as demais pessoas (*sujeito passivo total*) o *dever geral de abstenção.*

Como se trata, de um lado, de *direito comum de todos;* e, de outro, *direito absoluto,* todos estão, ao mesmo tempo, no *pólo ativo e no pólo passivo.*

Assim, existe o *direito comum de desfrute;* mas há, também, a *obrigação,* igualmente *comum,* de defesa e preservação do objeto e de atendimento à sua *função.*

Nesta medida, o proprietário da *coisa natural,* isto é, do *bem* objeto de seu *domínio,* se coloca em absoluta *identidade de situação jurídica,* em relação às demais pessoas, seja no *pólo ativo (sujeito ativo total),* seja no *pólo passivo (sujeito passivo total).*

É o mesmo que ocorre com o *meio ambiente,* a que também podemos chamar, juridicamente, de *patrimônio ambiental ou ecológico,* e de que trata o *art. 225 da Constituição Federal,* que alude a *bem de uso comum de todos,* ao querer identificar o *direito comum de fruição da função ecológica das coisas que o compõem* (cf. nosso trabalho *A Natureza Jurídica do Meio Ambiente, "Boletim de Direito Administrativo",* São Paulo, NDJ, nº 11/94, p. 680/681).

5. Há de distinguir-se, portanto, entre *bem cultural e coisa cultural:* o primeiro é o *objeto do direito cultural,* e que corresponde à *faculdade de fruição, de desfrute da função cultural da coisa.* Compõe este direito o *patrimônio cultural.*

Já a *coisa natural* pode integrar o patrimônio público ou *particular,* isto é, pode pertencer a uma *pessoa pública* ou *particular*: art. 65 do Código Civil.

Quando a CF, em seu art. 116, alude a *bens de natureza material e imaterial* que "constituem" o *patrimônio cultural brasileiro,* está referindo-se *às coisas* (usemos o termo em sentido amplo) que têm *valor cultural*; mas em verdade, o que integra o *patrimônio cultural* é o *direito, comum de todos, de desfrute de utilidade cultural da coisa,* de seu valor *cultural.*

Neste sentido, é clara SONIA RABELLO DE CASTRO (*O Estado na Preservação de Bens Culturais,* Rio, Renovar, 1991, p. 33) em que *"há que se distinguir, na proteção do patrimônio cultural, qual é o objetivo dessa proteção. O bem jurídico, objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não vir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado este reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto — uma, enquanto coisa, apropriável, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural pelo Estado, torna-se de interesse geral. Todas as coisas têm potencialmente este valor simbólico. Condicionada a propriedade às limitações estabelecidas em lei, estas podem traduzir outros valores que transcendem a coisa — que são bens jurídicos suscetíveis de proteção pelo Estado."*

6. Tendo sido omissas, a respeito, as Constituições de 1824 e 1891, as Cartas Políticas brasileiras, a partir da de 1934, passaram a dispor, expressamente, sobre a proteção de *bens* de interesse *histórico, artístico e paisagístico.*

O art. 10, III, da CF de 1934 prescreveu que competia, concorrentemente, à União e aos Estados "proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte".

O *art. 134 da Carta de 1937* estatuiu que os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos eram equiparados aos praticados contra o patrimônio nacional.

Foi sob seu regime, pouco após, aliás, sua promulgação, que se editou o *Decreto-lei federal nº 25, de 30.11.37,* ainda em vigor, e que dispõe sobre o *patrimônio histórico e artístico nacional.*

A *Constituição de 1946,* em seu *art. 175,* estabeleceu, no mesmo sentido, que as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficariam sob a proteção do Poder Público.

A *Carta anterior (versão 1969),* no *art. 180, parágrafo único,* dispôs:

"Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas."

A Constituição de 1988 prescreve:

"Art. 216. Constituem 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, nos quais se incluem:

I — as formas de expressão;

II — os modos de criar, fazer e viver.

III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º. *O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.*

§ 2º. *Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*

§ 3º. *A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.*

§ 4º. *Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei."*

7. A *vigente Carta Magna Nacional* trata de pontos fundamentais para a perfeita compreensão das figuras do *patrimônio cultural brasileiro e do tombamento.*

8. Em primeiro lugar, sob o rótulo de *patrimônio cultural brasileiro,* como decorrer de sua dicção, reuniu o que, através dos tempos, a legislação vinha identificando, fragmentariamente, como o *patrimônio histórico e artístico nacional,* área em que foi decisiva a edição do *Decreto-lei nº 25, de 30.11.37,* e que abrangia os bens móveis e imóveis vinculados a fatos memoráveis da história do Brasil, ou por

seu excepcional valor arqueológico etnográfico, bibliográfico (*Lei nº 5.471, de 09.07.68*) ou artístico; o *patrimônio turístico,* sobre o qual dispôs a *Lei nº 6.513, de 20.12.77; o patrimônio paisagístico (CF de 34, art. 10, III; CF de 37, art. 134; CF de 46, art. 175; CF de 67/69, art. 180, parágrafo único). A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.06.65,* com a redação da *Lei nº 6.513 de 20.12.77), art. 1º, § 1º; e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24.07.85), art. 1º, III,* aludem *a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

9. Outrossim, reforçou a noção de que a *finalidade* da identificação do *patrimônio cultural* é a *proteção* dos bens que o compõem; e a de que todos os *atos administrativos — e comunitários —* a ele vinculados são *"formas de acautelamento e preservação"*. Repitamos, a propósito, o teor do § 1º do art. 216 da CF:

"O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação."

E o § 4º, já antes reproduzido, aduz:

"Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei."

10. Básico, por outro lado, é salientar que a atual Carta Política Federal, no § 1º do art. 216, explicitou, enunciativamente, várias modalidades de *atos jurídicos* ligados a *bens do patrimônio cultural brasileiro,* a saber: *inventário, registro, tombamento e desapropriação,* além da *vigilância.*

Como é fácil concluir, cada uma dessas modalidades de *atuação administrativa e comunitária,* todas com sentido *acautelatório e preservacionista,* tem *natureza, objeto, fim e eficácia* próprios, variando as *conseqüências jurídicas* de cada uma delas.

Já dispunha o *art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 25/37,* que os bens só seriam *"considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos, separado ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo"*, de que trata o art. 4º da lei. Em suma: o ato de *tombamento* (arts. 5º e seguintes), a que a CF se refere.

Outrossim, para a hipótese de o Poder Público considerar necessário *extinguir ou restringir o domínio do proprietário,* já havia o instrumento da *desapropriação,* que a Carta de 1988 também nomeou.

Com efeito, o *art. 5º, k e l, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41,* contém o permissivo expropriatório por utilidade pública, para *"a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhe os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza"*, e para *"a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico"*.

SONIA RABELLO DE CASTRO na obra antes referida, logo de início, destaca (p. 05/06) que, *"comumente costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. Porém é importante distingui-los, já que diferem quanto aos seus efeitos no mundo jurídico, mormente para apreensão mais rigorosa do que seja o ato do tombamento. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar este*

aspecto, já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, caracterizam-se como ações de fomento que têm como conseqüência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma de preservação específica".

O *inventário e o registro* são, ostensivamente, *preliminares ou complementares do tombamento e da desapropriação.*

Não são *limitativos, restritivos ou extintivos,* podendo estar, no máximo, na mesma linha da declaração de utilidade pública ou de interesse social em relação à expropriação.

A *vigilância* é a fiscalização, o *velamento* (*velar e vigiar* são cognatos, provindo ambos de *vigilare,* mas o primeiro termo é mais pertinente): é a *provedoria, o zelar* (cf. art. 129, II, da CF), consistindo, pois, em *medida preventiva ou instrumental.*

11. Aprofundemos a análise do objeto central deste trabalho: o *ato jurídico do tombamento.*

Escrevemos a respeito do tema *no regime constitucional anterior,* na monografia *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas* (São Paulo, RT, 1980, p. 103 e s.) e em *Direito Administrativo Didático* (Rio, Forense, 3ª ed., 1985, p. 185/187); e no artigo *Limitações Administrativas à Propriedade (Rev. Forense, 300: 11/20).*

Mas a CF de 1988 trouxe algumas inovações decisivas, inclusive pela abrangência da *garantia do devido processo legal.*

12. Os vocábulos *tombo, tombar e tombamento* são de etimologia discutida. Segundo ANTENOR NASCENTES (*Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa,* Rio, 1932), A. COELHO derivou-os de *tomo,* enquanto CORTESÃO o fez do latim *tumulu,* elevação.

No sentido de *registro, inventário,* foi usada a palavra *tombo,* para designar o Arquivo Nacional Português, fundado por D. Fernando, em 1375, em uma das torres da cerca de muralhas de Lisboa, a *Torre do Tombo,* tendo passado a funcionar, em razão de incêndio, no reinado de D. João III, em uma torre do Castelo de São Jorge, e, posteriormente, em decorrência do terremoto de 1755, no Convento de São Bento.

13. O *tombamento* tem, em sua eficácia, em parte peso *declaratório,* na medida em que reconhece o *valor cultural do bem.*

Mas tem, também, força *constitutiva,* porquanto a prática do *ato de tombamento* corresponde ao exercício de *direito potestativo modificativo da situação jurídica do bem tombado,* que se submete a um novo regime legal; com a *criação,* por outro lado, do *direito, comum de todos, de desfrute da função cultural da coisa tombada (direito potestativo criativo).*

Ponto relevante é ferido por SONIA RABELLO, qual seja o da necessidade do *ato de tombamento,* para que o *bem integre o patrimônio cultural.*

Grifando o caráter *constitutivo do tombamento,* giza (op. cit., p. 95):

"Acentue-se que o órgão executivo vai declarar a existência fática dos pressupostos, e este ato é constitutivo da tutela, pois sem ele os condicionantes fáticos não produzem qualquer efeito jurídico, senão o da responsabilidade da administração na omissão ou má avaliação de sua verificação."

E a seguir, desenvolve:

"Poder-se-ia, ainda, levantar dúvidas, face à redação dada ao caput *do art. 216 da Constituição Federal de 1988, uma vez que ele determina que:*

'Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens...'

Esta redação pode levar a crer, num primeiro momento, que o preceito constitucional estabeleceu proteção automática de todos os bens culturais. Entretanto, não se pode inferir a proteção automática, uma vez que nem a identificação do bem, nem a forma de proteção, estão previstas na Constituição. O artigo constitucional não é auto-aplicável. Por este motivo, necessita de lei que viabilize sua exeqüibilidade. Cabe à lei, cumprindo a determinação constitucional, estabelecer a forma e o modo de proteção, os seus efeitos jurídicos, sua constituição e os bens a serem protegidos. A proteção feita com base no Decreto-lei nº 25/37, ao contrário de outras formas de proteção já mencionadas, implica que os bens a serem protegidos, identificados pelo órgão competente, só depois de inscritos passem a fazer parte do denominado patrimônio cultural, como coisas tombadas: é, pois, o ato de tombamento ato constitutivo, sendo seus efeitos jurídicos produzidos a partir de então, isto é, "ex nunc".

Aliás, o acerto deste posicionamento fica patente quando se atenta para o disposto no *art. 216, § 5º, da CF,* este sim, *tombamento, diretamente,* todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

13.1. O *tombamento* envolve *limitações de exercício de poderes e faculdades do domínio,* que o *Decreto-lei federal nº 25/37* qualifica, em seu *Capítulo III* (arts. 11 e s.), como *efeitos do tombamento.*

A propósito da *alienação de bens, tombados, da propriedade particular,* o art. 12 emprega a dicção seguinte:

"A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, sofrerá as restrições constantes da presente lei."

Nesta linha, existe o *direito de preferência,* da União, Estados e Município, para a aquisição onerosa dos bens tombados: art. 22, e §§, do *Decreto-lei nº 25/37.*

Há *limitações* quanto ao *deslocamento* desses bens (art. 13, §§ 2º e 3º); à sua *saída do País* e à *exportação* (arts. 14 e 15, e §§).

Limitação bastante significativa é aquela consistente na proibição de *destruição,* inclusive por *demolição, e mutilação dos bens tombados;* e na necessidade de prévia autorização governamental, para *repará-los, pintá-los ou restaurá-los* (art. 17).

As *limitações* atingem a chamada *área de entorno, a vizinhança* da coisa tombada, pela vedação de construção que impeça ou reduza a visibilidade daquela.

O art. 19 chega a *impor* que o proprietário proceda a obras de conservação e de reparação da coisa tombada. Se não tiver recursos, o Poder Público deverá executar as obras, ou desapropriar o bem, sendo que, em face da omissão governamental, *"poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento do bem"* (§§ 1º e 2º).

13.2. PONTES DE MIRANDA (*Coms. à Const. de 1967, com a Emenda nº 01, de 1969,* São Paulo, RT, 2ª ed., 1972, VI: 369) afirma, com a proverbial acuidade, sobre o *tombamento:*

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

"O ato estatal não é discricionário. Há o pressuposto de ter valor artístico, ou histórico, ou de beleza natural, o bem que se tomba como monumento ou documento protegido."

Em processo de que viemos a ser Relator, na qualidade de Desembargador Federal do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, salientei (EIAC nº 89.02.10905-4/RJ, decisão plenária de 26.03.92):

"Constitucional, administrativo e processual civil. Tombamento. Invalidade. O ato de tombamento é vinculado quanto à existência fática e jurídica dos motivos, eis que o Decreto-lei nº 25, de 30.11.37, exige que a realidade factual esteja juridicamente qualificada, de forma hábil, para que um bem possa, licitamente, sofrer os ônus, não indenizados, do selo de sua integração no patrimônio histórico e artístico nacional."

E acrescentamos:

"Cabe ao Poder Judiciário a aferição do respeito a esse sistema e do respeito aos limites do poder discricionário. Na lição de VICTOR NUNES LEAL, dizer-se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não é exame de conveniência ou oportunidade, mas indagação sobre se foi devida ou indevidamente aplicada a lei."

Sobre a questão do caráter *discricionário ou vinculado do ato de tombamento,* salienta SONIA RABELLO (op. cit., p. 89) que *"o que é importante, e que afasta a discricionariedade da arbitrariedade, é a possibilidade de se verificar que a aplicação desses conceitos é baseada em estudos técnicos coerentes e sistemáticos".*

14. No tocante ao *poder legiferante* sobre *patrimônio cultural,* a CF de 1988 trouxe importantes inovações.

O *art. 24 da Constituição Federal,* em seus *incisos VII e VIII,* estatui:

"Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

.....

VII — proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."

Destarte, a *competência normativa* a respeito de *patrimônio cultural* passou, no regime constitucional vigorante, a ser *concorrente* entre a *União e o Estado.*

No inter-relacionamento das *competências concorrentes, federal e estadual,* prevale o disposto nos §§ 1º a 4ª do mesmo *art. 24:*

"§ 1º — *No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*

§ 2º — *A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.*

§ 3º — *Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*

§ 4º — *A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".*

14.1. É certo que o *art. 30, IX, da CF,* em sede de *patrimônio cultural,* atribui,

às *unidades federativas municipais, "promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e ação fiscalizadora federal e estadual".*

Trata-se, portanto, de exercício da *função administrativa, da função executiva* e submetida à *legislação, concorrente, federal e estadual,* bem como à respectiva atuação de *fiscalização.*

Trechos expressivos do trabalho de SONIA RABELLO DE CASTRO (op. cit., p. 13 e s.) são aqueles em que trata da *competência local, legislativa e executiva,* sobre *patrimônio cultural:*

"A norma constitucional não definiu os elementos constitutivos do direito de propriedade; deu-nos apenas dois parâmetros: assegurou sua existência enquanto apropriação individual e exigiu-lhe a função social. Foi a lei civil que definiu os chamados "elementos" do direito de propriedade — portanto, lei federal. Conseqüentemente, apenas outra lei federal poderia eliminar qualquer dos chamados elementos do direito de propriedade, desde que não afetasse a chamada apropriação econômica da coisa; isto porque as limitações federais só encontram limites na própria Constituição, que garante ao proprietário o direito, sem contudo especificar seu conteúdo. O Código Civil é lei ordinária federal, e uma outra lei federal modificadora dos elementos do direito de propriedade em função de interesse social é norma da mesma hierarquia; assim, se o Código Civil é que define os elementos do direito de propriedade, outra lei da mesma hierarquia, ao contrariá-lo, pode revogá-lo (inclusive para efeitos de hipóteses específicas), definindo assim novo conteúdo para o direito de propriedade, desde que não o elimine, isto é, inviabilize a apropriação e sua função econômica. No entanto, o mesmo não ocorre com as leis estaduais ou municipais. A Constituição possibilita a esses entes políticos, dentro do âmbito das matérias de sua competência, estabelecer normas limitadoras do direito de propriedade. Essas limitações encontram, entretanto, os limites não só da própria Constituição, como também das leis federais que dispõem sobre o conteúdo básico do direito da propriedade, isto é, seus elementos formadores. Assim é que leis estaduais e municipais podem propor formas diversas de limitação à propriedade, desde que não eliminem (apenas regulem) qualquer dos elementos do direito de propriedade previsto na lei federal; cabendo à União legislar sobre direito civil, esta norma federal estabeleceu, no seu âmbito de competência, o que entende serem os elementos formadores do direito de propriedade; como o direito, no caso, é um só ("duas faces de uma mesma moeda"), não poderia a lei estadual, ou municipal, desconsiderar a lei federal.

.....

Ressalte-se, contudo, que houve mudanças substanciais trazidas pela atual Constituição, quanto à competência legislativa relativa à matéria. Nas Constituições anteriores, pode-se afirmar, todos os entes políticos tinham competência para estabelecer, autonomamente, formas de limitações que seriam impostas aos documentos, obras e locais de valor histórico e artístico, e aos monumentos e às paisagens naturais notáveis, e às jazidas arqueológicas, com o objetivo de protegê-los, amparando, desta forma, a cultura. O dispositivo constitucional era categórico, estabelecendo a tutela genérica do poder público *sobre os bens de valor cultural. Por isso, a União, Estados e Municípios podiam estabelecer as formas de proteção aos bens culturais que*

melhor atendessem ao comando constitucional. Quanto aos Estados e Municípios, essas formas de proteção, que se consubstanciavam em limitações ao direito de propriedade, não podiam opor-se à norma federal no sentido de eliminar qualquer de seus elementos, mas tão-somente conformar seu exercício ao interesse público.

.....

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 mudou esta já tradicional distribuição de competência; no art. 24, que trata da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, foi expressamente incluída a matéria pertinente à proteção de patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII). Ressalte-se que os §§ 1º e 2º do art. 24 rezam que, para as matérias dispostas nos seus incisos, a competência da União é estabelecer as normas gerais, sem excluir a competência concorrente dos Estados. E os Municípios? Poderão eles legislar sobre a matéria? Entendemos que sim, pois o art. 30, II, dispõe:

'Art. 30 — Compete aos Municípios:

.....

II — suplementar a legislação federal e a estadual no que couber'.

Outrossim, cabe também aos municípios a competência executiva comum relativa à proteção cultural, sendo certo que sua competência legislativa é hoje supletiva à legislação federal e estadual, sobre o assunto:

'Art. 23 — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....

III — proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos."

E ainda:

'Art. 30 — Compete aos Municípios:

.....

IX — promover a proteção do patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual'.

Face a esta nova sistemática de distribuição de competência, pode-se afirmar que os Municípios, não obstante continuem a ter competência executiva para proteção de seus bens culturais, perderam a autonomia legislativa ampla que lhes era atribuída pelas Constituições anteriores, já que terão que observar as normas gerais para proteção, de âmbito federal, bem como as normas estaduais sobre o assunto; resta-lhes, portanto, observadas as normas referidas, suplementar a legislação no que lhes for especificamente local."

É limitada, pois, no particular, a *legislação suplementar municipal* prevista no inciso II do art. 30:

"Art. 30 — Compete aos Municípios:

.....

II — suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber."

A regra ressalva que a *suplementaridade* só tem lugar *"no que couber"*; e o *inciso IX* é expresso e específico no comando da aplicação obrigatória, pelo Poder Público municipal, da *legislação federal (normas gerais) e estadual (complementar e suplementar).*

14.2. Na *área administrativa* (não se confunda com a *competência legislativa*), é que a *competência é comum* às três esferas federativas, consoante a prescrição do art. 23, III e IV:

"Art. 23 — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....

III — proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV — impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural."

As disposições dos *arts. 23, III e IV, e 30, IX,* têm por objeto a *atuação administrativa* e deixam à *legislação municipal* a regulação da distribuição de competências dos *órgãos executivos* locais, na matéria, e pormenores procedimentais de atuação destes.

14.3. Sobre outros aspectos, inexiste competência legislativa municipal, muito especialmente no que diz respeito à *integridade dos poderes e faculdades* que compõem o conjunto dos elementos constitutivos da *propriedade,* que não podem ser atingidos por *lei do Município.*

Não se poderá, outrossim, confundir a *legislação urbanística* com aquela sobre *patrimônio cultural. Nem o Município,* a pretexto de dispor sobre aquela, poderá legislar sobre este.

Conforme analisamos anteriormente, o *poder de polícia,* inclusive a *edilícia,* não se confunde com a *atuação legislativa* — nem *administrativa* — em sede *patrimonial cultural.*

De qualquer modo, por maior elasticidade que se dê à *competência legislativa municipal* na matéria, não poderá ela contrariar nem a *federal,* nem a *estadual* (cf. *A Proteção Jurídica dos Bens Culturais,* CARLOS FREDERICO MARES, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 2: 19/35).

15. A *legislação federal* tem múltipla incidência, quando se trata de *tombamento de imóvel:* (a) na medida em que é da *competência privativa federal* dispor sobre *direito civil,* e, portanto, sobre o estatuto jurídico da *propriedade* (CF, art. 22, I); (b) em *concorrência* com os Estados federados, na área específica da proteção do *patrimônio cultural* (CF, art. 24, VII e VIII); (c) também no tocante à *competência privativa federal,* quanto à *desapropriação,* que pode ficar caracterizada na efetivação do *tombamento* (CF, art. 22, II), sob suas formas *extintiva e restritiva;* (d) e pela aplicação do preceito do *art. 37, § 6º, da CF,* em sede de *responsabilidade cível pública,* por *lesões* a terceiros.

16. Pode concluir-se, em face do atual regime constitucional, que o *Decreto-lei nº 25/37* passou a conter *normas gerais nacionais; e a legislação estadual* constitui a sua *complementação e suplementação.*

Ao *Município* fica o campo estrito antes assinalado.

Em *nível municipal,* a legislação pertinente é aquela sobre *procedimentos* da estrutura administrativa, só podendo, em termos estritamente *processuais,* reforçar as *garantias* em favor do *proprietário do bem* que o Poder Público local pretende tombar, não podendo criar onerações para o *domínio* daquele.

17. Com seu *dúplice caráter declaratório e constitutivo — criativo e modificativo —, o ato de tombamento* enquadra-se em uma das formas de *privação de bens, de limitação* — sendo que, por vezes, chega à *restrição e à extinção — da propriedade.*

Tem, portanto, de ser o epílogo de um *processo:* não de *"qualquer processo"*, mas do *devido processo legal.*

Inexiste, portanto, possibilidade de tombamento, sem processo, sem o processo constitucional e legalmente adequado, respeitada a partilha de competência federativa.

Destacando o *aspecto processual do tombamento,* assinala SONIA RABELLO DE CASTRO (op. cit., p. 34/35) que *"o Decreto-lei nº 25/37 não escolheu o sistema de proteção* ex vi legis, *isto é, decorrente automaticamente da lei. Poderia a lei federal ter escolhido fórmula vigente em alguns países pela qual coisas com certo tempo de existência ficam imediatamente protegidas. Entretanto o Decreto-lei nº 25/37 previu processo administrativo pelo qual cabe ao órgão do Executivo avaliar quais os bens que merecem proteção federal. Com esta previsão legal abriu-se ao Executivo o espaço legal necessário ao exercício de poder de polícia nesta área, já que lhe caberá determinar os bens passíveis de proteção. Outrossim, os bens apontados, após o processo administrativo, competente, passarão a estar sob a tutela especial do Estado, integrando seu domínio eminente. O Decreto-lei nº 25/37 previu a causa que determinará a proteção do bem, o órgão do Executivo que terá competência para escolher e julgar o valor de determiando bem, alguns aspectos do processo administrativo e os efeitos que irão operar a partir da determinação da tutela especial do Estado, efeitos estes que criam obrigações tanto para o titular de domínio do bem, quanto para os cidadãos em geral"*.

18. Do conjunto formado pelos preceitos da *Constituição Federal;* pelas *normas legais gerais nacionais;* pelas *regras complementares estaduais;* e pelas próprias disposições da *legislação municipal,* podemos sintetizar serem elementos necessários à caracterização do *devido processo legal,* sob os aspectos *substantivo e adjetivo, do tombamento:*

a) a existência de *valor cultural na coisa* que o Governo pretende incluir no *patrimônio cultural brasileiro,* desde que atenda ao requisito expressamente contemplado no *art. 216 da CF:* seja portadora de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira;

b) deflagração e desenvolvimento de *processo,* para que o Governo possa exercer o seu *direito potestativo criativo do direito comum de desfrute do valor cultural; e modificativo do regime jurídico da coisa,* exercício esse através da prática do *ato do tombamento;*

c) *notificação e oitiva* necessárias do proprietário, para o exercício desse direito potestativo;

d) diferença entre o *tombamento provisório,* de índole *cautelar,* e o *tombamento definitivo,* este sim objeto do exercício do *direito potestativo* em tela;

e) *motivação técnico-jurídica* da prática do ato, *expressa, e embasada* em manifestações de órgãos especializados, que deverão ser *explicitamente* referidas

nos *consideranda* do ato, com menção, inclusive, do número dos autos do *processo administrativo;*

f) *gratuidade do ato,* na medida em que ele apenas amplie a titularidade da fruição do *valor cultural da coisa tombada;* e em que ele apenas corresponda a *balizamentos* de exercício de poderes e faculdades integrantes do domínio;

g) *indenização prévia,* nos termos constitucionais, se, individualizada e concretamente considerado o caso, o *tombamento,* por circunstâncias factuais, acarretar, pelo *esvaziamento econômico* da propriedade, a *extinção* do direito à mesma; ou uma *restrição,* pela perda ou suspensão de um de seus poderes ou faculdades, ambas as hipóteses identificadoras da *desapropriação,* que terá de obedecer aos *pressupostos, formais e materiais,* de suas *fases declaratória e executória,* não podendo o *tombamento* "ser tido" por *desapropriação,* eis que institutos diversos: o *tombamento* é, nesta hipótese, inválido, eis que a forma preservacionista a ser empregada era outra;

h) *ressarcimento — danos emergentes e lucros cessantes —*, se, de algum modo, haja *dano ao patrimônio do proprietário.*

19. Destaquemos alguns pontos básicos

20. É cogente para *Estados e Municípios,* como *piso,* em termos de *garantia de propriedade, o sistema do Decreto-lei nº 25/37,* pelo qual inocorre *tombamento compulsório,* antes da *notificação* do proprietário.

Conforme expresso no *art.* 10 daquele diploma normativo de eficácia nacional, o *processo de tombamento,* em sua fase *externa,* se inicia pela *notificação* do proprietário, para anuir, ou não, ao *tombamento,* sendo certo que, se houver a *anuência,* aquele será *voluntário,* tal como se a iniciativa tivesse cabido ao próprio titular do domínio; se houver fluência *in albis* do prazo de *impugnação, o tombamento,* já, neste caso, será *compulsório;* se houver a *impugnação* tempestiva, verifica-se um contraditório com o órgão que tiver tido a iniciativa do procedimento, com ulterior decisão do órgão competente.

Feita a *notificação,* e, conseqüentemente, *iniciado o processo, cautelarmente* tem lugar o *tombamento provisório.*

O *tombamento definitivo* só se verifica com a *conclusão do processo e inscrição do bem no Livro do Tombo.*

O provisório não conduz a essa inscrição, nem à averbação no Registro de Imóveis.

SONIA RABELLO DE CASTRO (op. cit., p. 60) considera a *notificação* indispensável como elemento para que o proprietário possa *"recorrer da proposta de tombamento, levantando razões de mérito ou de legalidade que obstem aquela pretensão, e de ver apreciada sua argumentação pelo Conselho Consultivo"* (é nosso o grifo).

Salienta que, feita a *impugnação* na quinzena assegurada pelo *art. 9º, nº 1, do Decreto-lei federal nº 25/37, "a lei garante que haverá necessariamente o exame de suas alegações".*

A Autora citada explicita que o *tombamento definitivo* só se dará, após a *notificação* e a postura adotada, pelo proprietário, no prazo quinzenal. Comentando o regime do Decreto-lei nº 25/37, assinala (p. 56) que, *"desse modo, o processo de*

tombamento segue a seguinte tramitação, à vista do Decreto-lei nº 25/37 c/c a Lei nº 6.292/75: o proprietário do bem é notificado, tendo prazo de 15 (quinze) dias para anuir, ou não, ao tombamento. Havendo impugnação, o órgão que encaminhou o tombamento manifestar-se-á sobre ela, enviando o processo à apreciação do Conselho. Não havendo impugnação no prazo legal, o processo também será encaminhado ao Conselho, para deliberação. Em ambos os casos, após manifestação do Conselho, submeter-se-á a decisão à homologação ministerial".

E acrescenta (p. 57) que, *"com o advento da Lei nº 6.292/75, entendemos que a deliberação do Conselho Consultivo é necessária para qualquer tipo de tombamento, tendo, com isto, igualado o procedimento administrativo do tombamento voluntário ao do tombamento compulsório".*

Embora ressalvando posição pessoal a respeito, reconhece SONIA RABELLO (op. cit., p. 58) que *"é comumente afirmado que a notificação tem por objetivo formar o contraditório dentro do processo administrativo de tombamento. Entende-se que ela se impõe como princípio básico de formação deste processo administrativo, e de sua legalidade, sem a qual proceder-se-ia alegar cerceamento de defesa."*

E cita, neste sentido, expressivo, acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (Apelação Cível nº 311, de Curitiba, 22.06.82):

"Há necessidade de notificação ao ato de tombamento, suficientemente clara, de modo a tornar possível a defesa no processo administrativo. Os Ofícios nº 177/74 e 180/74 do DPHA de notificação para concordar ou impugná-lo não possuem fundamentos, sem indicação dos motivos ou razões, impossibilitando a defesa, o que obrigou-a à defesa em tese, sem conhecimento do fundamento e razões do tombamento, havendo omissão de qual livro seria anotado.

Sendo o processo administrativo contencioso, *se rege pelo princípio constitucional do contraditório e com direito o recurso ao órgão superior, que o Conselho nega com esteio em disposições constitucionais..."*

Quanto à *falta de notificação do proprietário,* a acarretar a *invalidade do ato de tombamento,* SONIA RABELLO é incisiva (op. cit., p. 62), ao afirmar que há *nulidade do processo de tombamento,* sempre que aquela falta seja *"infração legal, manifesta e comprovada, por parte da administração".*

E aduz (p. 62) entender, *"como MIGUEL REALE, que para legitimar o anulamento 'é necessário que haja lei cujo desrespeito, manifesto ou comprovado,* tendo em vista os fins determinantes, *importe na caracterização de sua invalidade'".*

Conclui a Autora, com a assertiva de que, mesmo *"quanto ao tombamento provisório",* seu efeito, com relação ao proprietário, *"não opera enquanto não notificado eficazmente"* o titular do domínio.

ADILSON ABREU DALLARI (*Tombamento,* RDP, 86:39) sustenta que *"parece evidente que o tombamento só pode emergir de um procedimento administrativo no qual fiquem perfeitamente delineados seus motivos determinantes e no qual o proprietário do bem atingido possa se manifestar, seja para anuir, seja para contestar a qualidade atribuída à sua propriedade".*

20.1. Tópico importante, para a garantia do *devido processo legal,* é realçado por SONIA RABELLO DE CASTRO (op. cit., p. 35 e. s.) ao afirmar que, *"tal como está previsto no Decreto-lei nº 25/37, o tombamento é ato administrativo cuja*

competência para praticá-lo foi atribuída pela lei a órgãos específicos do Poder Executivo. A lei, como decorre de suas características de generalidade e abstratividade, previu as hipóteses genéricas nas quais caberá o exercício do poder de polícia pelo órgão competente da administração federal. Desse modo, não restam dúvidas de que, no âmbito delimitado pela Constituição e pelo Decreto-lei nº 25/37, a administração pública praticará, mediante ato administrativo, a proteção dos bens que julgar inseridos nos critérios de valor genericamente previstos na norma, e especificados nos seus estudos técnicos. Será através de seus estudos técnicos que ficarão determinadas as hipóteses nas quais bens podem ser considerados de valor cultural. Quando nos referimos a estudos técnicos que servirão de verificação do motivo do ato administrativo, pressupomos que estes informem uniformemente critérios que motivem o ato administrativo. Não é, portanto, de admitir-se que este ato administrativo deixe de mencionar a base teórica coerente na qual se pautou para determinar o valor cultural de determinado bem. Pressupõe-se, ao menos, que a técnica conduza a critérios objetivos, ainda que subjetivamente escolhidos pelo sujeito competente para determiná-los, e variáveis em relação ao tempo de sua aplicação".

20.2. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*Tombamento e Dever de Indenizar*, RDP 81:65) preleciona que o tombamento não é uma simples *limitação administrativa*, mas sim um verdadeiro *sacrifício do direito*, resultando, daí, a necessidade de recompor o patrimônio do proprietário do bem afetado, quando do ato do tombamento resultar algum dano.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (*Disciplina Urbanística da Propriedade*, São Paulo, RT, 1980, p. 18/19) sustentou que, sempre com o objetivo de *preservação do bem, o tombamento* poderá configurar simples *limitação*, se em nada prejudicar o proprietário; *servidão administrativa*, caso a propriedade privada tiver diminuída sua possibilidade de utilização; ou uma *desapropriação*, na hipótese de desaparecimento do valor econômico do bem.

ADILSON ABREU DALLARI (*Tombamento*, RDP 86: 37:41) conclui que *"tombar um bem significa instituir uma servidão administrativa"*.

No que tange à *obrigação de indenização*, em decorrência do *tombamento*, SONIA RABELLO ressalva (op. cit., p. 133 e s.) que, *"não obstante, foi mencionado que a regra geral da não indenização das restrições decorrentes da limitação, como no caso do tombamento, poderia conter, excepcionalmente, exceção: a restrição impedir o uso inerente, efetivo e atual de propriedade, também chamado por alguns autores como uso "natural". Destaque-se, mais uma vez, que não se trata de o ato administrativo atingir certo número de propriedades mas da avaliação das circunstâncias específicas das propriedades atingidas. A imposição não deve causar distorção substancial a determinada propriedade quanto ao seu uso, se comparada às propriedades que lhe são assemelhadas, isto é, a destinação específica não deve se contrapor, de modo intolerável, ao uso geral das propriedades que, em determinado local e momento, lhe são assemelhadas; embora determinada propriedade possa ainda ter, faticamente, um uso residual, há de se verificar se ela deixa (ou não) de estar inserida no contexto que lhe condiciona o uso, com maior ou menor intensividade, mas não tolerando contraposição. O chamado "uso natural" da coisa,*

portanto, deve ser observado não só do ponto de vista da sua natureza física, como também do ponto de vista social (costume e abrangência especial); quando determinada propriedade é atingida com uma limitação tal que lhe distorce o "uso natural", esta restrição, se não faz mudar a natureza jurídica da limitação administrativa, pode alterar-lhe, contudo, seus efeitos. A pergunta que se coloca então é: quando é que a propriedade deixa de ter seu "uso natural"? Não há como se definir prévia e teoricamente a questão, já que o chamado "uso natural" há de ser verificado em cada caso e circunstância. Dirá a sensibilidade do administrador, conferido e orientado pela construção pretoriana (ainda que se possa correr determinados riscos em função de julgamentos mais ou menos radicais). Entretanto, é necessário reafirmar-se a posição de que a limitação indenizável terá de provocar na propriedade uso social distorcido, incongruente ou inviável economicamente, sobretudo em relação àquelas que lhe são circundantes".

HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 21ª ed., 1996, p. 494/495) conclui que *"tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos; e, assim, sendo, não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento. Assim já nos pronunciamos, em harmonia com os doutrinadores pátrios que se ocuparam do assunto. Com efeito, o tombamento de uma obra de arte que permita a seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou sua normal exploração econômica há de ser indenizado".*

FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI (*Tombamento e Dever do Estado de Indenizar*, RTJ dos Estados, 130: 49/63) sustenta, a propósito do art. 37, § 6º, da CF, que *"a adoção da responsabilidade objetiva, na modalidade de risco administrativo, exclui, no nosso sistema, as idéias de culpa ou ilicitude, não se perquirindo, para surgimento da obrigação de ressarcir, dessas condicionantes. Fincada na idéia de solidariedade e repartição de ônus e cômodos, sempre que ocorrer um desequilíbrio haverá sua compensação, via ressarcimento, repondo-se a situação anterior".*

E explicita que *"o tombamento pode provocar, sobre a propriedade, vale dizer, sobre o feixe de faculdades componentes do direito de propriedade, três tipos diferentes de conseqüência: (a) No primeiro e mais raro, o tombamento não promove qualquer inibição, como ocorre, por exemplo, no tombamento de um quadro em que seu proprietário não perde o seu deleite, ou, com o tombamento de bens públicos; (b) Na segunda, o tombamento atinge com tal violência o uso da coisa, que a mesma perde, por completo, o seu conteúdo econômico; (c) Na situação mais comum, o tombamento restringe o direito de propriedade, com diminuição de seu potencial econômico, sem, contudo, ocorrer seu completo esvaziamento. A solução à questão principal de cabimento de indenização dependerá do efeito que o tombamento provoca sobre o direito de propriedade, sendo evidente que, na primeira das situações, isto é, naquela em que não houve dano, não há o que se falar em indenização".*

Conclui que *"não há norma jurídica positiva ou princípio existente de um sacrifício individual em benefício da coletividade sem correspondente compensação.*

Antes, ao contrário, 'os princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dano, se o ato de tombamento lhe trouxer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido'. Por estas razões, penso eu, os prejuízos causados pelo tombamento compulsório devem ser indenizados pelo Poder Público, respeitando-se o princípio geral de reparação, isto é, da forma mais completa possível, ressarcindo o dano o mais integralmente possível. É a única solução que se compatibiliza com os princípios norteados da responsabilidade patrimonial do Estado".

20.3. Acentue-se que o pagamento de *ressarcimento por dano* decorrente do *tombamento* não é produto de uma *opção da Administração Pública, entre tombar, legitimamente* e praticar um *ato ilícito* sob o *falso título de tombamento,* e querer *convalidá-lo* mediante *indenização.*

O que pode ocorrer é que, na criação do direito de fruição do valor cultural e conseqüente sujeição do bem às modificações de sua situação jurídica, prevista na legislação competente, se verifiquem, por *peculiaridades da coisa, danos ao domínio,* que terão de ser *ressarcidos.*

Isso não significa que, a pretexto de *tombar,* o Poder Público possa *restringir ou extinguir o domínio,* nem que possa impor, ao proprietário, condicionamentos que não estejam contemplados em lei hábil.

V — *A INEXISTÊNCIA JURÍDICA E A INVALIDADE DO TOMBAMENTO*

1. Qualquer *ato de tombamento* que contrarie o regime jurídico pertinente, será, por *deficiência ou defeituosidade do suporte fático, inválido* sob a forma da *nulidade,* com a conseqüente *esterilidade eficacial,* eis que atentatório ao *direito de propriedade,* constitucionalmente garantido.

Será até mesmo *inexistente, se insuficiente* o referido *suporte factual, por ausência de processo;* omissão das *manifestações prévias necessárias; ou se não houver,* o que é insuperável *falta* fático-jurídica, a *audiência do proprietário.*

2. Os *princípios, garantias e imposições de pressupostos,* pela Constituição Federal, para a atuação executiva, traduzem-se em *requisitos existenciais ou de validade do ato administrativo,* e sua afronta conduz, inevitavelmente, à *inexistência ou invalidade absoluta* do mesmo.

3. Nada mais sério, em sede de *privação — e o tombamento* envolve, mesmo quando enquadrado na sua legítima moldura, ingerências e intromissões gravosas para o proprietário —, do *domínio,* do que o desrespeito ao *due process of law,* uma das expressões assecuratórias da *propriedade, do patrimônio individual.*

4. A *inexistência do processo de tombamento* caracteriza a falta da própria *essência da atuação administrativa,* com seus reflexos *formais,* pela conseqüente ausência do *procedimento;* da falta da série, da seqüência, ordenada, de atos e fatos jurídicos, a conduzirem a um resultado final único: no caso, a prática do *ato de tombamento.*

Corresponde tal anomalia à própria *inexistência do substrato,* que tem de ter vida, para que, iluminado pelo Direito, penetre no *mundo jurídico,* e neste possa irradiar seus *efeitos.*

5. Podemos, atualmente, pelo vigente ordenamento jurídico, afirmar que, mais do que um *processo* constituído por *atos e fatos* simplesmente inseridos em um mesmo contexto *procedimental,* o que se apresenta, na espécie, é um *processo* que tem por conteúdo um *ato verdadeiramente complexo,* cujo suporte contém várias *manifestações,* todas necessárias à *existência* do mesmo.

A *decretação,* em si, do *tombamento* é o epílogo desta série de *expressões* juridicamente relevante, incrustadas no substrato do mesmo.

Não se trata, pois, de *ato unitário,* mas de verdadeiro *ato compósito,* na medida em que o substrato juridicizado é constituído de uma pluralidade de manifestações que têm de, necessariamente, concorrer para a sua formação, para a sua consumação.

A edição isolada do *decreto de tombamento,* sem precedente sucessão de expressões de vontade e de índole técnica, caracteriza mais do que o *substrato falho, inacabado, insuficiente,* já por si caracterizador da *inexistência jurídica* a própria ausência total do referido *suporte.*

É o mesmo que o Presidente da República — e este é exemplo clássico de *ato complexo* — formalizar o ato de nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, sem encaminhar, preliminarmente, a indicação, do respectivo nome, ao Senado Federal; sem que o interessado aceite a indicação e se submeta à sabatina parlamentar; sem que a Câmara Alta aprove a mesma.

Proposta de tombamento, parecer, manifestação do proprietário, tanto quanto a decretação final são *elementos existenciais* do substrato jurígeno do *tombamento,* e, portanto, essenciais, necessários, indispensáveis a que ele possa nascer para o Direito, penetrando no mundo jurídico, a fim de que nele possa produzir seus *efeitos.*

Por isso, os *decretos de tombamento* indicam, no seu preâmbulo, o *número de processo* respectivo, bem como o teor do pronunciamento do órgão técnico colegiado competente.

Não nos esqueçamos de que, a par dos *elementos existenciais comuns aos atos administrativos em geral,* existem os *elementos essenciais específicos* de cada modalidade.

6. É claro que, além de ter de ser considerado no *plano da existência, o tombamento,* como qualquer ato jurídico, tem de se *existente,* ser aferido no *plano da validade,* o que envolve a *higidez* dos elementos constitutivos do substrato jurígeno, cujo *defeito ou deficiência,* no caso de afronta à *propriedade* e ao *devido processo legal* que a *garante* em face de *limitações, balizamentos, restrições e extinção,* conduz à *nulidade absoluta da atuação administrativa ilícita.*

7. Nestas considerações *existenciais e de validez,* há de ser avaliada, juridicamente, a *competência do agente — do autor* ou dos *co-autores do ato.*

E, mais ainda, conferida a adoção, ou não, da *forma legalmente prescrita,* eis que, estando em jogo o *devido processo legal, como garantia da propriedade, o elemento formal* — a empolgar todo o *procedimento* formador do *tombamento, é ad substantiam,* é elemento não apenas *ad solemnitatem,* mas *constitutivo,* e, com isso, nos ligamos, novamente, ao plano existencial do *ato complexo do tombamento.*

No tocante aos *antecedentes,* fixemos que estes compreendem *pressupostos e motivos,* todos a terem de contar com sua indicação *expressa* no instrumento final, formalizador do *tombamento.*

Dentre os *pressupostos,* além dos *elementos essenciais* já referidos, e que *formalmente* se inserem no *processo de tombamento,* existem outros, também constitutivos do *suporte fático do mesmo tombamento,* e que correspondem a *pressupostos materiais.*

Tal como a doutrina destaca para a *desapropriação,* há o *pressuposto* que identifica o *caso juridicamente hábil* para legitimar o *tombamento.*

É noção que envolve a *situação fática preexistente,* de que nasce o *direito potestativo* à formalização e efetivação, do *tombamento,* sendo, portanto, a própria *razão de ser,* a própria matriz do poder de tombar *in casu.*

Para que um *fato seja gerador do direito-poder de tombar,* é necessário, como salientado, além de faticamente existente, não podendo ser mentirosa sua invocação, que se apresente ele como *constitucionalmente adequado, hábil,* à criação de tal direito-poder.

Em suma: a *explicitação do caso de tombamento* e da sua *tradução concreta* na hipótese considerada é indispensável, eis que objetiva evidenciar — permitindo o *controle* correspondente — a ocorrência do *fato, da situação factual* de que nasceu, para o Poder Público, o *direito potestativo* em tela.

Existência fática, pertinência jurídica e explicitação são fatores indissociáveis à *vida e à saúde do tombamento.*

O não haver, diferentemente do que ocorre na desapropriação, um elenco pormenorizado de casos de *tombamento,* não o torna, como grifado, *discricionário,* sendo, ao contrário, *vinculado,* na medida em que a coisa que se pretende tombar tenha, na própria dicção constitucional, *"referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira"* (CF, art. 216).

O *caso de tombamento* não é um *motivo subjetivo ou cerebrino,* mas uma *situação objetiva,* e, em decorrência, *aferível* concretamente.

Daí a *imprescindibilidade das manifestações técnicas* — e de reprodução, no *ato formalizador do tombamento,* do essencial de seu conteúdo —, eis que a *valoração* é de natureza *técnico-científica,* e não *discrição pura,* baseada na mera *conveniência e oportunidade.*

A *inexistência do motivo* invocado é *vício de invalidade* do ato administrativo.

Assim, por exemplo, se foi invocado o pedido do proprietário, isto é, se foi afirmado tratar-se de *tombamento voluntário* e não o ser.

8. Os *motivos e pressupostos* estão vinculados a outros dois elementos fundamentais do suporte do ato administrativo: o *objeto e o fim ou finalidade,* na ligação entre o *"porquê", o "o quê" e o "para quê?".*

8.1. No *objeto,* há de ser considerado:

a) O *fim eficacial imediato do tombamento* só pode ser o que a *lei* estabelece, ou seja, a criação de um *direito, comum de todos, de desfrute do valor, da função, da utilidade cultural do bem,* com a irradiação de *efeitos* tão-somente condicionantes do exercício, pelo proprietário, de poderes e faculdades do domínio; e não *restrições, o esvaziamento econômico da propriedade,* a corresponder à *desapropriação do domínio.*

b) A *coisa tombada,* ela sim, tem de revestir-se de *valor cultural.*

Ponto relevante a ser, neste passo, gizado, é exatamente este: o *bem tombado* é que há de ser o que se reveste do *valor cultural.*

Assim, o *imóvel* não pode ser tombado, apenas porque ali se desenvolve ou desenvolveu uma determinada atividade, se essa pode ser exercida em outro local; ou se pode deixar, voluntariamente, de ser exercitada.

É indispensável que exista uma *relação biunívoca* entre o *espaço e a atividade.*

Se não houve tal inter-relacionamento, o tombamento do imóvel constituirá *abuso de poder,* e será, só por isso, *inválido.*

Quando, por exemplo, a *Constituição Federal, no art. 216, IV,* alude a *"edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais",* quer significar, com o emprego do termo *"destinadas",* uma *vinculação* inafastável entre a *manifestação artístico-cultural e a edificação* ou outro *espaço,* de tal modo que esses sejam *instrumento ou elemento* viabilizador indissociável da própria manifestação.

Onde está o *valor cultural:* na *atividade* ou no *imóvel?* Ou na *atividade* somente através daquele *imóvel?*

Não se poderá, outrossim, conforme reiteradamente sublinhado, *restringir ou extinguir o domínio,* e, portanto, *desapropriar,* a pretexto de *tombar.*

Além do *vício do objeto,* haverá o dos *pressupostos,* porquanto a *expropriação* os tem diversos, seja nos aspectos *formais, de declaração da utilidade pública, e do interesse social,* e de *processo executório,* amigável ou judicial; seja nos aspectos *materiais,* de caracterização dos *casos* que a legitimam; e de *pagamento prévio de justa indenização.*

8.2. Por seu turno, a *finalidade (fim imediato)* só pode ser o *"acautelamento e preservação"* do *patrimônio cultural* (CF, art. 216, § 1º).

Se, diversamente, o *fim* for de outra natureza, ainda que de *interesse coletivo;* e, mais ainda, se for de índole subalterna, haverá *desvio de poder,* a macular, igualmente, de modo irreversível, o *tombamento.*

9. *Objeto e finalidade,* por sua vez, convergem para a *causa do tombamento,* ou seja, para a resposta à indagação quanto *"a que título"* se está criando o *direito difuso de desfrute* e se estão impondo os *balizamentos* ao exercício de *poderes e faculdades* do proprietário.

10. Reportamo-nos, neste passo, ao que sustentamos, em vários tópicos do presente trabalho, acerca da inviabilidade de ter-se por *expropriação o tombamento que extinga ou restrinja o domínio,* não se podendo falar de *desapropriação indireta,* pois que inexistente afetação factual ao serviço público, pressuposto de que o direito do proprietário fique reduzido à indenização, para cujo recebimento pode ele propor a ação de *desapropriação inversa.*

O caso é de *nulidade do tombamento.*

A jurisprudência tem procurado harmonizar os dois institutos.

Exemplo típico foi o que ocorreu com o tombamento do Pico do Itabirito, em Minas Gerais. No caso, assim se manifestou a Consultoria-Geral da República (RDA 82/345):

"Constitui, hoje, truísmo jurídico a assertiva de que o Estado pode impor restrições ao exercício do direito de propriedade, em atenção aos reclamos do

interesse coletivo. Quando, porém, como no caso em exame, essa restrição ou limitação importa, pelo tombamento, no esvaziamento econômico da propriedade, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa propriedade, decorrente de sua intocabilidade. E, nesse caso, não pode o Estado determinar o tombamento, senão mediante o prévio pagamento, em dinheiro, ao proprietário da mina, de indenização correspondente ao valor da porção dela de que ficar impedido de usufruir, porque o tombamento, na espécie, se equipara a uma desapropriação por utilidade pública, nos precisos termos do art. 5º, k, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41."