

TOMBAMENTO

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

à l'indépendance une collectivité jusqu'alors assujettie, un gouvernement provisoire organise une procédure d'établissement d'une constitution à laquelle la nation est invitée à participer, soit directement par référendum, soit indirectement par l'élection d'une assemblée constituante. Tel fut le cas, par exemple, lorsque les Républiques de l'Amérique Latine s'affranchirent de la tutelle espagnole ou encore lorsque l'effondrement des Empires centraux, en 1918, donna naissance à des États nouveaux. Aujourd'hui, le procédé le plus fréquemment utilisé, du moins lorsque le renouvellement des institutions est le résultat d'une crise interne, est celui qui consiste en l'intervention d'une assemblée constituante élue sur l'initiative du gouvernement issu du coup d'État ou de la révolution. Ainsi furent élaborées en France les Constitutions de 1848, de 1875 et la Loi Constitutionnelle du 2 novembre 1945.

Tous ces précédents témoignent clairement de la liberté du pouvoir originare. L'étendue de ses compétences ne dépend que de lui et c'est pourquoi, non seulement il peut, sur le plan constituant, modifier, amender les règles anciennes ou faire de toutes pièces une oeuvre nouvelle, mais encore, sur le plan de l'activité gouvernementale courante, assumer d'autres fonctions étatiques et, notamment, le pouvoir législatif ordinaire. Je ne dis pas qu'il est opportun qu'il agisse ainsi, je constate simplement que sa qualité de pouvoir originare lui en donne la possibilité." (*Traité de Science Politique*, 12^{ème} ed., LGDF, tome IV, pp. 245-9).

X — CONCLUSÃO

A conclusão do trabalho do Consultor-Geral, em tom discursivo, é recheada de conselhos e advertências. Eles e elas valem para que a Assembleia Nacional Constituinte tome consciência de que, por motivos de ordem política conjuntural, está em desenvolvimento uma ampla operação buscando o seu amadurecimento perante a opinião pública. E a questão da duração do mandato presidencial, é a questão do sistema de governo, é aquela referente à discriminação de rendas, são os avanços que o projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização consigna no que diz respeito aos direitos individuais, aos direitos políticos, aos direitos sociais, à ordem econômica e à ordem social, que inspiram e estimulam esse movimento do qual o trabalho do Consultor é mais do que um manifesto: é uma senha.

Para encerrar, merece ser transcrita a parte final do parecer que, sobre as emendas de plenário, teve a oportunidade de apresentar como relator do projeto de Constituição, no dia 20 de janeiro do corrente ano:

"A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 não se originou de ruptura da ordem jurídica. Ela se assegurou de soberania e liberdade irrestritas, em razão da manifestação popular, única fonte legítima de poder, que se consagrou nos votos das urnas de 1986. A ruptura dar-se-á, por isso, com a promulgação da nova Constituição, quando em verdade estaremos a sair da excepcionalidade institucional para a plenitude do Estado de Direito, pois encerrado o período de transição que o gênio político brasileiro construiu como meio para se atingir a normalidade democrática. Não por outra razão, esta será uma Constituição analítica, por força da necessidade de assegurar todos os instrumentos e salvaguardas para a consecução dos objetivos políticos, sociais e econômicos do povo brasileiro."

A natureza jurídica do tombamento é assunto da maior complexidade. Ninguém contesta, porém, que a finalidade primordial do tombamento é a preservação de um bem. Por isso mesmo, não se pode admitir que um imóvel tombado, sob fundamento de possuir enorme valor histórico, fique simplesmente abandonado, transformando-se em ruínas, como tem ocorrido com frequência.

Das duas uma: ou bem o imóvel não tinha valor algum, e o seu tombamento teria sido absurdo e abusivo, violando o direito do proprietário à livre disposição; ou, então, alguém deveria ser responsabilizado pelo dano ao patrimônio nacional. O tombamento tem sido tomado como mera declaração de intenção de preservar um bem, sem maiores consequências.

Na verdade, a falta de uma disciplina legal do tombamento tem levado a enormes distorções, enfraquecendo-o como instrumento de garantia da preservação de certos bens, e permitindo que esse instituto acabe por representar uma ameaça à propriedade privada, ao desenvolvimento de obras e serviços públicos e aos próprios bens tombados.

Ninguém contesta a absoluta necessidade de se preservar a memória nacional e o meio ambiente. Mas é inadmissível a utilização do tombamento como instrumento de oposição política ou apenas para satisfazer ou conter desvarios ultraconservacionistas. Em cada caso é preciso sempre perguntar quem vai responder pelas implicações econômicas e o que se vai fazer com o bem tombado.

O problema começa no próprio texto constitucional em vigor, que nem mesmo se refere ao tombamento, mas, apenas, num simples parágrafo do art. 180, afirma: "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". Nada mais lacônico, impreciso, indefinido e inseguro.

No projeto de Constituição "A" (apresentado pela Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte) a matéria é tratada (no art. 251 e seus parágrafos) de maneira mais completa e mais abrangente, prevendo-se, expressamente, o tombamento entre os instrumentos de preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Mesmo assim, não se encontra no novo texto constitucional coisa alguma que possa servir de apoio para a solução das inúmeras dúvidas ainda existentes sobre o tombamento, motivo pelo qual as questões a respeito do assunto continuam a depender de um enorme esforço doutrinário e jurisprudencial.

Realmente, o único ponto pacífico está na definição da finalidade do tombamento, qual seja, a preservação do bem tombado.

Assim ele é visto por Diogenes Gasparini, ao discorrer sobre o tema: "O tombamento, entre nós, é ato administrativo que submete bens ou coisas, particulares ou públicas, a um regime especial de proteção, em razão de sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, ou por encerrar excepcional valor artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico, a fim de evitar o seu perecimento" (*Enciclopédia Saraiva do Direito* 74/17).

Lavra grande divergência no tocante ao dever de indenizar o proprietário do bem tombado. Quanto a este ponto específico, nos parece que a melhor abordagem do assunto foi feita por Celso Antônio Bandeira de Mello ("Tombamento e Dever de Indenizar", in *RDP* 81/65) ao demonstrar que o tombamento não é uma simples limitação administrativa, mas sim, um verdadeiro sacrifício de direito, daí a necessidade de recompor o patrimônio do proprietário do bem afetado, quando do ato do tombamento resultar algum dano.

Tal entendimento fornece preciosos subsídios para a definição da natureza jurídica do tombamento.

Durante muito tempo acolhemos a posição magnificamente sustentada por Lúcia Valle Figueiredo, em seu *Disciplina Urbanística da Propriedade* (Ed. RT, São Paulo, 1980, pp. 18 e 19) no sentido de que o tombamento teria diversa natureza jurídica, conforme fossem seus efeitos. Tendo como elemento comum a preservação do bem, o tombamento poderia configurar uma simples limitação administrativa (se em nada prejudicasse o proprietário), uma servidão administrativa (caso a propriedade privada tivesse diminuída sua possibilidade de utilização), ou, ainda, uma desapropriação (na hipótese do desaparecimento total de seu valor econômico para o proprietário).

Meditando, porém, sobre a colocação acima referida, de Celso Antônio Bandeira de Mello, e à luz de outros ensinamentos doutrinários adiante expostos, concluímos pela atribuição da natureza jurídica de "servidão administrativa" ao instituto do tombamento.

Entendemos que o tombamento configura verdadeira servidão administrativa, na medida em que o Poder Público absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para desfrutar ou proveito da coletividade.

Nesse caso, o princípio da isonomia e, por decorrência dele, o princípio da distribuição das cargas públicas, obriga a coletividade beneficiária do tombamento (e representada pela administração) a reparar o dano eventualmente experimentado pelo proprietário do bem.

O Direito repele interpretações absurdas. Seria evidente absurdo e flagrante injusta "punir" o dono do bem tombado, pelo "crime" de o haver preservado. Pretender que se possa tomar sem indenizar acarreta formidável estímulo à destruição.

Em síntese, da mesma forma que ocorre em qualquer caso de constituição de servidão administrativa, deverá, ou não, haver indenização caso ocorra, ou não ocorra, algum dano economicamente aferível para o proprietário do bem, em decorrência do tombamento.

Questão de maior complexidade está na definição do instrumento a ser utilizado para o tombamento. Mas exatamente: o tombamento deve ser feito por lei ou por ato administrativo?

A configuração do tombamento como "servidão administrativa" em nada ajuda na solução deste problema.

Com efeito, Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sua notável monografia sobre *Servidão Administrativa* (Ed. RT, São Paulo, 1978, p. 64) ao discorrer sobre as formas de constituição de servidões distingue as que decorrem diretamente da lei, as que se efetivam mediante acordo e as que resultam de sentença judicial.

Nessa mesma linha de raciocínio, em trabalho publicado na *RDP* 59-60/88 e ss., sob o título "Servidões Administrativas", ensaiamos uma classificação das servidões, distinguindo as genéricas das específicas, admitindo sua criação diretamente pela lei, por ato administrativo e, ainda, de fato, ressalvando apenas que: "Como toda e qualquer atividade estatal, a instituição de servidões administrativas somente pode ser feita com base na lei".

Entretanto, o que pode ser verdadeiro para as servidões administrativas em geral, não se aplica diretamente e da mesma forma a esta espécie particular de servidão que é o tombamento.

Hely Lopes Meirelles, em seu monumental *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. RT, São Paulo, 12.^a ed., 1986, p. 486) admite que o tombamento "tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral", mas faz uma expressa advertência no sentido de que "o tombamento em si é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata da lei, que estabelece apenas as regras para sua efetivação".

Acompanhando a lição do renomado mestre, entendemos que o tombamento, mesmo quando recaia sobre uma coletividade de bens, dadas as suas peculiaridades, em face de sua específica finalidade, somente pode ser instituído por ato administrativo praticado com base e na forma da lei.

Segundo os ensinamentos contidos na formidável análise da "Função Administrativa", feita por Américo L. Masset Lacombe (*RDP* 29/56) entendemos que é matéria de lei a definição, em caráter geral e abstrato, do regime jurídico do tombamento, cabendo ao Executivo a aplicação da lei em cada caso concreto. Ou seja: a Administração Federal, Estadual ou Municipal procederá aos decretos e específicos atos de tombamento, atendendo ao que houver sido prescrito pela respectiva legislação sobre essa matéria.

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. Isso seria impossível se o tombamento fosse feito por lei.

Numa perspectiva eminentemente jurídica, tomando-se como premissa a chamada separação de poderes, parece extreme de dúvidas que o tombamento se insere no campo próprio e típico do exercício da função administrativa, inerente ao Poder Executivo.

Com efeito, os chamados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem funções típicas e atípicas. As funções típicas de cada um são, respectivamente, a administração, a legislação e a jurisdição. As funções atípicas somente são admitidas em duas situações: quando houver expressa previsão constitucional (só a Constituição pode estabelecer a competência de cada um dos poderes) ou quando se tratar de atividade instrumental, necessária ou mesmo indispensável para o exercício das funções típicas, pois isto decorre da autonomia e independência de cada poder.

Tombar um específico e determinado bem não é matéria típica nem do Legislativo nem do Judiciário, não há previsão constitucional expressa nesse sentido, nem pode ser considerado ato necessário ao exercício da legislação ou da jurisdição.

O tombamento de um determinado bem é uma atividade jurídica que se caracteriza por ser, *infralagal*, concreta, imediata, ativa e parcial (no sentido de parte em uma relação jurídica) enquadrando-se, pois, perfeitamente na função administrativa e, portanto na área de competência própria do Executivo.

Agregue-se a isso um argumento de ordem lógica. É absurdo pensar que o ato de tamar possa ser bastante em si mesmo. Ou seja, a simples declaração de tombamento não realiza o milagre da imutabilidade.

O tombamento exige uma definição de responsabilidades tanto do proprietário quanto do Poder Público no tocante à adoção de medidas concretas visando a conservação do bem, inclusive a aplicação de sanções pelo incumprimento de obrigações assumidas por uma e outra parte.

É extremamente oportuna a advertência de José Afonso da Silva, contida à p. 499 de seu consagrado **Direito Urbanístico Brasileiro** (Ed. RT, São Paulo, 1981) no sentido de que, contrariamente ao que possa parecer, tombamento não é ato meramente declaratório:

"De fato, o tombamento tanto pode incidir sobre coisas pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às autarquias, de uso comum, especial ou domínial, assim como sobre coisas pertencentes às pessoas naturais ou às pessoas jurídicas privadas (Dec.-lei 25/57, arts. 5.º e 6.º). Em qualquer desses casos, o tombamento é que constitui o bem tombado em patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico nacional, estadual ou municipal; ele produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, dos bens tombados, impondo limitações do direito de propriedade, e cria, para eles, um regime jurídico especial, transformando-os em bens de interesse público (situação diversa de domínio público e de domínio privado), sujeitos a vínculos de várias espécies, conforme já vimos, e mostraremos ainda ao estudarmos os efeitos jurídicos do tombamento. Tudo isso inova a situação jurídica dos bens tombados, transforma sua posição jurídica e impõe a seus proprietários condutas jurídicas, **ob rem**, que antes não havia, demonstrando que o tombamento, em qualquer caso, é ato constitutivo".

Retornando ao ponto de partida, cabe reafirmar que o tombamento, visando à preservação de um bem, é uma fonte de direitos, deveres e responsabilidades, afetando tanto o particular quanto o Poder Público.

Positivamente não tem qualquer sentido, agride a ordem jurídica, é evidente absurdo o tombamento de um bem para assistir passivamente à sua deterioração.

Aqui entra, com grande destaque, a atuação do advogado, do Ministério Público e do Poder Judiciário, cada um com suas responsabilidades próprias.

Ao advogado cabe demonstrar que o tombamento não é um problema apenas técnico, de urbanismo, mas sim, essencialmente jurídico. Cabe ao advogado a defesa do proprietário ameaçado por um tombamento indevido, despropositado, efetuado com desvio de poder, pois nada pode ser tombado senão quando presentes os requisitos constitucionais e legais que ensejam a prática desse ato. Cabe, também ao advogado defender o patrimônio cultural brasileiro, quando estiver ameaçado por ação ou omissão de particulares ou autoridades públicas.

Nesta última posição ganha cada dia maior relevo a atuação do Ministério Público, que deve atuar com denodo e perseverança, mas sem esquecer o bom senso, o equilíbrio e razoabilidade. Lembrando que não se trata de preservar por preservar, mas sim, para realizar um interesse público consistente na manutenção de algo dotado de real valor, que deve ser sopesado no confronto com outros valores sociais e diante das inevitáveis injunções da vida social.

A palavra final sempre será dita pelo Poder Judiciário, a quem compete examinar, em cada caso, a presença e a relevância dos motivos determinantes do ato de tombamento e a observância do devido processo legal em sua produção, sem sucumbir nem se omitir diante de dificuldades de ordem técnica ou da alegação de exercício de competência discricionária.

Em resumo, tamar um bem significa instituir uma servidão administrativa, ato subordinado a todos os princípios caracterizadores do regime jurídico administrativo e, nessa condição, sujeito ao controle jurisdicional.