

**A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE  
CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO  
PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO**  
*THE POPULAR ACTION AS A JURISDICTIONAL CONTROL INSTRUMENT  
OF LEGALITY AND DEMOCRATICITY OF THE ADMINISTRATIVE TIPPING  
PROCESS*

**Fabricio Veiga Costa**

Pós-Doutorado em Educação na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutorado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna, Minas Gerais (Brasil).  
E-mail: fvcufu@uol.com.br.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

**Stella de Oliveira Saraiva**

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna, Minas Gerais (Brasil).  
E-mail: [stellasaraiva@hotmail.com](mailto:stellasaraiva@hotmail.com).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2655448810171189>.

Submissão: 27.01.2018.

Aprovação: 03.04.2019.

**RESUMO**

---

O objetivo da presente pesquisa científica é investigar a ação popular e sua aplicação como instrumento jurisdicional de controle da legalidade e democraticidade do processo administrativo de tombamento. A escolha do tema justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se que o processo de tombamento tem como objeto o patrimônio histórico-cultural, direito difuso cujo exercício condiciona-se democraticamente à participação de todos os interessados na construção do provimento final. Por isso, analisou-se inicialmente surgimento da ação popular no Brasil e no mundo, tendo sido possível perceber a forte vinculação entre ela e o aspecto democrático dos governos. Dentre seus objetos, tem-se a proteção do patrimônio histórico e cultural, razão pela qual a ação popular acaba por se transformar em mecanismo de controle de legalidade e de legitimidade democrática do próprio processo de tombamento, ocorrido no âmbito administrativo. Resultado de uma pesquisa bibliográfica e documental, que elegeu o método de estudo dedutivo, o presente artigo procurou demonstrar, ao final, que a participação do cidadão no processo de tombamento é indispensável para assegurar sua legalidade e legitimidade democrática, ressaltando-se que a ação popular é o instrumento hábil a assegurar a possibilidade de anulação desse processo administrativo, quando não se verifica a participação popular na dialogicidade do objeto posto em discussão para fins de tombamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação Popular; Processo Administrativo de Tombamento; Democracia Participativa.

## **ABSTRACT**

---

*The aim of this scientific research is to investigate popular action and its application as a judicial instrument to control the legality and democraticity of the administrative process of tipping. The choice of theme is justified by its practical and theoretical relevance, considering that the process of overturning has as its object the historical-cultural patrimony, diffuse law whose exercise is democratically conditioned to the participation of all interested in the construction of the provision. Therefore, it was initially analyzed the emergence of popular action in Brazil and the world, and it was possible to perceive the strong link between it and the democratic aspect of the governments. Among its objects, one has the protection of the historical and cultural patrimony, reason why the popular action ends up becoming a mechanism of control of legality and democratic legitimacy of the own process of tipping, occurred in the administrative scope. As a result of a bibliographical and documentary research, which chose the method of deductive study, the present article sought to demonstrate, in the end, that citizen participation in the process of registration is indispensable to ensure its legality and democratic legitimacy, emphasizing that the action popular is the instrument capable of ensuring the possibility of annulment of this administrative process, when there is no popular participation in the dialogue of the object under discussion for purposes of overturning.*

**KEYWORDS:** Popular Action; Administrative Tipping Process; Participative Democracy.

---

## **1. INTRODUÇÃO**

O objetivo geral da presente pesquisa científica é investigar a ação popular como instrumento jurisdicional de controle da legalidade e democraticidade do processo administrativo de tombamento. A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, haja vista que o objeto do processo de tombamento é o patrimônio histórico-cultural, considerado um direito difuso cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas.

A partir dessa premissa inicial, analisou-se a indispensabilidade da participação popular como requisito da legitimidade democrática do provimento final. Ou seja, a democraticidade do conteúdo decisório do processo de tombamento depende do direito de participação popular de todos os interessados no debate do bem escolhido pela administração pública para ser tombado.

No momento em que o bem é unilateralmente escolhido e tombado pelo Estado, sem qualquer interlocução e dialogicidade com os titulares do direito ao patrimônio cultural (coletividade), questiona-se: tal decisão tomada no âmbito do processo administrativo de tombamento é considerada democraticamente legítima? O *déficit* de democraticidade em

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

razão da ausência de participação popular no processo de tombamento constitui ofensa ao princípio da legalidade?

Foi a partir dos questionamentos levantados que ocorreu a delimitação do objeto em análise: a ação popular pode ser considerada o instrumento processual legítimo a realizar o controle jurisdicional de legalidade e democraticidade do processo administrativo de tombamento?

Para sistematizar o debate teórico proposto, inicialmente desenvolveu-se um estudo jurídico da ação popular, compreendendo sua gênese e contextualização no direito brasileiro. O estudo da legislação e fundamentos doutrinários acerca da ação popular foi fundamental para a discussão acerca da sua utilização como instrumento de controle de legalidade e democraticidade do processo de tombamento.

Desse modo, a partir de uma compreensão processual coletiva, a ação popular foi tomada como o referencial mais antigo do sistema coletivo, vinda do direito romano e baseada na titularidade do indivíduo para defender a coisa pública. E, da análise do seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, ainda na época imperial, foi possível observar que este mecanismo de defesa do cidadão se fortaleceu ao longo dos anos até atingir seu ápice com a Constituição da República de 1988.

Atualmente, com uma regulamentação infraconstitucional que exige diversos requisitos para seu manejo, a ação popular deve ser interpretada sob um viés ampliativo e constitucionalizado, como instrumento de democracia direta.

O patrimônio histórico e cultural, incluído como um dos objetos da ação popular, ingressa no debate como um direito fundamental difuso, que necessita de proteção, seja na esfera administrativa, pelo tombamento, seja na judicial, pela ação popular.

O estudo da legitimidade processual ativa quanto à propositura da ação popular foi de fundamental importância para uma abordagem crítico-epistemológica da temática em análise. No âmbito jurisdicional, o processo que tem como objeto um direito difuso, deve ser visto como espaço de ampla argumentação jurídica do mérito processual por todos os interessados, ou seja, todos os sujeitos direta ou indiretamente afetados pelos efeitos jurídicos do conteúdo decisório.

A crítica realizada fundou-se na ausência de participação popular no processo administrativo de tombamento, considerado um modelo de processo autocrático em que o Estado, de forma unilateral, conduz todo o processo, sem permitir que os sujeitos atingidos pela decisão integrem o espaço discursivo das questões controversas existentes a partir do bem objeto do tombamento

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

Em razão das proposições crítico-analíticas apresentadas, foi possível perceber que o próprio processo administrativo de tombamento poderá ser objeto de controle jurisdicional através da ação popular, nos casos em que não for dada a oportunidade de participação ao cidadão interessado.

O presente estudo é resultado de uma pesquisa bibliográfica e documental, desenvolvida com o propósito de verificar as bases da ação popular e sua utilização na proteção do patrimônio cultural. Elegeu-se, para tanto, o método de estudo dedutivo, que partiu das bases teóricas do processo coletivo e da ação popular para, então, ao controle popular do processo de tombamento. Por meio de análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas foi possível levantar aporias voltadas a problematizar outras pesquisas científicas a serem realizadas.

### 2. A AÇÃO POPULAR

A importância de se tecer um histórico da ação popular está baseada na necessidade de buscar em suas origens, as autênticas razões e finalidades do instituto, que tem o surgimento descrito na história no direito romano, em um similar do modelo atual a partir do qual já se permitia ao cidadão a defesa do interesse comum (ALMEIDA, 2003, p. 380).

Muito embora as *actiones populares* romanas fossem ajuizadas por um indivíduo, já se considerava naquela época que o indivíduo agia em nome do todo, como membro da coletividade e não como ser individual, em reconhecimento de um direito difuso da sociedade. Nesse sentido,

O fenômeno da existência dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) não é novo, pois já era conhecido dos romanos. Nem a terminologia ‘difusos’ é nova. Com efeito, as *actiones populares* do direito romano, previstas no Digesto 47, 23, 1, que eram ações essencialmente privadas, destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade. Qualquer do povo podia ajuizá-las, mas não agia em nome do direito individual seu, mas como membro da comunidade, como defensor desse mesmo interesse público (NERY JUNIOR, 2003, p. 381).

Esse sentimento de coletividade já presente naquela época, chamou a atenção de Seabra Fagundes tanto que, para ele:

[...] a ação popular surge no Direito Romano com aquela nota característica de instrumento ‘posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (ou, às vezes, também intrínseca) do

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

procedimento administrativo’, que, ainda hoje, constitui o núcleo de seu conceito (FAGUNDES *apud* SILVA, 2007, p. 20).

Para Ramos (1991, p. 116-117) a incipiente formação jurídico-política do Estado Romano acabava por possibilitar o manejo das ações populares de maneira corriqueira, sendo que a noção de que os direitos e bens públicos pertenciam a todos os cidadãos romanos legitimava qualquer um do povo a ingressar com as mencionadas ações.

Os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolavelmente ligado à qualidade de membro da coletividade. As ações populares, segundo sua ideia originária, são destinadas a proteger essa relação particular de comunidade indivisa do direito. Cada membro individualmente pode intentar a ação. Aquele que promove efetivamente, por exemplo, contra o violador de uma sepultura comum, por isso que exerce seu próprio direito, representa o interesse de seus associados (IHERING *apud* RAMOS, 1991, p. 117).

As ações populares no direito romano tinham uma natureza preponderantemente criminal, contudo, buscavam sempre resguardar um direito coletivo, havendo, em todo caso, exemplares que podem ser hoje caracterizados como cíveis.

Companheira dos regimes democráticos, a ação popular já existia desde o direito romano, ainda quando ali não existia uma concepção delineada de Estado. Justamente por isso é que o grau de ligação do cidadão com a ‘coisa pública’ era extremamente forte e envolvente. Dessa forma, tal relação residia no sentimento de que a ‘coisa pública’ pertencia, de algum modo, a cada cidadão romano individualmente e a todos ao mesmo tempo. (FIORILLO; RODRIGUES; NERY *apud* ALMEIDA, 2003, p. 380)

Após um hiato no período medieval, as *actiones populares* ressurgiram no direito moderno através da Lei Comunal de 1836, na Bélgica, e, em seguida, em 1837, na França, além do registro da acusação popular existente na Inglaterra e àquela relativa às eleições políticas da Itália (SILVA, 2007, p. 30-62).

Deve ser observado que o contexto histórico explica o motivo desse suposto desaparecimento e, posterior, reaparecimento das ações populares. Isso porque, o momento histórico e político foi marcado pela ascensão do poder político autoritário, que substituiu a autonomia individual ou o governo de todos, pelo poder de um governante, representado marcadamente na época pelos monarcas. Esse poder, fundado no direito divino dos reis, excluía qualquer possibilidade de manejo das antigas e conhecidas ações populares, uma vez que o rei era o único legitimado a dizer o que era ou não devido. O patrimônio público era,

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

portanto, confundido com o patrimônio particular do rei, excluindo totalmente qualquer interesse do cidadão comum na sua defesa (RAMOS, 1991, p. 121).

O reaparecimento das ações populares ocorre quando o regime democrático ressurge, visto que o pressuposto das mesmas é a comunhão existente entre sociedade-Estado.

Com efeito, os três elementos característicos da Democracia se encontram presentes no instituto da ação popular: a) Estado de Direito (legalidade e controle dos atos administrativos pelo Judiciário); b) a concepção de um Estado e, portanto, seu patrimônio, voltado à realização do povo; c) participação do povo na gestão da coisa pública [...] (SILVA *apud* RAMOS, 1991, p. 122)

Em suma, o histórico traçado da ação popular permite a conclusão de que o instituto, desde sua criação, foi sempre voltado ao controle pelo cidadão do patrimônio comum. Até pelo emprego da palavra ‘popular’, é possível dizer que a finalidade de tais ações foi permitir, a partir de uma ampla legitimação, o controle do interesse coletivo por parte do povo. A legitimidade processual ativa conferida ao cidadão constitui exemplo na história de que a participação popular é vista como ferramenta hábil a assegurar a democraticidade do provimento, cujo objeto é um direito que pertence à coletividade.

### 2.1. A ação popular na legislação brasileira

No Brasil, a doutrina aponta para o surgimento da ação popular na Carta Imperial de 1824, que dispunha sobre uma espécie de ação popular de caráter penal, com o objetivo de combater o abuso de poder: “Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei” (BRASIL, 1824, art. 157).

Na época do Império, além da ação popular de natureza penal prevista na Constituição, havia ainda algumas outras hipóteses previstas na legislação ordinária, de natureza cível, de aplicabilidade em casos de falência de Bancos e Sociedades Anônimas e para dissolução de associação de fins ilícitos ou imorais (RAMOS, 1991, p. 124).

Com a proclamação da república e a promulgação da Constituição Republicana de 1891, suprimiu-se a previsão constitucional da ação popular, tendo o instituto retornado à previsão constitucional apenas com a Carta Constitucional de 1934, mas sua duração foi

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE  
LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE  
TOMBAMENTO

breve, devido ao golpe de Getúlio Vargas e a outorga da Constituição de 1937, que mais uma vez a excluiu a Constituição.

Passado o período ditatorial de Vargas e restabelecida a democracia com a Constituição Democrática de 1946, a ação popular foi reinserida no texto constitucional, recebendo uma ampliação no que tange ao seu objeto e abrindo a possibilidade de anulação de atos lesivos tanto da administração direta, quanto da indireta.

Sua regulamentação ocorreu, finalmente, pela lei n. 4.717/65, já no período militar e, na sequência, apesar do contexto ditatorial pelo qual passou o Brasil a partir de 1964, a ação popular foi mantida no texto constitucional de 1967 e na Emenda n. 1 de 1969, sem grandes alterações (ALMEIDA, 2003, p. 383-385).

E foi somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a ação popular, ampliada subjetiva e objetivamente, tornou-se, além de um instrumento de tutela jurisdicional para a defesa do patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, também instrumento de democracia participativa e da soberania popular (BRASIL, CRFB, 1988, art. 1º, parágrafo único).

Art. 5º. [...]

LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao *patrimônio histórico e cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, CRFB, 1988, art. 5º, LXXIII). -g.n.-

Como um dos meios colocados à disposição do cidadão, este definido na jurisprudência como o cidadão-eleitor (BRASIL, STJ, RESP 1242800/MS, 2011), para fins de controle dos atos administrativos, a ação popular está prevista na Constituição da República, artigo 5º, inciso LXXIII, e regulamentada na lei n. 4.717/65, que é o estatuto da ação popular:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, *artístico, estético, histórico ou turístico*. (BRASIL. Lei n. 4.717, 1965, art. 1º) -g.n.-

Entretanto, para o manejo da ação popular, além da legitimação, concedida ao cidadão, há que se evidenciar a lesividade e ilicitude do ato atacado, ou seja, o ato deve ser ilícito e também lesivo ao patrimônio protegido, havendo posicionamentos mais antigos do Superior Tribunal de Justiça que exigiam a presença de ambos os elementos (lesividade + ilicitude), ao passo que, em outros, mais recentes, aponta-se para a desnecessidade de prova da lesão no que tange ao pedido de natureza desconstitutiva.

Para Gomes Jr, Ferreira e Chueri, haveria sim a necessidade de conjugação dos dois requisitos, “se o ato não for ilegal, mas ainda que lesivo, não poderá ser anulado em sede de ação popular. Adotar outra conclusão seria permitir um subjetivismo inaceitável, a nosso ver, que traria mais consequências negativas que positivas” (GOMES JUNIOR.; FERREIRA; CHUERI, 2009, p. 187).

De outro lado, Almeida defende que a lesividade ao erário não pode ser elencada como fundamento de admissibilidade da ação popular, visto que o texto constitucional não protege apenas o patrimônio em seu sentido econômico ou material, mas também aos bens imateriais e insuscetíveis de uma avaliação monetária precisa. (ALMEIDA, 2003, p. 427-432).

Assim, embora a regra seja a dispensa da prova da lesividade somente nas hipóteses legais do artigo 4º da Lei n. 4.717/65, já há o registro de decisões nos Tribunais Superiores no sentido defendido pela doutrina mais vanguardista, especialmente, quando se tratar de bens que possuam valores imateriais, como é o caso do patrimônio histórico e cultural. (BRASIL. STF, RE 170768 SP, 1999; BRASIL. STJ, RESP 849297 DF, 2012).

Hely Lopes Meirelles aponta a necessidade de extensão do conceito de lesividade, visto que embora os casos mais frequentes de lesão correspondam ao dano pecuniário, a lesividade, conforme consta do texto constitucional, abrange tanto o patrimônio material quanto o moral, estético, espiritual e histórico. Tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, quanto a destruição de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local. (MEIRELLES, 2007, p. 126-127).

Assim, não se trata de dispensa do requisito da lesividade, mas de ampliação do que se entende por lesivo, visto que no atual contexto democrático, a interpretação do conceito de

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

lesividade não se deve fazer de maneira restritiva, mas de forma que atinja também outros níveis de lesão, tais como aquelas de caráter incorpóreo.

No que tange ao patrimônio histórico como objeto da ação popular, esse entendimento encontra ainda mais peso, vez que dado o caráter do bem protegido, a lesividade do dano muitas vezes pode se mostrar de difícil mensuração econômica, muito embora o seu reflexo social possa ser verificado por qualquer participante da comunidade.

### **3. O PROCESSO DE TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PATRIMÔNIO CULTURAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil o traz como uma das formas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, este um direito fundamental difuso pertencente a todo o povo brasileiro.

O tombamento, nestes termos, pode ser definido como um processo administrativo, regulamentado na legislação ordinária pelo Decreto-lei 25/1937, que possibilita aos bens tombados ingressarem em um novo regime jurídico, um regime jurídico destinado aos bens que possuam especial valor para a sociedade brasileira e merecem ser preservados para as futuras gerações.

A origem da palavra tombamento é apontada como decorrente do vocábulo *tombo* e o termo *tombar* vem do direito português como sinônimo de demarcação. (PIRES, 1994, p. 75).

No direito brasileiro, por apreço à tradição, manteve-se a nomenclatura. E, por aqui, os bens protegidos pelo poder público, pelo seu reconhecido valor cultural, através do processo de tombamento, passaram a ser inscritos nos chamados livros de tombo, existentes nos órgãos de proteção ao patrimônio federal, estadual ou municipal.

Desse modo, na definição de Rodrigues, tombamento é:

Um ato administrativo pelo qual o Poder Público declara o valor cultural de coisas móveis ou imóveis, inscrevendo-as no respectivo Livro do Tombo, sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações ao exercício de propriedade, com a finalidade de preservá-las. Portanto, trata-se de ato ao mesmo tempo declaratório, já que declara um bem de valor cultural, e constitutivo, vez que altera o seu regime jurídico. (RODRIGUES, 2010, p. 384)

No Brasil, desde 1937, o instituto do tombamento é regulamentado pelo Decreto-Lei 25/1937, que dispõe sobre o processo e principais consequências. A referida legislação, além de apresentar conceitos acerca do patrimônio histórico e cultural, estabelece a forma e as fases

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

do processo de tombamento, mas apesar de estar vigente até a presente data, devido ao longo tempo desde sua edição, precisa receber uma leitura atualizada, a partir dos valores democráticos esposados pela Constituição da República de 1988.

O Decreto-Lei 25/1937<sup>1</sup> é, portanto, a lei federal que dispõe sobre o tombamento, seu processo e consequências jurídicas, sendo possível observar em tal legislação as fases pelas quais se desenvolve o processo:

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte *processo*:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso. (BRASIL. Decreto-Lei n. 25/1938, art. 9º)

Ao final do processo, poderá haver (ou não) a expedição do ato final do tombamento pela inscrição no Livro do Tombo respectivo. O tombamento desenvolver-se-á legal e regularmente, em consonância com a legislação de regência, podendo-se identificar, pelo menos, as seguintes fases: instauração, instrução e julgamento.

Note-se que o reconhecimento do bem enquanto bem cultural não é discricionário<sup>2</sup>, até porque dependerá do processo, das provas, das discussões travadas em seu curso, as quais vincularão, necessariamente, o órgão decisório.

O processo, no contexto democrático, exige que a administração pública, enquanto lugar de debate e processamento do tombamento, esteja submetida aos princípios do processo e, assim, às discussões travadas durante seu curso. A decisão não pode estar divorciada daquilo que se produziu no processo, sob pena de se converter em ilegítima.

<sup>1</sup> Além do Decreto-lei n. 25/1937, na legislação infraconstitucional há ainda o Decreto-lei n. 3.866/41 e a lei n. 6.292/1975, que regulam especificamente o tombamento no âmbito federal, e a lei 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo em geral e perfaz uma norma geral de âmbito nacional, que deve ser aplicada no que couber.

<sup>2</sup> Em sentido contrário vide: SILVA *apud* TELLES, 1992, p. 72-73.

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

Na perspectiva das discussões democráticas trazidas pela Constituição brasileira de 1988, a participação garantida aos interessados deve ser efetiva, com aptidão de influência no provimento final, não uma participação meramente formal. E a decisão, esta, deve vir fundamentada, com a apreciação racional dos argumentos e fundamentos trazidos ao processo pelos interessados.

No tombamento, devido à característica própria do direito material tutelado, a indefinição dos titulares do direito em tela, ou impossibilidade de identificação precisa destes, permite perceber que o processo, especialmente por trabalhar com um direito difuso, não deve estar restrito aos antigos moldes processuais. No contexto da constitucionalidade democrática deve-se observar um modelo participado de processo corresponde aos ideais democráticos externados pela Constituição, segundo o qual o processo se transforma em verdadeira garantia de controle dos atos governamentais.

Para Vigoriti (VIGORITI *apud* FERREIRA, 2017, p. 90-91), a relação entre participação e processo consiste em reformular o entendimento de governo pelo povo, saindo do modelo utópico de delegação de poderes a representantes e passando ao consciente controle direto dos atos estatais.

E, a partir da Constituição de 1988, que estabeleceu como um de seus fundamentos o princípio da soberania popular, conforme afirma Costa (2012, p. 103), não é mais possível admitir um processo coletivo baseado na legitimação restritiva do modelo representativo.

No atual contexto democrático, um modelo de processo coletivo participativo é o que mais se amolda ao espírito do constituinte e a revisão do modelo de processo de tombamento, de cunho eminentemente autoritário, é a primeira providência que se espera do legislador comprometido os parâmetros constitucionais atuais, de forma a trazer os princípios constitucionais do processo para a legislação ordinária que organiza o processo de tombamento, trazendo o cidadão para o centro do processo em respeito à sua condição de titular e principal interessado no provimento que será proferido ao final.

### **4. A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO DE TOMBAMENTO**

Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, o processo e a democracia possuem uma relação aberta a qualquer do povo, enquanto instituto de autoinclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos direitos fundamentais também processualmente criados (LEAL, 2008, p. 338).

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

A democracia participativa é marcada pelo exercício da cidadania através da participação direta do cidadão nas decisões políticas e naquelas que afetem direitos difusos e coletivos. Desta forma, a ação popular desempenha um papel de inclusão do cidadão, através da jurisdição, na construção de uma sociedade democrática que respeita os direitos fundamentais. Até porque, a democracia participativa consiste, conforme as palavras de Ramos (1991, p. 11), na busca de novos horizontes de participação política, elegendo novos mecanismos de fiscalização do exercício do poder.

Com base nesta realidade, a ação popular deve ser tomada enquanto garantia de autoinclusão do cidadão na democracia participativa vigente e, como tal, de controle de dos atos do poder público expressos por meio do ato administrativo.

E se, como em qualquer processo administrativo, o processo de tombamento tem por finalidade a emissão de um ato administrativo, a ação popular, pela própria literalidade da lei de regência, lei 4.717/65, torna-se apta ao controle daquele.

Todo ato administrativo, observados os requisitos da manifestação da vontade por agente competente, motivo, objeto, forma e finalidade<sup>3</sup>, deve, em apreço ao princípio da legalidade, ser objeto de controle, que pode admitir três formas: controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional.

O controle jurisdicional, que mais interessa ao presente estudo, ocorre quando o poder judiciário é chamado a decidir sobre determinada matéria afeta à legalidade dos atos praticados pelo poder executivo. Considera-se ato ilegal não apenas aquele que ofende alguns dispositivos formais da nossa legislação, mas, também, aquele em que se verifica o *déficit* de participação popular na construção do provimento estatal pelo cidadão, quando o direito em questão pertencer à coletividade.

Importante destacar que a delimitação do objeto da presente pesquisa consiste especificamente na utilização da ação popular como instrumento de controle jurisdicional de legalidade e democraticidade do processo administrativo de tombamento. Ressalta-se que o controle de legalidade proposto originariamente via ação popular não pode se restringir ao conceito econômico-monetário de lesividade do patrimônio. Conforme anteriormente mencionado, bens imateriais ou materiais sem valor econômico agregado, mas com significativo valor histórico, poderá ser objeto de controle jurisdicional via ação popular.

---

<sup>3</sup> Não havendo unanimidade na doutrina acerca dos elementos do ato administrativo, opta-se por adotar aqueles indicados no artigo 2º da própria lei da Ação Popular, lei ordinária federal n. 4.717/1965: “Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.” (BRASIL. Lei n. 4.717, 1965).

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

A finalidade essencial do controle jurisdicional dos atos do executivo funda-se na proteção dos cidadãos, vistos na perspectiva coletiva, não estritamente individual, conforme a seguir exposto:

A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem frequentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos. (FAGUNDES, 1984, p. 92-93)

No mundo há dois tipos de controle jurisdicional, um realizado pela jurisdição ordinária, como no caso do Brasil, e outro realizado por uma jurisdição especial, denominada contencioso administrativo, como é o caso da França.

Todavia, seja pelo controle exercido por uma jurisdição especial (sistema dúplice), seja pela jurisdição ordinária, o fato é que os atos administrativos se submetem ao controle judicial de legalidade, podendo ser classificados como vinculados, quando a lei não dá liberdade ao administrador para agir, devendo este reproduzir os elementos previamente estabelecidos em lei; ou discricionário, quando a liberdade consiste na possibilidade de escolha entre opções igualmente justas, desde que obedeçam ao fim legal, sempre voltado ao interesse público (CARVALHO FILHO, 2006, p. 104).

Assim, nos moldes defendidos por Silva (2007, p. 115), o uso do poder discricionário não pode se confundir com abuso de poder, visto que se o poder discricionário pressupõe uma liberdade de escolha entre alternativas possíveis, o abuso de poder, de outro lado, constitui violação da legalidade extrínseca ou intrínseca, abrindo-se a possibilidade do controle da legalidade do ato pelo poder judiciário.

Ora, se os atos discricionários permanecem na zona de legalidade, torna-se difícil admitir sua sindicabilidade através do exercício da ação popular, desde que foi adotada a tese de que ela só é admissível quando o ato impugnado seja também nulo ou anulável. Essa orientação, acolhida também, em essência, pela Lei n. 4.717, importa em retirar a ação popular do campo propício à sua atuação. Realmente, se o uso do poder discricionário, mesmo circunscrito à legalidade, deve tender à realização ou o respeito do interesse público, e se ação popular é remédio específico para invocar a jurisdição na defesa do interesse público, decerto que na possibilidade do controle do ato discricionário lesivo ao patrimônio coletivo, mas não ilegal, é que se exercício seria mais profícuo. (SILVA, 2007, p. 117)

O controle de atos administrativos pelo judiciário é, pois, ponto firme no direito brasileiro, podendo ser observada na doutrina atual (ALMEIDA, 2003, p. 420-421), a defesa

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE  
LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE  
TOMBAMENTO

de que ele não encontrará limitações, independente da roupagem que adote, discricionário ou vinculado. Deste modo, o controle deve ser realizado com base na necessidade de observância dos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública indistintamente para todas as espécies de atos do poder público, sendo este também o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO  
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXAME DA OAB. REVISÃO  
DE QUESTÃO SUBJETIVA REFERENTE À SEGUNDA FASE.  
LIMINAR CONCEDIDA E CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE  
ORIGEM. ALEGAÇÃO DE INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO  
CHAMADO MÉRITO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO  
CONSOLIDADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA  
HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PODER  
PÚBLICO E A QUEM QUER QUE SEJA. AGRAVO REGIMENTAL  
DESPROVIDO. (...)

3. *Outrossim, a antiga doutrina que vedava ao Judiciário analisar o mérito dos atos da Administração, que gozava de tanto prestígio, não pode mais ser aceita como dogma ou axioma jurídico, eis que obstaría, por si só, a apreciação da motivação daqueles atos, importando, ipso facto, na exclusão apriorística do controle dos desvios e abusos de poder, o que seria incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica e do seu propósito de estabelecer controles sobre os atos praticados pela Administração Pública, quer sejam vinculados (controle de legalidade), quer sejam discricionários (controle de legitimidade).* 4. Agravo Regimental da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Paraná desprovido. (BRASIL. STJ, AgRg no AgRg no REsp 1213843/PR, 2012) – g.n.-

Assim, a decisão tomada ao final do processo de tombamento, como ato administrativo objeto de controle, deverá obedecer aos parâmetros legais e constitucionais de validade, de forma e finalidade, além do respeito durante o processo aos princípios processuais constitucionais, estando, neste ponto, a eles vinculada.

O ato decisório do processo de tombamento deverá conter em si uma fundamentação jurídico-racional, que considere as razões trazidas ao debate durante o processo, de modo que a ação popular será a garantia de controle do processo de tombamento e do ato final (de tombamento ou não tombamento), ressaltando-se que qualquer desrespeito aos preceitos constitucionais processuais determinará sua anulação através da demanda popular.

Numa leitura proposta pelo texto constitucional democrático vigente, a observância da participação popular constitui requisito de validade do processo de tombamento. Nos termos dispostos no artigo 1., da Constituição brasileira de 1988, encontra-se a cidadania e a soberania popular como um dos fundamentos da república federativa do Brasil. Em razão

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

disso, todo provimento estatal, seja no âmbito legislativo, executivo ou jurisdicional, quando tiver como objeto o debate de um direito difuso, obrigatoriamente deverá garantir a participação de todos os interessados no debate processual do direito posto em tela. Negar a participação da coletividade no debate processual do direito difuso é reconhecer que o processo, seja administrativo ou jurisdicional, encontra-se eivado de ilicitude.

No que atine especificamente ao processo administrativo de tombamento, quando realizado sem qualquer participação da coletividade no debate do bem tombado, verifica-se o *déficit* de democraticidade, que caracteriza a ilicitude do processo em razão da ofensa ao disposto no artigo 1., inciso II e parágrafo único, passível de controle jurisdicional via ação popular.

No que se refere aos requisitos da lesividade e ilegalidade necessários à ação popular, como já afirmado, a interpretação de tais exigências legais deverá ser feita através das lentes constitucionais, determinando uma extensão ampliada e democrática.

A exigência simultânea de lesividade e ilegalidade representaria um obstáculo para o exercício dos direitos do cidadão, havendo um desvio da correta interpretação da Constituição quanto ao tema, que seria expresso sobre a suficiência do primeiro requisito apontado – lesividade – sendo inconstitucionais os preceitos da Lei da Ação Popular, especialmente o seu art. 1º. (SILVA, 2008, p. 266)

Como dito, a ação popular é uma garantia de defesa em favor dos direitos difusos do cidadão e, para isso, exigir requisitos que não se coadunam com esses direitos se mostra indevido, impossibilitando o exercício da garantia constitucional. Ou seja, a ação popular, vista sob a ótica do processo constitucional democrático, é um espaço que legitima ampla e isonomicamente o debate processual do direito difuso por todos os seus titulares, requisito essencial à democraticidade do provimento final. Quando tal participação popular é inviabilizada pela administração pública no âmbito do processo de tombamento, a ação popular passa a ser vista como o recinto hábil a legitimar juridicamente a construção participada do mérito processual, mediante o debate amplo do bem tombado, seus reflexos quanto aos direitos da coletividade, rompendo com a concepção dogmática de que a análise do interesse público deverá ser feita de forma unilateral e solitária pela administração pública.

Sendo, pois, a ação popular garantia de controle e tutela judicial para lesões suportadas pelo patrimônio histórico e cultural, mais que realizar o controle da legalidade decorrente do ato final, que pode ser comissivo, omissivo, lesivo ao patrimônio, a ação popular deve

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

funcionar como meio de defesa da participação do cidadão em todo o processo de tombamento.

Defende-se que a participação do cidadão durante o processo de tombamento é indispensável, sob pena de o ato já nascer viciado. Assim, mais que uma garantia de controle dos atos prontos e acabados do poder público, ela garante o controle dos atos tomados no curso do processo, em prol de uma participação qualificada do cidadão, protegendo o patrimônio histórico e cultural de qualquer ato autoritário e que exclua aquele da participação na decisão final.

O controle pela ação popular ocorrerá sempre que o ato final, ou processo que o antecedeu, se revestir de ilegalidade, esta interpretada no sentido amplo, seja pelo desvio de finalidade do ato, que se afasta do interesse coletivo, seja por qualquer rompimento com os preceitos democráticos ocorrido durante o processo, hipótese em que funcionará como parâmetro de controle judicial da legalidade e democraticidade do processo de tombamento.

### **4.1. Legitimidade do cidadão para controlar a democraticidade do processo de tombamento por meio da ação popular**

Tanto a lei ordinária, quanto a Constituição da República, reserva ao cidadão a legitimação para interposição da ação popular perante o poder judiciário para a defesa do patrimônio histórico e cultural.

No que tange ao significado da expressão “cidadão”, apesar da lei da ação popular, em seu §3º do artigo 1º, definir que a cidadania será provada com o título eleitoral, já houve acima a demonstração de que tal acepção não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Isso por que, conforme salientam Jamile Bergamaschine Mata Diz e Eloy Pereira Lemos Júnior, o desenvolvimento científico do espaço público como esfera de organização vinculado ao próprio conceito de cidadania, encontrou em Hannah Arendt seu máximo exponencial, estando ligado ao mundo compartilhado/coletivo, sendo propriedade do indivíduo e não do Estado:

A constituição do espaço público pode ser ameaçada, quando se perde o acesso direto à esfera pública, com a conseqüente perda de igualdade, para a remoção de cidadania (enquanto complexo sistema de participação que se expressa não só através do voto, mas também pelas inúmeras manifestações populares) e a limitação da esfera privada significa privação de direitos, uma

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

vez que estes existem apenas em detrimento da pluralidade humana. (DIZ; LEMOS JR., 2016, p. 1)

O acesso direto do cidadão à esfera pública pode e deve ser realizado, também, pela participação da comunidade envolvida no processo de tombamento em todas as suas etapas, como forma de se apresentar adequado aos ditames constitucionais e democráticos vigentes. E, assim, a mesma cidadania que impõe a processualidade democrática e garante a participação do indivíduo no processo, legitima esse mesmo indivíduo ao controle, pela via jurisdicional, dessa garantia cidadã.

Aliás, o conceito de cidadania passou por uma longa evolução, saindo de uma perspectiva liberal até chegar no atual conceito de cidadania participativa, de autoinclusão em que cada pessoa promove sua inserção no contexto social.

Roberta Maia Gresta demonstra que o conceito de democracia andou sempre junto com a forma de entender o Estado e a própria democracia. Assim, na antiguidade o cidadão era tido como aquele que participava diretamente nas decisões da sociedade e sacrificava seu individualismo em prol da coletividade, submetendo-se à guerra ou à paz, de forma a viver sempre em comunhão com seus concidadãos (GRESTA, 2014, p. 14).

Na modernidade emergiu a ideia da impossibilidade de participação direta do povo nos desígnios da comunidade, convergindo para a enunciação da democracia representativa, na qual o povo seria um poder que não podia ser ignorado, embora não pudesse ser exercido pessoalmente (GRESTA, 2014, p. 17).

A contemporaneidade, por sua vez, é marcada pelo aprofundamento das ideias de representatividade, baseado na apatia e falta de capacidade da população em geral. As inúmeras crises econômicas e políticas, possibilitaram inúmeros regimes autoritários que influenciaram na compreensão de democracia, tornando prevalente, “no mundo ocidental, ao longo do século XX, uma específica concepção de democracia: liberal, representativa e partidária, [...] que reduz a expressão da cidadania ativa praticamente ao exercício do voto” (GRESTA, 2014, p. 35).

As críticas a esse modelo apontam sua contraditoriedade, que afasta da decisão o titular do poder soberano, o povo. Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer propõem a ativação de uma democracia de alta intensidade, ou seja, em que haja o reconhecimento de uma relação de complementariedade entre democracia representativa e participativa (SANTOS; AVRITZER *apud* GRESTA, 2014, p. 47-49).

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

E é a partir dessa premissa, que o processo, enquanto *locus* da aplicação da lei emanada sempre do poder soberano e decorrente do exercício da cidadania, deve ser um espaço de participação isonômica, seja ele jurisdicional, administrativo ou legislativo. Na mesma linha de pensamento, é possível dizer que o cidadão, quando excluído do processo, tem legitimação para se insurgir contra esse rompimento democrático, constituindo a negativa de sua participação a ilegalidade que se tornará objeto da demanda popular.

Elival da Silva Ramos, em importante trabalho sobre a ação popular, argumenta que o Estado Democrático de Direito cria determinados instrumentos que servem ao cidadão como formas de controle da legalidade da atuação governamental, como é o caso dos procedimentos voltados ao controle exercido pelo poder judiciário. Dessa maneira, argumenta o autor que a demanda popular funciona como mais que uma ação de tutela de direitos, mas como um instrumento de participação política.

Não se pretende, é claro, dizer que ao apreciar uma demanda popular o judiciário não exerce função jurisdicional. Sem dúvida, como pudemos sentir na análise da qualificação da legitimação do cidadão-autor, há um conflito de interesses que enseja a ação popular, conflito esse que, em face das características peculiares do instituto, coloca, por vezes, frente a frente, os interesses do Estado afirmados pelos administradores públicos. Contudo, cuida-se de algo mais que uma simples solução de controvérsia; o significado da ação popular, a nível de estrutura de poder, é o de um instrumento de controle de legalidade, controle jurídico esse que tipifica uma função jurisdicional qualificada por um elemento político-institucional e, nesse sentido, distinta do exercício da jurisdição pura. (RAMOS, 1991, p. 198)

Assim, o cidadão é legitimado ativo à ação popular que tenha como objeto a sua exclusão do processo de tombamento, vez que sua condição de cidadão impõe a participação, ao menos, por duas razões: é ele o titular do poder conferido aos administradores públicos, que na condição de cidadão deve participar e controlar as decisões políticas tomadas em seu nome, um direito de participação decorrente da própria democracia instituída pela Constituição vigente; e, ainda, é também ele o titular do direito tutelado pelo processo de tombamento, que sofrerá os efeitos do provimento final ali exarado, e por isso precisa ser ouvido em igualdade de condições, visto que é o cidadão, o habitante da comunidade, o titular do direito ao patrimônio histórico e cultural protegido.

Nos dizeres de Fabrício Veiga Costa, o controle do exercício da atividade executiva pelo cidadão funda-se essencialmente na legitimação que lhe é assegurada ao processo coletivo democrático:

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

O reconhecimento da legitimidade do cidadão individualmente poder propor uma ação popular, com o propósito de viabilizar o controle da moralidade administrativa, representa uma tentativa do Brasil adotar o princípio participativo como referencial do entendimento democratizante do modelo constitucional de processo coletivo. A pertinência de tal crítica se justifica pelo fato de não ser garantido aos cidadãos, de forma efetiva, o direito de controle dos atos executivos a partir da testificação e do debate amplo dos fundamentos inerentes à lisura e a observância da legalidade na gestão da coisa pública (COSTA, 2012, p. 223).

E, ainda, especificamente no processo administrativo, segundo o autor, os direitos da coletividade estarão sempre em evidência, como centro dos debates meritórios, motivo pelo qual a aplicação da legislação no bojo desses processos deverá se dar em coautoria com o cidadão de forma processualizada e democrática (COSTA, 2012, p. 222).

A construção do mérito no processo administrativo de tombamento deverá ser participada, tanto pela natureza coletiva do direito ali em discussão, quanto pela democraticidade imposta ao processo pelo Estado Democrático de Direito. E, a legitimação para agir concedida ao cidadão na ação popular é, definitivamente, uma irrenunciável repercussão do acesso à justiça atribuído pela Constituição da República de 1988, para a defesa dos direitos fundamentais difusos da coletividade.

### 5. CONCLUSÃO

A partir de um estudo crítico-sistemático da gênese da ação popular, buscou-se entender quais foram as razões de sua criação, traçando um caminho interpretativo inspirado no atual contexto democrático. Ou seja, no contexto dessas premissas iniciais, demonstrou-se a necessidade da releitura constitucionalizada da ação popular, considerando-se as proposições democráticas advindas do sistema participativo, que legitima o direito de participação e dialogicidade de todo cidadão, quando o objeto do processo (administrativo ou jurisdicional) for um direito fundamental difuso.

No perspectiva da proteção do patrimônio histórico e cultural, a ação popular passou a ocupar, desde sua regulamentação infraconstitucional em 1965, um lugar de especial relevância, esposando o espírito do genuíno processo coletivo, de defesa dos direitos difusos e coletivos pelo seu titular.

Ao colocar o cidadão no papel de legitimado ativo, a ação popular encampa o sistema participativo de processo, permitindo-se ao cidadão o exercício do controle de

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

legalidade dos atos do poder público e de democraticidade do processo administrativo que o antecede. Inaugura-se, a partir dessas disposições legislativas, a possibilidade de exercício da democracia direta, conferindo o direito ao cidadão, individualmente, acionar o judiciário para promover o amplo e isonômico debate jurídico de direitos difusos, cuja titularidade pertence a toda coletividade. Nesse momento, tem-se a descoisificação dos indivíduos, que passam a exercer diretamente a cidadania prevista no texto constitucional (artigo 1., inciso II da Constituição brasileira de 1988), podendo participar do debate da construção dos provimentos estatais, cujo objeto é de titularidade de todos.

O modelo de processo administrativo de tombamento é de natureza autocrática, uma vez que é instaurado e conduzido de forma unilateral e solitária pelo Estado, que não permite a participação da coletividade no debate do mérito referente ao bem tombado. Considerando-se que o patrimônio histórico-cultural é um direito fundamental difuso, verifica-se, nesse contexto, um *déficit* de democraticidade na construção do provimento final, haja vista a impossibilidade de ampla dialogicidade das questões controversas que permeiam o espaço processual administrativo.

Desse modo, enquanto a participação do cidadão no tombamento se torna condição de legalidade e democraticidade do processo, o afastamento do cidadão se converte em ilegalidade ensejadora de controle, este, inclusive, pela via jurisdicional, através da ação popular manejada pelo próprio cidadão.

A ação popular passa a ser vista como um espaço que processualiza democraticamente a participação de todos os interessados no debate do direito difuso objeto de controvérsia.

No momento em que a administração pública impede a participação popular no processo administrativo de tombamento, limitando o espaço processual de debate, colocando-se como protagonista, ofende o disposto no artigo 1., inciso II e parágrafo único da Constituição brasileira de 1988. Tem-se, nesse caso, a violação do sistema participativo, constituindo ofensa à democracia direta, fato esse que torna nulo o processo de tombamento, admitindo-se o controle jurisdicional de legalidade e democraticidade via ação popular.

A legitimidade do processo, defendida ao longo deste trabalho, deverá passar pelo respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, além da recolocação do cidadão no centro do debate, visto que a titularidade do direito em discussão no processo demanda a participação daquele que será atingido pelos efeitos da decisão tomada ao final do processo.

## A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO

A participação do cidadão no processo de tombamento é, antes de qualquer coisa, condição de validade e legitimidade democrática do ato final, que acarretará a nulidade do ato tomado em desrespeito a essa garantia e ensejará o controle de legalidade e democraticidade de todo o processo através da ação popular, tomada como remédio constitucional à disposição da mais importante célula da democracia, o cidadão.

Ressignificar o processo coletivo, a partir de proposições constitucionalmente democráticas, é um meio de permitir a aplicabilidade do sistema participativo, expressamente previsto no texto da Constituição brasileira de 1988 (artigo 1., inciso II e parágrafo único). Afastar o cidadão do núcleo do debate processual de pretensões que versam sobre direitos fundamentais difusos, é uma forma de tornar o provimento estatal juridicamente ilegítimo, sob a ótica democrática.

Assim, a partir da propositura da ação popular torna-se possível e viável controlar a legalidade e a democraticidade do processo administrativo de tombamento, ampliando-se o debate processual, observando-se os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia processual, de modo a permitir que todos os interessados difusos sejam coautores do provimento estatal.

### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Portal da Legislação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1.824. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Portal da Legislação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Código Civil. *Art. 1.228, §1º*. Portal da Legislação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 25*, de 30 de novembro de 1938. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Portal da Legislação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De10025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE  
LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE  
TOMBAMENTO

BRASIL. *Lei n. 4.717*, de 29 de junho de 1.965. Regula a ação popular. Portal da Legislação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1242800/MS, relator Min. Mauro Campbell Marques, 2ª turma, julgamento 07/06/11, publicação em 14/06/11, RIOBDCPC vol. 76, p. 77. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100506780&dt\\_publicacao=14/06/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100506780&dt_publicacao=14/06/2011)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 849297 DF 2006/0093399-2, relator Min. Mauro Campbell Marques, 2ª turma, julgamento 02/10/2012a, publicação em 08/10/12. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600933992&dt\\_publicacao=08/10/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600933992&dt_publicacao=08/10/2012)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AgRg no REsp 1213843/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012b, DJe 14/09/2012, p. 1. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001788820&dt\\_publicacao=14/09/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001788820&dt_publicacao=14/09/2012)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 170768 SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 26/03/1999, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 13-08-1999, PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+170768%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+170768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ccac6oj>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata Diz; LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. A participação cidadã nos processos de integração regional: pela efetiva construção de espaços democráticos nas relações interestatais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 20, n. 20, p. 92-116, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/713>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Teoria do Processo Coletivo no Modelo Participativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE CONTROLE DE  
LEGALIDADE E DEMOCRATICIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE  
TOMBAMENTO

GOMES JUNIOR., Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUERI, Miriam Fecchio. O problema da natureza jurídica da lesividade na ação popular. *Revista de Processo* 170. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 181-193.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. *Revista de Processo* v. 161. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública*. 30. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. *A Ação Civil Pública após 25 anos, Bens culturais e sua tutela jurídica: tombamento, registro, ação civil pública*. Coordenador: MILARÉ, Édís, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 384.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo *apud* GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.