

## O tombamento legislativo: a Lei de Efeitos Concretos

*The legislative registration:  
the Law of Concrete Effects*

Francisco Humberto Cunha Filho\*  
Allan Carlos Moreira Magalhães\*\*

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar o tombamento para a proteção de bens culturais por meio da edição de Leis de Efeitos Concretos pelo Poder Legislativo e a possibilidade do Poder Executivo, no âmbito de sua competência administrativa, tornar sem efeito referida lei. O trabalho para analisar essas questões, aborda a disciplina legal do tombamento, a definição de Lei de Efeitos Concretos, o papel dos Poderes Legislativo e Executivo na proteção do patrimônio cultural brasileiro. A metodologia adotada consiste na abordagem analítico-crítica realizada por meio de revisão bibliográfica e da análise de decisão do Supremo Tribunal Federal. Como resultado da pesquisa, espera-se demonstrar que, para assegurar ao proprietário do bem tombado legislativamente o pleno exercício de suas garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa deve ser conferida ao Poder Executivo a possibilidade real de tornar sem efeito o tombamento provisório realizado pelo Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Tombamento legislativo. Lei de Efeitos Concretos. Patrimônio cultural. Democratização cultural.

**Abstract:** The present article aims to analyze the registration for the protection of cultural assets by means of the enactment of Laws of Concrete Effects by the Legislative Power and the possibility of the Executive Power in the scope of its administrative competence to render said law ineffective.

---

\* Doutor em Direito. Professor Titular no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Fortaleza (Unifor). Pesquisador-líder no grupo de estudos e pesquisas em Direitos Culturais. Advogado da União.

\*\* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Integrante do grupo de estudos e pesquisas em Direitos Culturais. Professor em cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário do Norte (Uninorte). Advogado da União.

The work to analyze these issues addresses the legal discipline of the tipping, the definition of Law of Concrete Effects, the role of the Legislative and Executive powers in the protection of Brazilian cultural heritage. The methodology adopted consists of the analytical and critical approach made through the bibliographic review and decision analysis of the Federal Supreme Court. As a result of the research, it is hoped to demonstrate that in order to ensure to the owner of the property the legislative capacity to fully exercise its constitutional guarantees to the adversary and the ample defense, the Executive Power must be given the real possibility of rendering ineffective the temporary overturning carried out by the Legislative Power.

**Keywords:** Legislative registration. Law of Concrete Effects. Cultural heritage. Cultural democratization.

## Introdução

O tombamento é um dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a proteção de bens culturais. Ele estabelece um regime jurídico especial que, entre tantos outros efeitos, restringe os poderes dos proprietários sobre referidos bens. A edição do Decreto-Lei 25/1937 marca o início da política estatal de institucionalização da preservação do patrimônio cultural. A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) promove uma democratização cultural que impacta na interpretação e na aplicação do mencionado decreto-lei, principalmente, porque amplia a definição de bens culturais com a adoção de valores de referência cultural para a definição dos bens a serem protegidos.

A nova ordem jurídica possibilita a atuação conjunta do Poder Público e da coletividade na proteção do patrimônio cultural, o que não era uma realidade no período do Estado Novo, quando foi editado o Decreto-Lei 25/1937. Tradicionalmente, a proteção do patrimônio cultural decorre de ato administrativo. Todavia, o Poder Legislativo tem buscado um papel de protagonista na proteção do patrimônio cultural com a edição de leis de efeitos concretos que declaram o valor cultural do bem e promovem seu tombamento.

Contudo, essa atuação do Poder Legislativo tem desencadeado debates tanto acadêmicos quanto no âmbito jurisdicional, o que nos faz indagar: O Poder Legislativo detém competência para promover tombamento por meio da edição de lei? Como assegurar ao proprietário do bem tombado pela edição de uma lei o exercício de seu direito ao contraditório e à ampla

defesa? O Poder Executivo está vinculado à decisão legislativa que declarou, por meio de lei, o valor cultural do bem ou pode, administrativamente, desconstituir essa decisão legislativa?

O presente estudo divide-se em três seções estando a primeira dedicada à exposição da disciplina legal do tombamento através de uma explanação panorâmica de seus principais aspectos normativos, contextualizando com o momento histórico da edição do Decreto-Lei 25/1937 e o início da institucionalização da proteção do patrimônio cultural no período do Estado Novo. Na segunda seção, é realizada uma análise acerca da democratização cultural que foi consolidada com a CF/88; de fato, foi até superada com a adoção da própria democracia cultural. A terceira seção é dedicada ao estudo do tombamento legislativo.

A metodologia adotada consiste na abordagem analítico-crítica realizada por meio de revisão bibliográfica e de análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, como resultado da pesquisa, espera-se demonstrar que a realização de tombamento pelo Poder Legislativo, através da edição de lei de efeitos concretos, impõe um repensar sobre a separação dos Poderes e o papel da lei como ato legislativo típico que sujeita todos às suas determinações.

## **1 A disciplina legal do tombamento: uma visão panorâmica**

O presente tópico tem três intentos: apresentar uma definição de *tombamento* extraída das disposições legais constantes no Decreto-Lei 25/1937; evidenciar a finalidade desse instrumento jurídico de proteção dos bens culturais e rememorar, criticamente, sua dinâmica procedimental.

O tombamento é um instrumento jurídico disciplinado pelo Decreto-Lei 25/1937 cujo escopo é a proteção de bens materiais, móveis ou imóveis, integrantes do domínio público ou privado, mas que são dotados de valor histórico e artístico que desperta o interesse público em sua conservação. Pela dicção do mencionado decreto-lei, o aludido valor é identificável nos bens materiais que possuam vinculação a “fatos memoráveis da história do Brasil” ou que sejam dotados de “excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” e são reunidos sob a denominação de “Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”. A mesma norma também sujeita a tombamento os monumentos naturais, sítios e paisagens dotados de “feição notável” por obra da natureza ou pela ação humana.

Em que pese o avolumamento de doutrina em sentido contrário,<sup>1-2</sup> a proteção, através de tombamento de bens pertencentes a entes da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), supostamente continua a ser feita de ofício e por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a notificação do respectivo ente público a quem pertencer o bem tombado, para que produza seus efeitos. Já se o bem pertencer a domínio privado, o tombamento é feito de forma voluntária ou compulsória.

O tombamento voluntário ocorre quando o proprietário solicita ou anui expressamente ao tombamento. Já no tombamento compulsório, o proprietário se insurge, recusando-se a anuir com a inscrição do bem no *Livro do tomo*. Nesse caso, notificado o proprietário para aceitar ou impugnar o tombamento se ele quedar inerte, o bem será inscrito no *Livro do tomo* por simples despacho. Todavia, se o proprietário impugnar o tombamento, o processo será remetido ao Conselho Consultivo que decidirá a questão.

Os efeitos do tombamento consistem no estabelecimento de um regime jurídico de proteção que restringe a liberdade de disponibilidade do bem pelo proprietário. Além de vedar totalmente que os bens tombados sejam destruídos, demolidos ou mutilados, ou mesmo que sejam, sem a autorização do órgão competente, reparados, pintados ou restaurados. Em razão disso, aponta Longo Filho, uma estreita relação entre tombamento e direito de propriedade pelas restrições impostas pelo Poder Público quando tomba determinado bem dotado de valor cultural.<sup>3</sup>

O tombamento, para Meireles, é uma declaração do Poder Público sobre o valor cultural que o bem possui e que o faz merecer proteção jurídica por integrar o patrimônio cultural brasileiro.<sup>4</sup> Já para Souza Filho

---

<sup>1</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto: A mutação do *locus* jurídico do tombamento: do direito administrativo para os direitos culturais. In: *Publicações da Escola da AGU – Direitos Culturais, a Questão Patrimonial Brasileira*, Brasília-DF, v. 9, n. 3, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/viewIssue/124/202>>. Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>2</sup> CAMELO, Genésia Marta Alves. Análise da compatibilidade do procedimento adotado para o tombamento, previsto no Decreto-Lei 25/1937, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Publicações da Escola da AGU – Direitos Culturais, a Questão Patrimonial Brasileira*, Brasília-DF, v. 9, n. 3, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/viewIssue/124/202>>. Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>3</sup> LONGO FILHO, Fernando José. Tombamento e direito de propriedade: além dos limites de limites? *Revista de Direito Ambiental e Sociedade*, v. 7 n. 2, p. 159-185, 2017. Disponível em: <<http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4023>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 160.

<sup>4</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 465.

trata-se de ato administrativo complexo que reconhece o valor cultural do bem e lhe confere proteção, que inicia com a notificação do proprietário, o tombamento provisório e a abertura do contraditório, finalizando com uma decisão colegiada que, no âmbito federal, precisa ser homologada pelo Ministro da Cultura.<sup>5</sup>

O tombamento, segundo Costa, é um instituto dos direitos culturais que declara o valor cultural dos bens (móveis ou imóveis) no bojo de um processo administrativo, conforme a discricionariedade do Poder Público, e que se aperfeiçoa com seu registro no *Livro do tombo*.<sup>6</sup> Essa definição tem o mérito de buscar evidenciar o conjunto de direitos (culturais) que são objeto de proteção pelo tombamento e que, às vezes é deixado em segundo plano pela doutrina administrativista.

Com isso, extrai-se do disposto no Decreto-Lei 25/1937 e da disciplina constitucional de 1988, pelo menos provisoriamente, que o tombamento é um instituto dos direitos culturais e que se realiza por meio de um ato administrativo a ser proferido no bojo de um processo de mesma natureza em que deve ser concedido ao proprietário do imóvel o direito de se insurgir à pretensão do Poder Público (Administração Pública) de tomar o referido bem, o que traz como consequência a apreciação do tombamento por um órgão colegiado (Conselho Consultivo) para decidir a questão.

### **1.1 O Decreto-Lei 25/1937 e o regime constitucional do *Estado Novo***

A edição do Decreto-Lei 25/1937 deu-se num contexto histórico em que o Brasil vivenciava um regime jurídico estabelecido por uma Constituição outorgada, que ignorou o princípio da separação e independência dos Poderes em que o presidente da República, por força do art. 180 da CF/37, legislava fazendo uso de decretos-lei em todas as matérias de competência da União; o federalismo possuía uma existência meramente formal; e o Legislativo, mediante iniciativa do Presidente da República, tinha a permissão de dar a decisão final sobre a constitucionalidade das leis, conforme se observa da leitura do parágrafo único do art. 96 da mencionada Constituição:

---

<sup>5</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 83.

<sup>6</sup> COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 75.

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.<sup>7</sup>

Contudo, como enfatiza Francisco Campos, em entrevista concedida em março de 1945, quando havia rompido com o presidente Getúlio Vargas, e, na tentativa de defender o texto constitucional de 1937, do qual fora o principal autor, a Constituição sequer chegou a vigorar, pois, se tivesse vigorado, teria sido um instrumento de limitação do exercício do poder.<sup>8</sup> Essa afirmação de Francisco Campos decorre da inobservância do art. 187 da CF/37 que determina sua submissão a plebiscito, o que não ocorreu.

A natureza meramente formal do texto constitucional outorgado é tão evidente que aquele que o outorgou sequer esboçava preocupação ou interesse em cumpri-lo. Muitas disposições constantes na CF/37, a exemplo da realização de plebiscito para submeter a referida Constituição ao crivo popular, tinham como razão transparecer que a mesma seguia o modelo das Constituições modernas que têm como paradigmas principais a separação dos Poderes e a soberania popular.

Esse aspecto fica claro com a edição da Lei Constitucional (equivalente à hodierna Emenda Constitucional) 9, de 28 de fevereiro de 1945, expedida pelo Presidente da República com o objetivo de alterar a CF/37. No caso, com relação à não realização do plebiscito a que se refere o art. 187, sustenta que a eleição de um Parlamento com poderes para modificar a Constituição supre com vantagem a ausência do referido plebiscito, tal como pode ser visto na justificativa para a adoção da norma:

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 9 nov. 2017.

<sup>8</sup> CAMPOS, Francisco. *A Constituição de 1937 e sua vigência*. Entrevista concedida em 3 de março de 1945. In: PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001. p. 41. v. IV.

CONSIDERANDO que se criaram as condições necessárias para que entre em funcionamento o sistema dos órgãos representativos previstos na Constituição; [...] CONSIDERANDO que a eleição de um Parlamento dotado de poderes especiais para, no curso de uma Legislatura, votar, se o entender conveniente, a reforma da Constituição, supre com vantagem o plebiscito de que trata o art. 187 desta última, e que, por outro lado, o voto plebiscitário implicitamente tolheria ao Parlamento a liberdade de dispor em matéria constitucional.<sup>9</sup>

A Constituição de 1937 também declarou, no art. 186, estado de emergência em todo o País, situação que apenas foi revogada com a edição da Lei Constitucional 16, de 30 de novembro de 1945. Tal situação permitia ao Presidente da República subjugar tanto o Legislativo (art. 169) quanto o Judiciário (art. 170), tornando quase inexistente a separação dos Poderes, pois suprime por completo a possibilidade de controle dos atos praticados pelo Presidente da República.

Assim, o que deveria ser uma situação de excepcionalidade (estado de emergência) tornou-se a regra, e o texto da CF/37 que já era, na sua essência, centralizador do poder nas mãos do Presidente da República, torna-se uma mera folha de papel em branco que passou a ser escrita na *práxis* diária do exercício do poder, *práxis* essa que não encontrava limites jurídicos, o que é típico de regimes autoritários, que se encobrem formalmente com textos constitucionais, apenas para deixar transparecer a falsa existência de uma democracia.

Contudo, foi nesse cenário constitucional, marcado por um regime de exceção, que o Estado brasileiro deu os primeiros passos rumo à construção de uma política estatal de preservação do seu patrimônio cultural, com dois marcos importantes: a edição do Decreto-Lei 25/1937, que institui o tombamento, e a criação de um órgão voltado à proteção do patrimônio cultural também no ano de 1937, denominado “Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” (SPHAN).

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei Constitucional 9. Altera a Constituição Federal de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 1º mar. 1945. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCT/LCT009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm) >. Acesso em: 9 nov. 2017.

## 1.2 O Estado Novo e a institucionalização da proteção do patrimônio cultural

A institucionalização das práticas de preservação do patrimônio cultural coincide com a formação dos Estados nacionais. Segundo Márcia Chuva, há convergência entre uma “genealogia da nação” e a construção de mecanismos legais de proteção do patrimônio nacional.<sup>10</sup> Essa convergência foi estabelecida para proteger os monumentos escolhidos como símbolos da Nação, pois que materializam sua ancestralidade. E arrebatava a referida autora sustentando que as noções de nação e patrimônio são forjadas historicamente, e que a associação delas forma a noção de patrimônio nacional, como se lê:

As primeiras ações de preservação difundiram-se em vários países na virada do século XIX para o século XX. Na Inglaterra, as primeiras leis preservacionistas datam de 1882, complementadas em 1900 pelo *Ancient Monument Act*, que criava um instrumento administrativo semelhante ao *classement*, criado na França, para proteger da destruição os monumentos selecionados como símbolos da nação.<sup>11</sup>

Para Françoise Choay o conceito de patrimônio [nacional] foi desenvolvido na França, no contexto da Revolução de 1789, justamente, para se referir aos bens que pertencem à nação.<sup>12</sup> E destaca a referida autora que foi o valor nacional que inspirou as medidas de conservação do patrimônio pelo Comitê de Instrução Pública francês, nesse período revolucionário. Além disso, o patrimônio nacional introduziu uma pedagogia do civismo apta a mobilizar o sentimento nacional.

A política do governo Getúlio Vargas, especialmente durante o Estado Novo, é marcada por um nacionalismo ligado à ideologia de um Estado tutor e protetor que cria instituições para exercer o controle centralizado

---

<sup>10</sup> CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

<sup>11</sup> CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 40.

<sup>12</sup> CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Trad. de Luciano Vieira Machado. 4. ed. São Paulo: Edunesp, 2006. p. 117.

de espaços e pessoas. O SPHAN foi concebido como parte dessa política de Estado para institucionalizar as medidas de proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, executando uma política cultural de viés nacionalista.<sup>13</sup>

Em termos quantitativos, registra Marcia Chuva que o SPHAN tombou, durante o Estado Novo, 40% de todos os bens tombados em nível federal até o início do século XXI.<sup>14</sup> Trata-se, conforme registra a própria autora, de um percentual expressivo, levando-se em consideração o curto lapso de tempo que durou o Estado Novo, o que conduz à conclusão de que o SPHAN sabia quais bens seriam escolhidos para compor o patrimônio da Nação brasileira por meio do tombamento.

Além disso, a própria configuração do Estado brasileiro, nesse período, não proporcionou um amplo debate democrático, nem com relação à edição da norma que institucionalizou a proteção do patrimônio cultural por meio do tombamento (Decreto-Lei 25/1937), já que a mesma foi editada valendo-se da atribuição que foi conferida ao Presidente da República pelo art. 180 da CF/37, e tampouco houve espaço democrático para uma discussão com a sociedade sobre a escolha dos bens portadores de valor nacional que deveriam ser preservados por meio de tombamento. Essa situação (ausência de debate), se, por um lado, deu celeridade às ações de preservação, por outro, gerou um *deficit* democrático nessas ações preservacionistas.

A função do SPHAN nesse período, era, segundo Márcia Chuva, preservar o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para dar materialidade à Nação, fazendo os brasileiros acreditarem que ela existia, e que sua identidade se manifestava por meio desses bens arquitetônicos e artísticos.<sup>15</sup> Assim, foram selecionados bens que se reportam à produção artística e arquitetônica do período colonial, por serem considerados representativos das origens do Brasil.

---

<sup>13</sup> CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

<sup>14</sup> CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

<sup>15</sup> CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 46.

A política nacionalista do governo Getúlio Vargas, no período do Estado Novo, empunha a bandeira da unidade nacional, e esse cânone norteou, então, a ação do SPHAN na preservação do patrimônio cultural. Contudo, a CF/88 segura outra bandeira: a da diversidade cultural, que valoriza a pluralidade das raízes brasileiras e das suas manifestações culturais.

## **2 A Constituição Federal de 1988 e a democratização do patrimônio cultural**

A CF/88 alarga a definição de bem cultural abrangendo outros valores e outras manifestações culturais, o que se expressa pela locução *patrimônio cultural* brasileiro, mais abrangente do que a expressão adotada pelo Decreto-Lei 25/1937 que se refere ao *Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*.

A proteção oficial do patrimônio cultural brasileiro, iniciada no período do Estado Novo, adotou uma concepção estética restrita às ideias de excepcionalidade e monumentalidade positivadas na ordem jurídica, através do Decreto-Lei 25/1937. Contudo, a mudança de paradigma jurídico-constitucional estabelecido pela nossa Constituição de 1988 possibilita uma ampliação dessa concepção estética, para além da excepcionalidade e da monumentalidade.

Segundo Soares, a CF/88 sinaliza para a “democratização cultural por meio da estética”, pois os valores de referência a que o texto constitucional se reporta estão ligados ao que é relevante para os grupos formadores da sociedade brasileira.<sup>16</sup> E conclui a referida estudiosa que a referencialidade indica que é dispensável o enquadramento do bem cultural nas características de beleza indiscutível, excepcionalidade, monumentalidade e oficialidade.

Assim, o Decreto-Lei 25/1937 que disciplinou a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional num período ditatorial, sob a égide da CF/37, precisa sofrer uma releitura dos seus dispositivos para readequar seus objetivos aos fins democráticos estabelecidos pela CF/88 para, justamente, concretizar uma proteção adequada do patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>16</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao(do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 45.

A interpretação e a aplicação do Decreto-Lei 25/1937 devem observar o valor de referência constante na citada Constituição que traz, segundo Soares, a perspectiva de que a escolha dos bens culturais merecedores de proteção deve ser “de dentro para fora, do mais próximo para o mais distante, do cotidiano para o excepcional”.<sup>17</sup> Contudo, a autora citada não ignora que a monumentalidade e a excepcionalidade compõem, ainda, os critérios de seleção dos bens culturais, mas eles encontram limites na diversidade cultural e no princípio democrático.

A democracia, entendida como contraposição aos regimes autocráticos, segundo Bobbio, pode ser caracterizada por um conjunto de regras que “estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.<sup>18</sup> Logo, uma decisão coletiva precisa observar as regras que dizem quais são os indivíduos que podem tomar decisões capazes de vincular todos os integrantes do grupo. E, nos regimes democráticos, esse poder de decisão deve ser atribuído a um elevado número de indivíduos, cuja decisão é tomada pela regra da maioria.

Contudo, enfatiza Bobbio que, num regime democrático, não basta apenas atribuir o poder de decisão a um elevado número de indivíduos e nem estabelecer regras de procedimento à tomada de decisões coletivas. É necessário, também, que sejam garantidos os direitos de liberdade aos que irão decidir.<sup>19</sup> E prossegue o referido autor enfatizando que os direitos de liberdade são os pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, são as “regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo” democrático.

A par dessa definição mínima de democracia, adotada por Bobbio, percebe-se que a CF/88 estabelece um regime democrático que, em essência, se contrapõe ao regime autocrático que vigorou no País sob a égide da CF/37 tanto com relação ao rol de direitos fundamentais estabelecidos quanto com relação aos elementos informadores do patrimônio cultural brasileiro. Assim, o Decreto-Lei 25/1937 deve ser interpretado segundo os preceitos democráticos e à luz dos direitos fundamentais, pois o patrimônio cultural consiste, segundo Reyna, em um direito fundamental que pode ser exigido perante o Estado e os cidadãos.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao(do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 45.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 35.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 37.

<sup>20</sup> REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originários. *A&C – R. de Dir. Administrativo*

### 3 O tombamento e a lei de efeitos concretos

O Estado moderno caracterizado por tomar para si o monopólio do exercício da força, torna a lei uma manifestação de poder. O Direito é, então, compreendido como a lei criada pelo Estado. Em virtude disso, conforme salienta Cléve, não é possível a construção de um conceito universal de lei, devendo o seu estudo ser desenvolvido a partir de cada ordem jurídica.<sup>21</sup> Para o Direito Constitucional brasileiro, consoante o referido autor, a lei é sempre uma criação do Estado que decorre do exercício de sua função legislativa, típica do Poder Legislativo, mas também exercida nos casos previstos na Constituição pelo Poder Executivo, através da edição de leis delegadas ou medidas provisórias.

Contudo, alguns esforços teóricos à conceituação da lei são destacados por Cléve, como a teoria dualista do direito, desenvolvida na Alemanha, em que são reservadas à lei, como resultado da deliberação pelo Parlamento, questões que interferiam nos direitos subjetivos dos cidadãos como a liberdade e a propriedade, deixando para o Monarca a disciplina normativa das demais questões.<sup>22</sup> Assim, conforme destaca o autor, a lei, segundo a teoria dualista, é definida pelo seu conteúdo.

A corrente desenvolvida na França, ainda na visão de Cléve, contrariamente à desenvolvida na Alemanha, sustenta a ideia de ausência de um conteúdo necessário à lei, já que ela é definida pela sua origem (ato proveniente do Poder Legislativo) e pela sua estrutura (generalidade, abstração e permanência). Contudo, destaca esse estudioso autor que essa concepção de lei a converte numa mera forma de veiculação da decisão política do Legislativo desprovida de preocupações com as exigências de cunho material (conteúdo) que a lei deve veicular.<sup>23</sup>

Uma terceira concepção de lei que está associada ao surgimento do Estado social ou Estado-providência, é a da “lei independente do conteúdo, mas vinculada a determinado regime jurídico”. Nesse modelo de Estado, a

---

& *Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 162, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/161/256>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

<sup>21</sup> CLÉVE, Clémerson Merli. A lei no estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 125, out./dez. 1997.

<sup>22</sup> CLÉVE, Clémerson Merli. A lei no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 126, out./dez. 1997.

<sup>23</sup> CLÉVE, Clémerson Merli. A lei no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 1246, out./dez. 1997.

lei é utilizada para atingir objetivos concretos que são impostos ao Estado pelas Constituições. Trata-se de uma lei dirigida a um grupo determinado com o escopo de solucionar questões concretas, a qual é denominada de lei-objetivo.<sup>24</sup>

O STF, no julgamento da ADPF 153 que trata da Lei 6.683/1979, conhecida como “Lei de Anistia”, sustenta que as leis-medida – leis de efeitos concretos – não são dotadas de generalidade e abstração e não se impõem de forma autônoma. Ao contrário, as leis-medida disciplinam diretamente os interesses nela veiculados e consistem em ato administrativo especial. E prossegue a Suprema Corte brasileira afirmando que a Lei de Efeitos Concretos é lei em sentido formal e não em sentido material.<sup>25</sup>

Di Pietro usa a denominação “Lei de Efeitos Concretos”, destacando que, embora a mesma observe os aspectos formais de elaboração das leis (processo legislativo), se reveste de ato administrativo quanto ao conteúdo, ocasionando, inclusive, a responsabilidade civil do Estado em caso de dano, já que se dirige a pessoas determinadas.<sup>26</sup> Para Derani as leis-medida criam um campo específico de atuação da Administração Pública “definindo a medida da ação do poder público”.<sup>27</sup>

As leis-medida são, portanto, atos que possuem características de lei e de ato administrativo, pois são editadas pelo Poder Legislativo no exercício de sua função legiferante, mas que se destinam à produção de efeitos concretos típicos de atos do Poder Executivo na aplicação das leis. O presente estudo, contudo, se dirige à análise de um grupo específico de leis-medida: as editadas pelo Poder Legislativo com o escopo de promover o tombamento de bens de valor cultural. Assim, passamos a analisar, no tópico seguinte, a distribuição constitucional de competências entre os Poderes Legislativo e Executivo com relação a tombamento.

---

<sup>24</sup> CLÉVE, Clémerson Merli. A lei no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 127, out./dez. 1997.

<sup>25</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153/DF*. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Eros Grau. DJE 145, de 6 de agosto de 2010. Ementário 2.409-1. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2017.

<sup>26</sup> DI PIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 733.

<sup>27</sup> DERANI, Cristiane. Competência normativa e decisória da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e Avaliação de Risco: o caso do algodão Bollgard, evento 531. *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, p. 238, jan./mar. 2006.

### 3.1 Competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo na proteção do patrimônio cultural através de tombamento

A CF/88 que se reveste das características de uma constituição dirigente que vincula o legislador a seu conteúdo, é um instrumento destinado a construir um Estado Social por meio de políticas públicas distributivas, voltadas a concretizar os direitos que compõem a essência da Constituição.<sup>28</sup> As políticas públicas de proteção do patrimônio cultural integram esse núcleo essencial da Constituição, pois consistem num direito fundamental que deve ser concretizado pela ação estatal.

O art. 23 da CF/988 contempla um conjunto de competências materiais a ser exercido por todos os entes da Federação numa soma de esforços, por meio de uma ação conjunta e permanente.<sup>29</sup> Dentre essas competências, encontra-se a prevista no inciso III do art. 23 da nossa Constituição destinada a “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”.<sup>30</sup>

Com efeito, exige-se, portanto, do Poder Público, por intermédio de todos os entes que compõem a Federação, a prática de atos concretos que efetivem a proteção dos bens de valor cultural. E, nesse ponto, a realização de atos administrativos é atribuição do Poder Executivo de acordo com a tripartição de Poderes (funções) adotada pela CF/88.

Já a competência prevista no art. 24 da Constituição de 1988 é de cunho legislativo. Ela foi atribuída de forma concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Os Municípios possuem também competência legislativa concorrente por força do disposto no art. 30, inciso II da nossa Constituição. Assim, com base no inciso VII do art. 24 da Constituição de 1988, a competência legislativa concorrente é estabelecer a “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 30 jul. 2018, p. 277.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Repartição de competências. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 747.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2017.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2017.

O art. 216, § 1º da CF/88 elenca o tombamento como um dos instrumentos por meio do qual o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro. Nesse caso, cabe, portanto, delimitar, com base nas competências administrativas e legislativas qual é o papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo com relação ao tombamento de bens de valor cultural. Trata-se de saber se é possível o tombamento de bens de valor cultural por meio da edição de Lei de Efeitos Concretos.

Para Carvalho Filho, o tombamento é ato tipicamente administrativo que, depois de reconhecer que o bem integra o patrimônio cultural brasileiro, promove uma intervenção na propriedade com o escopo de evitar que o mesmo seja destruído, demolido ou mutilado. E prossegue sustentando que o tombamento é resultado de um processo administrativo que pode desencadear um conflito de interesses entre o Poder Público e o particular.<sup>32</sup>

E, como há a potencialidade de conflito entre a pretensão do Poder Público de tomar o bem e a do particular de resistir a essa pretensão, deve ser assegurado ao particular o direito ao contraditório, o que não é possível no bojo do processo legislativo destinado à edição de uma lei, ainda que seja uma Lei de Efeitos Concretos, que, materialmente, é um ato administrativo.

Contudo, a realidade demonstra a existência da atuação do Poder Legislativo, especialmente, no âmbito dos estados da Federação, promovendo o tombamento de bens por meio da edição de leis. Essa temática chegou à apreciação do STF por meio da Ação Cível Originária 1.208, de Mato Grosso do Sul, proposta pela União, em que se discute o tombamento realizado por meio da Lei Estadual 1.526/1994 de bem pertencente a ente federal.<sup>33</sup>

### **3.2 O Supremo Tribunal Federal e o tombamento legislativo**

A Lei Estadual do Mato Grosso do Sul, 1.526, de 26 de julho de 1994, estabelece o seguinte:

---

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1025.

<sup>33</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 1.208/MS*, de 2017. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, de 3 maio 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

Art. 1º. Declara como Patrimônio Histórico Estadual o imóvel situado a Av. Afonso Pena, 2.270, nesta capital.

Art. 2º. O citado imóvel só poderá ser reformado com a apresentação de um projeto que não modifique a sua arquitetura e a sua paisagem, devendo o mesmo ser submetido à análise da Prefeitura Municipal de Campo Grande e Secretaria de Estado de Obras Públicas.

Parágrafo único. Não poderá em hipótese alguma ser demolido.<sup>34</sup>

A discussão, posta à apreciação do STF e objeto de decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, versa sobre as pretensões da União de obter a declaração de inconstitucionalidade da transcrita lei 1.526/1994, do Estado do Mato Grosso do Sul, que promoveu o tombamento de bem que lhe pertence. No caso, a referida lei estadual reveste-se das características de Lei de Efeitos Concretos, já que, com relação aos seus aspectos formais, segue os ditames do processo legislativo, mas, com relação ao seu conteúdo (tombamento), consiste num ato administrativo.

As questões jurídicas enfrentadas na decisão sob análise, proferida no bojo da Ação Cível Originária 1.208, oriunda do Estado do Mato Grosso do Sul, que tramitou inicialmente perante o juízo federal de primeira instância, consistem, de forma resumida, nas seguintes: a União argumenta que: a) os Estados-membros não podem tomar bens de sua propriedade em razão do princípio da hierarquia verticalizada previsto no Decreto-Lei 3.365/1941; b) a Assembleia Legislativa é incompetente para a edição de ato administrativo; e c) o tombamento realizado pela Lei Estadual 1.526/1994 não observou os procedimentos legais, pois é ato unilateral sobre o qual não teve conhecimento.

O Estado do Mato Grosso do Sul argumenta que: a) o conflito gerado com relação ao tombamento realizado pela Lei Estadual 1.526/1994 afeta o pacto federativo e que a competência para o seu julgamento é do STF; b) os Estados-membros possuem competência para preservar os bens de valor histórico-estadual; e c) é possível a Assembleia Legislativa tratar do

---

<sup>34</sup> ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Lei 1.526, de 26 de julho de 1994. Declara Prédio Patrimônio Histórico Estadual. *Diário Oficial*, 3.839, de 27 de julho de 1994. Disponível em: <<http://aacpdapps.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/9b43e12494abd68304256e450002eb1d?OpenDocument>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

tombamento por meio de lei formal como ocorreu com a edição da Lei Estadual 1.526/1994, de efeitos concretos.

A Procuradoria-Geral da República foi instada a se manifestar e se pronunciou sustentando que: a) o tombamento é ato administrativo e impõe a notificação do proprietário do bem; b) o tombamento é ato administrativo, e apenas o Poder Executivo é competente para sua realização; e c) a competência constitucional conferida pela CF/88 ao Poder Legislativo é para a edição de normas em abstrato e não de leis de efeitos concretos no que se refere à proteção dos bens culturais.

Contudo, o objetivo deste texto não é analisar todos os aspectos da referida decisão e nem todos os argumentos apresentados pelas partes envolvidas na lide, mas estabelecer um diálogo entre os aspectos jurídico-constitucionais veiculados na referida decisão judicial e aqueles desenvolvidos pela doutrina acerca de uma questão que reputamos central que é a realização de tombamento por meio de ato legislativo.

A decisão monocrática, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na ACO 1.208/MS, conclui que “o ato legislativo em questão (Lei 1.526/1994), que instituiu o tombamento, apresenta-se como Lei de Efeitos Concretos, a qual se consubstancia em tombamento provisório – de natureza declaratória – necessitando, todavia, de posterior implementação pelo Poder Executivo”.<sup>35</sup> Assim, cabe ao Poder Executivo dar prosseguimento ao tombamento nos demais aspectos formais para a realização de tombamento definitivo.

Contudo, pelo menos uma questão ainda permanece obscura com relação a tombamento legislativo: se o Poder Legislativo tem competência para promover o tombamento provisório, e o Poder Executivo, o tombamento definitivo, esse pode concluir que o bem não preenche os requisitos constitucionais ao tombamento e retirar a proteção jurídica conferida por lei?

O tombamento, segundo o art. 10 do Decreto-Lei 25/1937, divide-se em duas fases: uma provisória e outra definitiva. A primeira é de caráter declaratório e preventivo, e a segunda, de caráter conclusivo, correspondendo à inscrição do bem no *Livro do tomo*. Assim, entende o Ministro Gilmar

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 1.208/MS*, de 2017. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes de 3 maio 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 6 nov. 2017, p. 22.

Mendes<sup>36</sup> que o tombamento provisório é fase preparatória à implementação posterior pelo Poder Executivo, e, sendo fase declaratória, pode ser feita pelo Poder Legislativo por meio de lei. Tal entendimento é lastreado em decisão do Superior Tribunal de Justiça (STF), proferida no Recurso Especial 753.534-MT, de relatoria do Ministro Castro Meira, cuja ementa destaca:

[...]

2. O valor cultural pertencente ao bem é anterior ao próprio tombamento. A diferença é que, não existindo qualquer ato do Poder Público formalizando a necessidade de protegê-lo, descaberia responsabilizar o particular pela não conservação do patrimônio. O tombamento provisório, portanto, serve justamente como um reconhecimento público da valoração inerente ao bem.<sup>37</sup>

Esse entendimento é compatível com a previsão constitucional do § 1º do art. 216 da CF/88 que, ao utilizar a expressão *Poder Público* para designar aqueles que têm o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, adota termo genérico que engloba todos os Poderes da República e todos os entes da Federação. Contudo, essa possibilidade não pode ignorar a separação dos Poderes e o devido processo legal que deve ser assegurado ao proprietário do bem tombado provisória ou definitivamente.

O tombamento realizado pelo Poder Legislativo não comporta espaço para que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa ao proprietário do bem, porque a dinâmica do processo legislativo é desenvolvida para a edição, em regra, de atos normativos de caráter geral e abstrato em que as discussões são travadas entre os representantes eleitos pelo povo, e as decisões tomadas seguem a regra da maioria.

Segundo Ferreira Filho, “a lei ordinária é o ato legislativo típico. É um ato normativo primário. Em regra, edita normas gerais e abstratas,

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 1.208/MS*, de 2017. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes de 3 maio 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 nov. 2017, p. 17.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 753.534/MT*, de 2011. Acórdão de 10 nov. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 nov. 2017.

motivo por que, na lição usual, é conceituada em função da generalidade e da abstração”. Reconhece o referido autor que há casos de edição de leis particulares que são designadas pela doutrina tradicional “por lei formal, para sublinhar que lei propriamente dita só é aquela, que tem matéria de lei, por isso chamada de lei material”.<sup>38</sup>

Contudo, não é possível descuidar do fato de que a tentativa de viabilizar o tombamento provisório, por meio da edição de lei, esbarra no papel central que ela tem no Estado de Direito que, segundo Ferreira Filho, é a “sujeição de todos à lei”, conforme o preceito constitucional de que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>39</sup> E somada a esse preceito, há também a legalidade administrativa que submete a Administração Pública aos desígnios da lei.

A distinção entre *lei formal* e *lei material* é útil para conferir tratamento diferenciado à Lei de Efeitos Concretos que promove o tombamento, já que a mesma é lei apenas com relação à sua forma, mas ato administrativo quanto a seu conteúdo. Dessa feita, possuindo a lei que promove o tombamento provisório a natureza de um ato administrativo, que declara o valor cultural do bem com o intuito de protegê-lo preventivamente, essa lei deve ser passível de revisão pelo Poder Executivo, no bojo do processo administrativo destinado ao tombamento definitivo, oportunidade em que deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa ao proprietário do bem.

A decisão do Ministro Gilmar Mendes não enfrenta diretamente a questão sobre a possibilidade de o Poder Executivo, no curso do processo administrativo, declarar que o bem tombado provisoriamente pelo Poder Legislativo não detém valor cultural e tornar sem efeito a referida lei. A decisão refere apenas que “é necessário que haja continuidade do procedimento pelo Poder Executivo, competindo-lhe dar seguimento aos demais trâmites do tombamento”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 206.

<sup>39</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 207.

<sup>40</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 1.208/MS*, de 2017. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, de 3 maio 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 6 nov. 2017, p. 20.

A leitura desse trecho conduz à conclusão de que, quando se atribui ao Poder Executivo competência para dar seguimento aos demais trâmites do processo de tombamento, com o escopo de transformá-lo provisório em definitivo, com a inscrição no *Livro do tomo*, estaria subentendida a possibilidade de o Poder Executivo tornar sem efeito o ato administrativo editado pelo Poder Legislativo por meio de Lei de Efeitos Concretos.

No entanto, a decisão do Ministro Gilmar Mendes, citando Paulo Affonso Leme Machado registra que “a vantagem do tombamento originar-se de lei, é que o desfazimento da medida somente pode vir através de ato do Poder Legislativo”.<sup>41</sup> Com isso, a decisão em análise, filiando-se ao referido entendimento doutrinário, faz com que o Poder Executivo fique vinculado à decisão legislativa que promoveu o tombamento, tornando inócua, inclusive, a distinção entre tombamento provisório e tombamento definitivo já que ambos produzem os mesmos efeitos.

Essa decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes não pode ser caracterizada como representativa do entendimento do STF sobre a matéria, inclusive porque tramita na referida Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.670 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski proposta pelo Governador do Estado do Amazonas em face da Lei Estadual 312, de 18 de fevereiro de 2016, que promove o tombamento das edificações de projetos do arquiteto Severiano Mário Vieira de Magalhães Porto, construídas no Estado do Amazonas por possuírem interesse arquitetônico, histórico e cultural.<sup>42</sup>

A Lei 312, de 18 de fevereiro de 2016, do Estado do Amazonas, lista, em seu anexo, o total de 29 edificações que, em decorrência do tombamento, não podem sofrer demolição ou descaracterização arquitetônica e, no caso de necessidade de qualquer intervenção física no imóvel, são obrigatórias a apreciação e a aprovação pelo órgão competente do Município. A lei amazonense agrega outro elemento complicador relacionado à promoção do tombamento legislativo que é conferir obrigações administrativas a outro ente da Federação, no caso, os Municípios onde os bens tombados se encontram.

---

<sup>41</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 1.208/MS*, de 2017. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, de 3 maio 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 6 nov. 2017, p. 20.

<sup>42</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.670*, de 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

A questão posta na Ação Direta e Inconstitucionalidade 5.670/AM ainda não foi objeto de qualquer decisão do STF, mas evidencia a problemática em torno da atuação legislativa na promoção do tombamento através da edição de Leis de Efeitos Concretos a justificar o desenvolvimento de estudos sobre essa temática, para que o excesso de proteção do patrimônio cultural pela banalização do uso do tombamento não promova, como consequência, a ausência de efetividade dessa proteção.

## Conclusão

O tombamento consiste num ato administrativo que deve ser proferido com a observância do devido processo legal, assegurando a todos aqueles que sofrerão seus efeitos jurídicos o direito de exercerem o contraditório e a ampla defesa. O processo legislativo, contudo, não comporta um campo de discussão apto a assegurar ao proprietário o exercício das referidas garantias constitucionais.

Nesse sentido, a decisão do Ministro Gilmar Mendes na ACO 1.208 confere uma solução que assegura ao proprietário o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa não no âmbito do processo legislativo de confecção da lei que promove o tombamento provisório, pois ela é declaratória do valor cultural que o bem possui, e seu objetivo é promover a proteção cautelar do bem cultural. Assim, o tombamento legislativo impulsiona o processo administrativo que deve ser instaurado pelo Poder Executivo, assegurando, nesse momento, ao proprietário o exercício de suas garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Contudo, assegurar o contraditório e a ampla defesa ao proprietário do bem tombado provisoriamente, pela lei, é conferir-lhe a possibilidade real de influenciar na decisão administrativa para desconstituir o referido tombamento provisório. E essa possibilidade apenas é real se o Poder Executivo puder tornar sem efeito a lei que promoveu o tombamento provisório. Caso contrário, notificar o proprietário, no bojo do processo administrativo para se manifestar sobre o tombamento legislativo, é uma providência inútil.

Assim, a distinção entre *lei formal* e *lei material* apresenta-se útil para caracterizar a Lei de Efeitos Concretos que, materialmente, se reveste de ato administrativo, podendo, assim, ser revista pelo Poder Executivo no bojo do processo administrativo voltado a efetivar o tombamento

definitivo e assegurar ao proprietário o exercício do seu direito a um devido processo legal-substancial.

## Referências

---

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Repartição de competências. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 9 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Constitucional 9. Altera a Constituição Federal de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 1º, mar. 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCT/LCT009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm)>. Acesso em: 9 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: 6 dez. 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 maio 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 753.534/MT*, de 2011. Acórdão de 10 nov. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. STF. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF*. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Eros Grau. DJE 145, de 6 de agosto de 2010. Ementário 2.409-1. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 28 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 1.208/MS*, de 2017. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, de 3 maio 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.670*, de 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CAMELO, Genésia Marta Alves. Análise da compatibilidade do procedimento adotado para o tombamento, previsto no Decreto-Lei 25/1937, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Publicações da Escola da AGU – Direitos Culturais, a Questão Patrimonial Brasileira*, Brasília-DF, v. 9, n. 3, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/viewIssue/124/202>>. Acesso em: 26 out. 2017.

CAMPOS, Francisco. A Constituição de 1937 e sua vigência. Entrevista concedida em 3 março de 1945. In: PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001. v. IV.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Trad. de Luciano Vieira Machado. 4. ed. São Paulo: Edunesp, 2006.

CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 37-49.

CLÉVE, Clémerson Merli. A lei no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 124-138, out./dez. 1997.

COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A mutação do *locus* jurídico do tombamento: do Direito Administrativo para os direitos culturais. *Publicações da Escola da AGU – Direitos Culturais, a Questão Patrimonial Brasileira*, Brasília-DF, v. 9, n. 3, jul./set. 2017, disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/viewIssue/124/202>>. Acesso em: 26 out. 2017.

DERANI, Cristiane. Competência normativa e decisória da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e Avaliação de Risco: o caso do algodão Bollgard, evento 531. In *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, p. 237-270, Jan-Mar, 2006.

DI PIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTADO DO AMAZONAS. Lei 312, de 18 de fevereiro de 2016. Dispõe sobre o tombamento por seu interesse arquitetônico, histórico e cultural das edificações de projetos do arquiteto Severiano Mário Vieira de Magalhães Porto. *Diário Oficial do Legislativo*, ano IV, Ed. 726, de 2 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/Edicao72602032016-Extra.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LONGO FILHO, Fernando José. Tombamento e Direito de Propriedade: além dos limites de limites? *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 7 n. 2, p. 159-185, 2017. Disponível em: <<http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4023>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Lei 1.526, de 26 de julho de 1994. Declara Prédio Patrimônio Histórico Estadual. *Diário Oficial*, 3.839, de 27 de julho de 1994. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/9b43e12494abd68304256e450002eb1d?OpenDocument>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatória en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originários. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 131-169, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/161/256>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao(do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 30 jul. 2018.