

TOMBAMENTO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL ASPECTOS DA DISCRICIONARIEDADE APLICÁVEIS AO INSTITUTO

MARCELO DE OLIVEIRA F. F. SANTOS*

"Nous savons ce qu'on pense, mais nous ne pensons pas"
(VOLTARE).

I. Introdução

Toda nação civilizada moderna, que aceita os padrões mínimos de dignidade humana, de desenvolvimento e justiça social, não pode furtar-se ao amparo, reconhecimento e preservação de sua cultura, aqui entendida em seu sentido mais lato possível.

O constituinte brasileiro não fugiu à regra. Assim é que dispôs no art. 180 do Texto Maior:

"Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. 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 preocupação, no desenrolar deste trabalho, será a de alargar as vistas daqueles que são partícipes na relação de preservação Estado e cidadão.

Nosso programa de ação e desenvolvimento pode ser assim sistematizado: I. Introdução; II. Noções introdutórias; III. O que é tombamento; IV. Noções gerais sobre discricionariedade e vinculação; V. Qualificação do bem cultural; VI. O ato de tombamento; VII. Conclusões; VIII. Bibliografia consultada; e IX. Jurisprudência consultada.

* Advogado e Professor (PUC-SP). Membro do IBDC.

II. Noções Introdutórias

1. Análise do art. 180 da Constituição Federal

Parece-nos inconteste a assertiva de que não é possível enfrentar ou questionar um instituto jurídico, sem antes interpretá-lo. E dizer que qualquer trabalho científico não prescinde de hermenêutica, ou seja, de um estudo sistemático de processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira possível.

Não preferimos este ou aquele método interpretativo, uma vez que entendemos todos necessários, ou seja, todos se interpenetram e se completam.

Para nós, objetividade e certeza científica correm paralelamente. A interpretação, sem dúvida, é sempre um momento de intersubjetividade, porque tento eu (Intérprete) trazer para mim um ato de terceiro (legislador), objetivando um significado válido.

Nessa linha de raciocínio, o Intérprete não é um reproduzidor de idéias, mas as incrementa em seus valores essenciais e mais expressivos.

Finalmente, afirmamos que toda norma é portadora de uma "figura intencional", de um horizonte finito.

Ficamos com Karl Engisch, quando magistralmente preleciona que "é só através da interpretação como compreensão que é posto a claro e apreendido o conteúdo material intrínseco das regras jurídicas" e é só assim que se torna plausível a afirmação de que a ciência jurídica é uma das ciências do espírito, pois que, segundo as concepções modernas, o SENTIDO e a COMPREENÇÃO são os critérios decisivos de tais ciências".¹

Podemos assim afirmar que a norma do art. 180 da Constituição estabelece um dever e não uma faculdade. O amparo da cultura é DEVER do Estado. Não disse o constituinte: é possível proteger o patrimônio. Sua vontade está no mandamento — É DEVER. Quer assim significar que sua vontade está condicionada ao cumprimento de uma obrigação positiva. No dever jurídico é curial a noção de que gera a necessidade de ser cumprido aquilo a que se é obrigado.

2. Exegese mínima do texto

Ao Intérprete é clara a exegese do art. 180. O legislador utilizou-se de dois signos fundamentais: 1.º) AMPARAR; 2.º)

¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Gulbenkian, 1968.

PROTEGER. A Constituição, por certo, não contém palavras ocias ou vazias de significado; bem por isso entendemos não haver discricionariedade na direção constituinte, quer no *caput*, quer em seu parágrafo único.

Há, portanto, um dever, não uma faculdade, uma vinculação positiva, não uma discricionariedade na estática de norma do art. 180, qual seja, no amparo e na preservação.

3. Escorço sobre os vários graus de eficácia de uma norma constitucional. Posições da doutrina moderna

Cumpra-nos, agora, ainda que superficialmente, trazer à colação a posição de eminentes publicistas a propósito do grau de eficácia das regras constitucionais, com o objetivo de tentar descobrir no art. 180 qual o seu encaixe face às classificações apontadas. Para José Afonso da Silva,² quanto à eficácia e aplicabilidade, estaremos diante de três categorias:

- a) normas constitucionais de eficácia plena;
- b) normas constitucionais de eficácia contida;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los); todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde, logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui o objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando a tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Celso Bastos e Carlos Ayres de Brito,³ em preciosa monografia sobre o tema, assim se posicionam:

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. SP, Editora RT, 1976, vol. I.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. SP, Saraiva, 1982.

"Se por um lado todas as normas constitucionais se predispõem à produção de efeitos, por outro, nem todas o conseguem integralmente, porque não são suscetíveis de execução pela mesma forma. Algumas são executadas por via de mera aplicação, isto é, por incidência direta sobre os fatos regulados, na inteireza dos respectivos mandamentos. Outras, ao contrário, inadmitem o seu inteiro cumprimento sobre os fatos ou comportamentos disciplinados, porque reclamam a intermediação de lei subconstitucional, integradora do seu comando."

Assim, os eminentes mestres classificam as normas constitucionais, quanto à eficácia e operatividade, em normas integrais (ou de simples aplicação) que se bipartem em normas regulamentáveis; são aquelas que incidem diretamente sobre os fatos regulados, repudiando qualquer regramento adjutório, normas cuja matéria é insuscetível de tratamento, senão a nível constitucional.

Já as normas regulamentáveis contêm um comando nítidamente parcial, demandando acabamento.

Proseguindo em sua classificação, descobrem ainda normas de integração, que se bipartem em normas completáveis e normas restringíveis. Nas primeiras, sua natureza esqualida ostenta sempre uma lacuna quanto a um ou alguns dos elementos formadores de uma norma jurídica completa. É dizer, podemos chamar de completáveis esses preceptivos constitucionais, cuja vontade é admissível de acréscimo ou complementação por conduto de regra ordinária; já nas restringíveis, é perfeitamente admissível a contrição dos seus efeitos originários, por via de legislação inferior. Ou seja, encontramos-nos diante de uma superabundância normativa mantida pela circunstância de a regra constitucional assegurar um direito de maior extensão do que aquele efetivamente colimado.

4. Dentro da posição doutrinária, nacional, qual o encaixe do instituto do tombamento?

Face ao esquema acima apontado, a norma do art. 180 inserir-se-ia no gênero das de integração e na espécie das regras completáveis. Isto porque sua eficácia é apenas parcial, que não vai além da imposição de um conteúdo negativo para a legislação ordinária.

Parece-nos claro que traça o constituinte um mínimo exigível a qualquer custo, um direito que se inicia na Constituição mas que aí não se exaure. De outra parte, se o direito reclama pelo valor segurança, não seria crível nos posicionarmos pela simples

espera de regramento ordinário, por parte dos órgãos e pessoas estatais. Deveras, a simples inércia do legislador infraconstitucional, a nosso ver, por si só, consistiria uma violação ao preceito constitucional.

Nesse passo, calha à fivelata a percuciente observação do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴ "De fato, não faria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas pelo desfastio ou por não sopitar seus sonhos ou devaneios ou anelos políticos."

Em outras palavras, com a edição de tal norma está o Poder Legislativo obrigado a um dever positivo, qual seja, de, por variadas formas, dar cumprimento à vontade constitucional.

É certo então que não pode, que é defeso ao legislador caminhar em sentido contrário ao determinado pela Constituição. É dizer: o texto inibe a ação legislativa ordinária que não ampare a cultura e exige dele uma prestação positiva e contínua.

A norma do art. 180 é, portanto, lacunosa e deverá ser colmatada, completada, mediante a ação conjunta do Poder Público e quiza dos cidadãos (o que discutiremos mais adiante). Por ora, fiquemos com a idéia de que a eficácia da regra inserta no art. 180 é parcial, na proporção em que não só exige regramento ulterior, como também instaura aos destinatários do comando constitucional — ou seja, **TODAS AS PESSOAS**, quer físicas, quer jurídicas — direitos subjetivos contra o Estado. A opção de amparo à cultura foi do legislador constituinte; sendo assim, não cabe perquirir as razões metafísicas ou transcendentes que o levaram a tal efeito. O fato é inconteste: o amparo à cultura é dever do Estado. Assim, verificamos que sua hipótese de incidência não é, única e exclusivamente, o ato de concreção ordinária que regulamente tal ação, mas ainda a norma criou por si só direitos subjetivos por ela alardeados.

5. A norma do art. 180: obrigação do Estado ao amparo?

Chegamos a uma conclusão parcial acima. A norma do art. 180 ubica-se na classificação adotada por Celso Bastos e Carlos Ayres de Brito, com quem concordamos. É dizer, é ela uma norma de integração completável. Sem dúvida, estamos diante de uma regra — princípio que nos aponta para um norte de ação positiva, ou seja, o Poder Público, o Legislativo, o Judiciário, em suma, todos aqueles entes que, em seu campo de ação própria,

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", in RDP n.º 238, ps. 57-58.

deverem obediência ao Texto Maior. E se essa premissa é verdadeira, cada um desses entes tem o dever jurídico de provê-lo dentro de suas possibilidades jurídicas.

6. De que forma pode dar-se o amparo inserto no art. 180 da CF

Quando passamos os olhos pelo art. 180, imediatamente nos ocorre a indagação: "Eu, cidadão, o que posso exigir do Estado", já que não existe na norma um grau de explicitação de como amparar? Figuremos o exemplo do art. 185, inciso XVI, da Constituição. É bastante claro que alguma espécie de proteção o Poder Público deverá prover. É exigível um mínimo, com objetivo de satisfação do constituinte. Isto necessariamente não quer dizer que o Estado está obrigado a tomar em todas as circunstâncias, mas sim a proteger e a amparar. Podemos perguntar-nos: mas como amparar? De que forma? Ora, de forma mínima ao menos. Não importa os meios, desde que lícitos e jurídicos, desde que eficazes, desde que preservem naturalmente a essência do objeto cultural de interesse social. Outra questão pode ocorrer-nos. De que forma há dever? Na forma necessária à preservação do valor que se quer proteger.

Não nos esqueçamos de que a Constituição agasalha uma série de princípios, que devem ser respeitados e aplicados em harmonia e interação. Assim é que, no art. 100, (caput "Da Ordem Econômica e Social"), o legislador constituinte assevera:

"A ordem econômica é social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios" (grifo nosso).

Como bem disse Eros Grau,⁵ "a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural — intelectual comunitário" (grifo nosso).

Quanto aos métodos que o Estado pode utilizar para a colimação de seu desiderato, estes são vários. Pode ele agir por indução, suscitando estímulos tributários às empresas que apli-

⁵ GRAU, Eros. *Elementos de Direito Econômico*, Editora RT, 1981, p. 7.

carem suas verbas em processos de revalorização cultural, provocando, assim, um carreamento de recursos do setor privado a planos nacionais de preservação e amparo à cultura instituídos por normas gerais.

Pode-se, ainda, instituir um sistema de controle e preservação do patrimônio cultural mediante um conjunto de normas jurídicas que, uma vez aplicadas, tenham como efeito, no plano fático, meios repressivos e preventivos, a fim de evitar o dano.

Cite-se, a título de exemplo, a recentíssima Lei Federal n.º 7.347/85, que dispõe sobre as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A citada lei prevê, providencialmente, medida cautelar judicial, titulada ao Ministério Público, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, ou associações constituídas há mais de um ano e que tenham como objetivo social a preservação ambiental.

Se, enfim, considerarmos que a cultura e o patrimônio são elementos indissociáveis ao aprimoramento do Homem na sociedade, será de bom alvitre o Estado criar mecanismos de preservação, implementando e sistematizando a legislação de preservação, elaborando planos federais, estaduais e municipais, que façam um levantamento da situação em que se encontram o Brasil e seu patrimônio, nas diversas modalidades, para que então deflagre mecanismos institucionais, baseados no art. 180, autêntica norma programática completável, carecedora de sistematização e implemento, por todas as pessoas políticas, para uma efetiva preservação e amparo, como deseja o constituinte.

O Estado pode implementar a proteção e o amparo por múltiplas formas. No entanto, mesmo que não o faça, o bem cultural já é um patrimônio que merece proteção, exclusivamente pela dicção do parágrafo único do art. 180.

Portanto, parece-nos que por ação popular poderia ser defendido de dano eventual algum bem cultural, ordenando o Judiciário as medidas imprescindíveis à preservação, mesmo que não previstas em lei ordinária. O mínimo deve ser garantido.

III. O que é Tombamento

Definem os doutos:⁹ o Tombamento "é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas que, por essa razão, devem ser

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Revista do Advogado* — AASP, p. 28.

preservadas de acordo com a inscrição no livro próprio" (cf. Hely Lopes Meirelles).

Para Lúcia Valle Figueiredo,⁷ o "tombamento, de maneira singela, é ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem. Necessita, por ser um ato administrativo, de lei anterior a validá-lo, que, ao definir o bem a ser preservado, indique, inclusive, a finalidade a ser tutelada por seu intermédio".

1) *Fases do Tombamento.* A abertura do processo de tombamento, por deliberação do Condephaat, ou do órgão incumbido legalmente para tal finalidade (interessa-nos especialmente o processo no Estado de São Paulo), assegura a preservação do bem até decisão final da autoridade, ficando susinado, desde logo, qualquer projeto ou obra que importe em sua modificação ou destruição, nos expressos termos do que determinam os arts. 142, parágrafo único, e 146 do Decreto n.º 13.428/79. É o que se denomina tombamento provisório, cujos efeitos são os mesmos do tombamento definitivo, com exceção à observância do registro e do direito de preferência de que são titulares o Poder Público, em caso de alienação do bem (confira-se José Afonso da Silva).⁸

Em síntese, a lei concebe vários tipos de tombamento: a) tombamento de ofício; b) tombamento voluntário; c) tombamento compulsório, que será provisório ou definitivo.

O tombamento de ofício é o que tem lugar sobre bens públicos, devendo ser notificada a entidade a quem o bem pertencer ou sob cuja guarda estiver, a fim de produzirem-se os necessários objetivos (Decreto-Lei n.º 25/37, art. 5.º).

O tombamento voluntário, como o próprio nome sugere, realiza-se com a concordância do proprietário, quer a seu pedido, quer em atendimento à notificação oficial (art. 7.º do citado decreto-lei).

O tombamento compulsório tem lugar uma vez que o proprietário não concorde com a inscrição da coisa (art. 8.º). Neste caso, o procedimento se desenvolve nas seguintes fases: 1. Notificação ao proprietário mediante prazo de 15 dias, a contar de seu recebimento para anulação ou impugnação. Em havendo impugnação, cabe a apreciação em igual prazo sobre sua procedência. Se não houver impugnação, será o bem inscrito no competente Livro do Tombo. Como passo seguinte, o processo será

⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, RT, p. 16.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, Editora RT, p. 501 e segs.

enviado ao IPHAN, ou a órgão correspondente, que proferirá decisão. Em todos os casos acima arrolados, a eficácia do procedimento ficará suspensa até a homologação pela autoridade competente, o Ministro da Educação (Lei n.º 6.292/75), cabendo sempre em última instância administrativa recurso ao Presidente da República (Decreto n.º 3.886/40).

Nosso objetivo neste trabalho não é o de discutir minudentemente o procedimento material do tombamento (seu processo); assim, não mergulharemos em questões ou fases que a lei impõe.

O fato primordial, sem dúvida, destas fases está na constatação de regra inconstitucional. A Lei n.º 6.292/75 prevê a inscrição no Livro do Tombo, sob a dependência de homologação do Ministro da Cultura, para muitos efeitos jurídicos. Não se discute, sem dúvida, se é possível, face ao Princípio da Autotutela, ao Poder Público revogar seus atos por ilegalidade. O que nos parece inconstitucional será deixar ao alvitre da autoridade administrativa superior (Chefes do Poder Executivo ou quem faça suas vezes) revogar o tombamento, após parecer dos órgãos técnicos especializados. Ou o bem tem valor cultural ou não tem, "*Tertium non datur*".

Não estamos assim afirmando que todos os bens culturais, obrigatoriamente, devam ser tombados. O que nos parece imprescindível é o amparo e a proteção garantida constitucionalmente. Esta é imprescindível, impostergável.

Enfrentaremos mais adiante a questão do ato de tombamento (item VI).

2) *Natureza Jurídica*. Neste ponto, a doutrina se "engalinhava", não havendo posições acordes. Ora encontramos autores que afirmam ter o tombamento natureza meramente declaratória (confira-se Hely Lopes Meirelles);⁹ outros, como Pontes de Miranda, que distinguem a natureza do tombamento em função da natureza dos bens tombados; e ainda há posições, como a de José Afonso da Silva,¹⁰ que a entendem constitutiva, impondo limitações ao direito de propriedade, e criando um "regime jurídico especial", caracterizado pela inovação da posição jurídica que impõe aos proprietários condutas jurídicas *ob rem*, que antes não havia. Não há dúvida de que o tombamento fricciona o

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Citado por José Afonso da Silva, in *Direito Urbanístico*, p. 400.

¹⁰ *Idem*.

direito de propriedade de alguma forma. Nesse passo, cumpre averbar a perecível observação que adotamos.¹¹

"Entretanto, é mister contrastar a obrigação do Estado de subsumir os bens de interesse nacional à sua proteção com a eventual possibilidade legal de tirar a disponibilidade total desses bens. Este é o fulcro da questão: haverá tal possibilidade? De conseguinte, consoante nos afigura, podem colocar-se três hipóteses diversas:

a) o bem fica, mercê do tombamento, totalmente inútil ao particular, que, a par das obrigações de não fazer, deverá arcar com as de fazer;

b) a segunda hipótese consiste na possibilidade de o bem tombado ficar com sua utilização apenas parcialmente reduzida;

c) e, finalmente, pode nenhum prejuízo ocorrer ao proprietário pelo tombamento."

Assim, conclui: "Se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agredir esta situação o dispositivo constitucional de ampla proteção à propriedade (art. 153, § 22), somente com 'restrições' ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação — na hipótese, desapropriação indireta, que se resolveria com a indenização correspondente."

Se a propriedade privada tiver diminuída sua possibilidade de utilização, deverá o Poder Público constituir uma servidão, indenizando o proprietário na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento. Neste caso estaremos diante de verdadeira servidão administrativa.

Na terceira hipótese, nada haverá a indenizar. No pensar da eminente Professora, estaremos ainda diante da servidão administrativa, porém não indenizável, por ausência de prejuízo.

Concordamos com seu pensamento, quando finalmente averba: "ou estaremos diante de figura jurídica da expropriação, ou da servidão administrativa".

3) *Direito de Propriedade e Indenização*. Se compulsarmos a doutrina e a jurisprudência, à outra conclusão não chegaremos: o direito à indenização do proprietário é inegável. Toda vez que a Administração Pública, por si ou por quem faça suas vezes, direta ou indiretamente, atinge a essência do direito, fica obrigada a reparar o prejuízo. Confira-se as seguintes ementas:

a) "Se o tombamento importa no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o Estado deve pagar

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, p. 17 e seqs.

a indenização correspondente ao seu valor, como ocorre na desapropriação por utilidade pública" (in *Revista Forense* n.º 213/1966).

b) "A competência conferida ao serviço federal para o tombamento de bens, não exclui a de serviços congêneros instituídos para o mesmo fim, pelos Estados e Municípios.

O tombamento oneroso exige a desapropriação com o pagamento da justa indenização em dinheiro.

Atos arbitrários e, portanto, nulos, não podem prosperar" (grifo nosso). (Parecer, RDA n.º 120/459-478.)

c) "Não usando o Poder Público da faculdade de desapropriar para tomar, nos casos de restrição sensível ao domínio privado e que possa ser avallada, em termos econômicos ou pecuniários, fica ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, uma indenização equivalente ao prejuízo sofrido" (Parecer, RDA n.º 108/429-464).

d) "O tombamento compulsório que importe na negação ou restrição total ao direito de propriedade não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização. E nulo o tombamento que impossibilite a lavra do minério, objeto do ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente" (in RDA n.º 67, p. 248).

Não há dúvida que a Constituição brasileira agasalhou a proteção à propriedade, atribuindo ao proprietário o direito ao uso, gozo e disposição da coisa, que constitui a alma do direito de propriedade. Ferindo qualquer um desses elementos, estamos comprimindo o direito, e como remédio temos a reparação à indenização.

Cabem, por oportuno, algumas palavras de Celso Antônio B. de Mello.¹²

"Cumpra precaver-se contra o risco de supor que o conteúdo da propriedade confunde-se com a significação patrimonial ou econômica dela. Ambas as coisas podem estar, como geralmente estão, bastante interligadas. Nem por isso se confundem."

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In RDP n.º 61, p. 38.

Apesar de essas observações terem sido feitas em matéria atinente ao zoneamento, entendemos serem perfeitamente aplicáveis ao nosso estudo. Assim, ensina o citado jurista:

"O que às normas de zoneamento é interdito ferir, dado seu caráter de limitações administrativas, é o conteúdo nuclear do direito. Não se disse nem se dirá que lhes seja vedado acarretar consequências economicamente gravosas aos proprietários. Nem se disse que tal sucesso obrigue a indenizar prejuízos dessarte provocados. O dever de indenizar só surgirá se, concomitantemente, for atingida a essência do direito. E existirá *FOR CAUSA* de havê-lo atingido" (grifo nosso).

Sintetizando, não concordamos com Diógenes Gasparini¹³ quando afirma: "Apesar de o ato de tombamento impor sérias limitações ao uso, gozo e fruição da propriedade, não obriga o Estado a satisfazer qualquer indenização, pelo menos em tese." De fato "data vênia", não é assim que devemos analisar.

Se com o tombamento há prejuízo, de outra parte há, em tese, o direito à indenização.

4) *Competência*. Sobre a matéria de tombamento, podem legislar a União, os Estados e os Municípios. É curial essa assertiva, uma vez que a Constituição não atribuiu, como privativa, essa competência a nenhuma dessas pessoas políticas de direito público. De fato, indicou no art. 180, que os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos naturais notáveis e as jazidas arqueológicas estão sob a proteção do poder público. A expressão poder público, aqui, deve ser entendida em sentido latíssimo, tal qual o termo autoridade quando enfrentamos a questão do mandado de segurança.

Não discrepa desse entendimento Pontes de Miranda¹⁴ ao afirmar "que titulares dos direitos, pretensões, ações, ou execuções, que nascem do tombamento, bem como do direito e da pretensão de tomar bens que entrem nas categorias mencionadas no texto, são a União, o Estado-membro do Distrito Federal, ou o Território e o Município em que se achem tais bens".

Não discrepa dessa orientação doutrinária a jurisprudência de nossos pretórios, e disso é exemplo o acórdão proferido pelo STF, no RE n.º 93.734-0 de São Paulo, em que foi relator o Ministro Neri da Silveira, assim ementado:

¹³ GASPARINI, Diógenes. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 74, p. 27.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Redação da Emenda n.º 1/89*, Ed. RT, 1972, 2.ª ed., p. 373.

"Prédios considerados de interesse histórico, por lei municipal. Licença para sua demolição denegada. Inocorrência de ofensa a direito adquirido ao proprietário, que, anteriormente, obtivera licença para nova edificação no respectivo terreno. É lícito o ato da municipalidade, ao indeferir a licença para demolição.

Constituição, art. 180, parágrafo único. Súmula 285. Inobstante legítima a denegação da licença para demolição, há um prejuízo ao proprietário que, anteriormente, obtivera licença para erguer nova edificação no terreno.

Hipótese em que, do ato administrativo, embora lícito, decorre lesão ao patrimônio particular. Direito à indenização. Correção monetária devida. Recurso em parte, conhecido e provido" (grifos originais).

Obviamente, a prática dos atos de tombamento, por concretizarem limitações (sentido genérico), à propriedade, só se estende às pessoas físicas que estiverem munidas da legislação competente. Embora desejável, não é possível defender-se a norma do art. 180, como de eficácia plena. O que nos parece possível, e facultado pelos arts. 23 e 25 da Lei de Tombamento, será participarem as pessoas físicas de atividades que objetivem a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Observe-se finalmente que o tombamento de um bem pela União não exclui de ser tombado pelo Estado ou pelo Município em que estiver localizado.

IV. Noções Gerais sobre Discricionariedade e Vinculação

Cumpra-nos agora, ainda que *en passant*, levantar as noções doutrinárias a propósito da questão tormentosa da discricionariedade e vinculação.

É assente a afirmativa de que a Administração Pública somente poderá agir conforme a lei e não a contrariando. Aqui está o norte a seguir. Transcrevamos, ainda uma vez, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁶

"Discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In *Elementos*, Ed. RT, ps. 61-63.

diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal."

Mais adiante prossegue o mestre: "Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração, em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a administração ao expedir os não interfere com apreciação subjetiva alguma."

Lúcia Valle Figueiredo,¹⁶ em sua inédita e preciosa monografia, averba com acerto: "Consoante se nos afigura, competência discricionária é aquela desfrutada pelo administrador para, no caso concreto, buscar a solução desejada pela norma."

García de Enterría¹⁷ estrutura sua posição sobre o tema da discricionariedade, frisando a idéia de que os conceitos jurídicos indeterminados podem e devem ser conduzidos à "zona de certeza" pelo juiz.

Em verdade, o ilustre autor trouxe valiosa colaboração aos estudiosos da matéria, quando estabelecendo uma forma de controle da administração pelos princípios gerais do direito, ensina:

"Los principios generales del derecho proporcionan, por ello, otros tantos criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discricionales. Conviene recordar a este propósito que los principios generales del derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica" (grifo nosso).

No caso específico do tombamento, a questão da discricionariedade e da vinculação assume particular relevância. É o que veremos no item seguinte.

V. Qualificação do Bem Cultural

Pretende-se agora tentar responder questões, tais como: a) a qualificação do bem como cultural ou não é atividade discricionária ou vinculada? b) O Poder Judiciário poderia declarar que um bem é de valor cultural?

O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 25/37 declara:

"Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no País

¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, "Extinção dos Contratos Administrativos", tese inédita de livre docência, p. 48.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Curso...", vol. 1, p. 449.

e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1.º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro *depois de inscritos* separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o art. 4.º desta lei" (grifos nossos).

De outra parte, declara o texto constitucional, citado inúmeras vezes: "Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado."

No Estado de Direito é imanente à soberania popular. Assim, qualquer cidadão, a partir da norma constitucional, tem direito subjetivo e interesse a que os bens de valor cultural sejam preservados; e ao Estado compete igualmente o dever de preservá-los.

Assim, a norma do art. 180, sem dúvida, instaura a todos os cidadãos brasileiros um direito, um benefício social, qual seja, o da preservação e amparo à cultura.

Isto porque, além da dicção constitucional, o que por si só seria bastante para irradiar garantia coletiva, o legislador subconstitucional qualificou como sendo de interesse público a conservação do patrimônio cultural.

Ora, o que é o patrimônio histórico de uma dada Nação, senão uma parte do seu todo? Em sendo assim, não há propriedade pessoal da Administração, em sua constatação, gestão e amparo, senão uma obrigação positiva.

Em sendo titulares do Poder, em primeira instância, ao povo, mediante a representação parlamentar e política, cabe o destino da Nação. No Estado de Direito, incumbe ao Poder Legislativo determinar as finalidades que a Administração deve implementar. Assim, se administrar é aplicar a lei de ofício, existe uma patente dependência e subordinação à vontade legal, que, em última análise, é a vontade do povo.

Por isso, averba Queiró,¹⁸ "a atividade da Administração é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais".

Sem dúvida, portanto, impõe-se ao Administrador Público, uma conduta vinculada ou discricionária. Fato é que, em certas situações, o administrador só poderá tomar uma atitude face à clareza da lei. Outros, entretanto, ensejam liberdade, dentro do

¹⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra Editora, 1940, p. 6.

sistema e da finalidade perseguida. O importante, entretanto, será alcançar o desiderato: interesse público.

Calha ainda trazer à colação a lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁹ quando ensina:

"O dever jurídico que se põe para a Administração é necessariamente o de escolher a melhor solução — e não qualquer solução comportada, *in abstracto*, pelo âmbito de liberdade que lhe deferiu a norma legal. Em outras palavras, existe para a Administração um dever jurídico de boa administração."

De sua lição, tiramos a conclusão de que o atendimento a este interesse é obrigatório. É dizer: o Estado e seus poderes dentro do seu campo próprio de atuação têm o dever jurídico de implementar, amparar, proteger — de todas as formas — a cultura.

O problema da discricionariedade, enfrentado com maestria pelo jurista citado, apresenta-se dissecado, quando afirma: "Com efeito, esta liberdade deferida pela lei quer, *in concreto*, ver-se convertida em 'necessidade', posto que a norma não almeja uma solução qualquer não proibida, porém, unicamente, aquela solução permitida em face do caso concreto; vale dizer: a que satisfaça *excellentemente* o interesse público naquele caso real" (grifos no original).

Assim, podemos concluir que não se pode dizer, de forma absoluta, que o ato de qualificar é discricionário ou vinculado. Hipóteses haverá em que o valor cultural existe (ou não) de forma incontestada e a declaração consequente deve ser feita de forma vinculada. Porém, há, em relação a certos bens, dúvida ineliminável, hipóteses em que a Administração terá discricionariedade "técnica" para dizer de seu valor ou desvalor cultural.

Assim, ousamos afirmar, de acordo com o caso considerado, abstratamente, que poderá haver discricionariedade, mas, *in concreto*, esta pode ou não existir. Quando estivermos diante de dúvida ineliminável, a discricionariedade, em tese, terá lugar.

Com Lúcia Valle Figueiredo, aprendemos que os exemplos caricatos e absurdos podem nos conferir razoabilidade e bom senso no desenvolver do raciocínio. Assim, imaginemos que não haja qualquer legislação subconstitucional acerca do tombamento e que, por hipótese, a autoridade administrativa, por qualquer razão, declare que a Igreja de São Francisco, na Bahia, será demolida para que lá seja construída uma catedral moderníssima em padrões arquitetônicos. Não seria possível ape-

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Controle Judicial dos Atos Administrativos", in RDP n.º 65, p. 32.

nas com o amparo conferido pela norma constitucional acionar o Judiciário, para evitar aviltante destruição? Parece-nos que sim.

De outra parte, casos haverá em que se torna difícil ou quiza impossível uma única solução. Al estaremos novamente diante da discricionariedade; despidiendo dizer que desde que legitima e voltada ao sistema e interesse público.

Assim, para que haja um efetivo asseguramento da vontade constitucional, afirmamos: 1. A Constituição é a Lei Maior, e sob pena de invertermos a hierarquia das normas, considerando o ordenamento positivo, não podemos contentar-nos em tão-somente catalogar as normas programáticas como tal, ou seja, como preceitos unicamente declaratórios, sejam eles de eficácia limitada, contida ou plena.

Forçoso garantir a eficácia e aplicabilidade de seus preceitos. Não podemos continuar a conviver com a verdade absoluta de que toda norma programática está condicionada a ulterior regramento e atuação do Poder Legislativo, sob pena de esvaziarmos seu comando inicial.

Caso o Poder Legislativo não atue, não edite leis suficientemente capazes de produzir o desenvolvimento e amparo à cultura, não estaríamos diante de verdadeira omissão do Estado, passível de responsabilidade?

Parece-nos, igualmente, correta a afirmação de que os autores classificam e reclassificam sobre o grau de aplicabilidade das normas constitucionais, mas não percebem a questão de fundo a que elas estão submetidas.

Todos os poderes, em especial o Judiciário — uma vez que a ele cabe a função jurisdicional —, devem propiciar a efetivação no avanço social. E o que é a cultura senão a produção ou manifestação voluntária, individual ou coletiva, que vise, com sua comunicação, à ampliação do conhecimento através de uma elaboração artística, de um pensamento ou de uma elaboração científica?

Ora, se a Constituição atribui a todos os poderes o dever de seu cumprimento, caberia ao Poder Judiciário, uma vez provocado, suprir as lacunas ou omissões que despontassem em sentido contrário ao que foi determinado. Calha ainda a tese espousada por Eros Grau:²⁰

"Ao aceitarmos, pacificamente, a existência de direitos sem garantia, alinhamo-nos, inconscientemente ou conscientemente, entre

²⁰ GRAU, Eros. "As Normas Programáticas". *Revista do Advogado* n.º 15, publicada pela AASP/SP, p. 29 e seguintes.

aqueles que concebem — inconscientemente e ou conscientemente, também — esteja a Constituição integrada por fórmulas vazias."

A norma do art. 180, como de resto toda a Constituição, constitui preceito jurídico diretamente aplicável, que vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Não estamos com isso defendendo que todas as normas programáticas são juridicamente auto-aplicáveis, ou que o procedimento do tombamento é vinculado em qualquer situação. O mínimo deve ser exigido por qualquer cidadão ou, ainda, constitui dever dos poderes públicos, na medida de sua competência, assegurar o preceito constitucional.

Nesse passo, insere-se a idéia fenomenal, apresentada em forma de subemenda n.º 47, pelo Deputado Lúcio Alcântara à Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a proposta de Emenda à Constituição Portuguesa n.º 11, de 1984, conforme nos informa Eros Grau.²¹

"Na impossibilidade de cumprir ou fazer cumprir mandamento constitucional, em razão da inexistência ou omissão das normas legislativas necessárias a dar-lhe execução, o Poder Judiciário deverá supri-las, de forma a torná-lo imediatamente aplicável."

VI. O Ato de Tombar

Uma vez reconhecido pela autoridade competente o valor cultural de um bem, há ou não vinculação no ato de tombar?

Reportando-nos aos argumentos lançados nos itens anteriores, quanto aos efeitos e aplicabilidade do art. 180, podemos concluir que não há discricionariedade, isto é, a autoridade fica obrigada a dar àquele bem a proteção e o amparo mínimos suficientes à preservação do valor cultural. Porém, este mínimo pode não ser o tombamento, e sim outra medida. Não obstante, quando o tombamento for a medida indispensável, este será obrigatório.

Advertir-se, outrossim, que a vinculação não pode ser pensada somente quanto ao ato de tombar. Não pode o poder público, igualmente, dar ao bem uso inadequado. Exemplo próximo sofrido por todos nós paulistanos situa-se em Iguape, quando foi construída a usina nuclear.

²¹ *Idem*, tese aprovada no V Congresso Brasileiro de Direito Constitucional: "A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas". UERJ, de 17 a 19.10.84.

VII. Conclusões

Ao finalizarmos este trabalho, cumpre-nos advertir o leitor de nossa intenção essencial.

É para nós verdade ponderável que as afirmações mais simples contêm os problemas mais intrincados na seara da ciência do direito. Assim, constitui tarefa de menor esforço ao constituinte agasalhar preceitos universalmente aceitos e incontestáveis, com o objetivo de conferir ao cidadão uma ordem constitucional moderna. Sem dúvida, a ninguém é lícito duvidar da maravilha contida no art. 153 e seus parágrafos. Em nosso caso particular ocorre o mesmo fenômeno, quanto ao art. 180 da Constituição Federal.

Dada a sua amplitude de propósitos enfeixados, ser-nos-ia crível afirmar que a proteção, amparo e desenvolvimento à cultura são garantidos a qualquer cidadão, bem como constituem norma objetiva ao Poder Público. Tal não ocorre, como de resto, em toda norma programática em última análise, posto que, por carecer de regramento inferior, acaba sendo um protocolo de intenções, desdenhado por todos.

Desta maneira, foi nosso objetivo, mediante citado tópico, percorrer as formas de garantias mínimas consagradas no texto constitucional, provocando, aqui e acolá, aspectos que nos pareceram importantes, no que longe à discricionariedade, outro tema tabu do direito administrativo, dada a sua profundidade.

Nosso propósito, pois, foi o de trazer uma contribuição, ainda que modesta, a um tema de tanta complexidade. Tratando-se de ciência axiológica, temos a consciência de que qualquer conclusão a que chegamos pode e deve ser questionada, pois não constituem verdade absoluta.

De qualquer forma, aqui estão as idéias-sínteses dos capítulos anteriores.

1) O art. 180 da Constituição Federal tem um conteúdo normativo, limitando, ao menos negativamente, o exercício do poder estatal; uma lei que disponha contrariamente a esse princípio, será inconstitucional.

2) O simples fato de classificarmos a norma do art. 180 como programática, completável ou finalística, não elide a afirmação de que é norma jurídica e como tal os Poderes Públicos, em especial, não de orientar sua ação permanentemente ao alcance de sua finalidade.

3) Encontramo-nos muito distante de uma determinação jurídica que a um dever instaurado faça corresponder um direito subjetivo com perfil suficientemente forte, a ponto de ensejar

mecanismos institucionais sancionatórios, caso descumprida a direção constitucional.

4) A norma do art. 180, não é suscetível de execução plena de per se. Carece de regramento ulterior; no entanto, o mínimo é exigível, pois a Constituição não contém signos opostos.

5) Não podemos esperar *ad actum*, o regramento ordinário, a parte dele constitui responsabilidade do Estado por omissão, ensejando ação de responsabilidade face ao caso concreto.

6) Partindo da premissa incontestável de que todos devem obediência à Constituição, cumpre a todos os poderes estatais, dentro de suas competências, obediência e cumprimento (dever) ao comando do art. 180.

7) Se o sistema é o conjunto ordenado de elementos, segundo uma perspectiva unitária, o art. 180 deve ser interpretado e conjuntamente com todos os princípios que a Constituição adota. Assim, tanto o art. 180 como o 160 asseveram o ideal de justiça social. Logo, a elevação e conservação da cultura constituem princípio constitucional obrigatório.

8) O Estado pode utilizar-se, para a consecução de seu desiderato, de vários métodos; o importante, no entanto, será garantir o mínimo preceituado pelo texto constitucional, onde se assegure o tombamento.

9) O tombamento é rótulo inútil, ou estaremos diante do caso concreto, da expropriação ou da servidão administrativa.

10) Como princípio, é inegável o direito à indenização do proprietário, face à garantia do art. 153, § 22, que há de ser entendida o mais amplamente possível.

11) O tombamento pode ser realizado não só pela União como também pelos Estados e Municípios; pode ser provisório ou definitivo; o tombamento provisório há de ser convertido em definitivo no prazo que a lei estabelecer, ou em tempo razoável, e se for omissa, a administração incorrerá em abuso de poder.

12) Não se pode dizer de forma absoluta que o ato de qualificar é discricionário ou vinculado. Hipóteses haverá em que o valor cultural existe (ou não), de forma incontestável e a declaração conseqüente deve ser feita de forma vinculada. Porém, há, em relação a certos bens, dúvida inclinável, hipótese em que a administração terá "discricionariedade técnica" para dizer de seu valor ou desvalor cultural.

13) Mas há discricionariedade, isto é, a autoridade fica obrigada a dar àquele bem a proteção e o amparo mínimos sufi-

cientes à preservação do valor cultural. Porém, este mínimo pode não ser o tombamento e sim outra medida. Não obstante, quando o tombamento for a medida indispensável, ele será obrigatório.

14) A vinculação não deve ser entendida somente quanto ao ato de tombamento. Não pode o Poder Público dar ao bem uso inadequado.

15) A missão do Judiciário não se limita ao exame e aplicação das regras processuais ou da legalidade formal. Investido na função jurisdicional, deve ele garantir a efetiva aplicação da Constituição.

18) Deve o judiciário declarar a inconstitucionalidade por omissão sempre que algum preceito constitucional resultar insuscetível de aplicabilidade em razão da inércia ou omissão legislativa, desde que provocado.

Inobstante as normas programáticas careçam de regulamentação, isto por si só não deve cercear a conduta do Judiciário, a quem cumpre ser firme e voltado para a *ratio constitucionis*. Vale dizer, diante do caso concreto, casos haverá em que do texto por si só emane a garantia suficiente para a efetiva concretização de seu desiderato.

VIII. *Bibliografia Consultada*

- BASTOS, Celso & AYRES Carlos. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, 1982.
- DROMI, José Roberto. "La Administración de Justicia en La Democracia", in RDP n.º 71.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Guebekian, 1968.
- ENTERRIA, Eduardo G. de. "Curso de...", vol. 1, p. 449.
- FELJO, Martín Cesar. *O que é Política Cultural*, Brasiliense, 1983.
- FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, Atlas, 1980.
- FERRERIA, Sérgio de Andréa. *O Direito de Propriedade e as Limitações Administrativas*, Ed. RT, 1980.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Ed. RT.
- . "Extinção dos Contratos Administrativos" (tese de livre-docência inédita), São Paulo, 1985.
- GASPARINI, Diógenes. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 741.
- GRAU, Eros. *Elementos de Direito Econômico*.
- . "As Normas Programáticas", in: *Revista do Advogado* n.º 16, AASP, SP.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Revista do Advogado* n.º 17, AASP-SP.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. RT, n.º 80.

—. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", in: RDP, 57/58.

—. "Controle Judicial dos Atos Administrativos", in: RDP n.º 65.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários a Constituição de 67*, Ed. RT, 1972.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo*, Coimbra, Editora, 1940.

IX. *Jurisprudência Consultada*

- RDA n.º 112, ps. 50-58, abril/junho de 1973.
- RDA n.º 120, ps. 459-470, 1975.
- RDA n.º 108, ps. 429-464, 1973.
- RDA n.º 131, p. 251.
- RDA n.º 87, p. 249.
- REVISTA FORENSE n.º 211, p. 126.
- REVISTA FORENSE n.º 213, p. 57, 1966.
- REVISTA FORENSE n.º 216, p. 96, 1966.
- RT n.º 147, p. 785.