



O REGIME JURÍDICO DO BEM CULTURAL EDIFICADO NO BRASIL

Carlos Magno de Souza Paiva



EDITORA UFOP

**O REGIME JURÍDICO
DO BEM CULTURAL
EDIFICADO NO BRASIL**

O REGIME JURÍDICO DO BEM CULTURAL EDIFICADO NO BRASIL

Carlos Magno de Souza Paiva





© EDITORA UFOP 2010

Coordenação Editorial | Gustavo Henrique Bianco de Souza
Projeto Gráfico e Capa | Alvimar Ambrósio
Revisão | Rosângela Zanetti, Magda Salmen e Fátima Lisboa
Foto | De Laia

ISBN 978-85-288-0052-4



9 788528 800524

FICHA CATALOGRÁFICA

P149r Paiva, Carlos Magno de Souza.
O regime jurídico do bem cultural edificado no Brasil / Carlos
Magno de Souza Paiva. -
Ouro Preto: UFOP, 2010.
134 p.

1. Patrimônio cultural. 2. Direito. 3. Cultura - Preservação.
I. Universidade Federal de Ouro Preto. II. Título

CDU:351.711(81)

Catálogo: sisbin@sisbin.ufop.br

Reprodução proibida Art. 184 do Código Penal e Lei 9.610 de fevereiro de 1998.
Todos os direitos reservados à

Editora UFOP

[Thhttp://www.ufop.br](http://www.ufop.br)

e-mail: editora@ufop.br

Tel.: 31 3559-1463

Telefax.: 31 3559-1255

Centro de Vivência

| Sala 03

| Campus Universitário Morro do Cruzeiro

35400.000

| Ouro Preto

| MG

*Aos meus pais, Lia e Zé Carlos,
também Bia e João Lino (in memoriam)*

Agradecimentos

Num país como o Brasil, terra de tantos contrastes, onde a “educação” é um privilégio não para todos, sinto-me grato aos meus pais que nunca duvidaram, desde muito cedo, que estudar era, não a melhor, mas a única opção para os filhos.

Obrigado à historiadora Débora Cazelato de Souza pela prontidão em despachar os valiosos documentos e obras que ajudaram a enriquecer este estudo e ao dr. Rogério Alexandre Morais pelo constante suporte jurídico em *Terra Brasilis*.

Agradeço àqueles que fizeram da distância da terra natal e da família uma angústia menos tormentosa. Amigos do Escutismo, da Paróquia de São Cristóvão e colegas de curso.

Agradeço à direção regional do IPPAR em Coimbra pela disponibilidade em nos receber e a prontidão em fornecer todo o material pretendido. Da mesma forma, meu apreço pela acolhida na *Trinity College Library Dublin* onde foi possível perspectivar o patrimônio cultural sob novos horizontes.

Meu reconhecimento aos professores doutores da UC, João Loureiro e Pedro Gonçalves que, durante os seminários do curso de mestrado, provocaram o suficiente a necessidade de uma pesquisa acadêmica de qualidade. Sou igualmente agradecido à assistente da FDUC, Suzana Tavares da Silva, pelas oportunas recomendações no início deste estudo

e, especialmente, ao professor dr. José Casalta Nabais que nos orientou de modo sempre atencioso e instigante.

Por fim, meu reconhecimento e admiração por este pequeno-grande país lusitano:

*(...) Hoje
sei apenas gostar
duma nesga de terra
debruada de mar.*

Miguel Torga

Siglas e Abreviaturas

ADPF	– Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCB	– Código Civil Brasileiro
CFB	– Constituição Federal do Brasil
CEDOUA	– Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente
CONFEA	– Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CPB	– Código Penal Brasileiro
CRP	– Constituição da República Portuguesa
DL	– Decreto-Lei ET – Estatuto das Cidades
FNC	– Fundo Nacional de Cultura
ICMS	– Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
IEPHA	– Instituto Estadual do Patrimônio Histórico Artístico de Minas Gerais
IPHAN	– Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
IPPAR	– Instituto Português do Património Arquitectónico
LCA	– Lei de Crimes Ambientais
LPC	– Lei do Patrimônio Cultural

MP	– Medida Provisória
MP	– Ministério Público
PL	– Projeto de Lei
PNC	– Plano Nacional de Cultura
PRONAC	– Programa Nacional de Cultura
RDE	– Revista de Direito Econômico
REDA	– Revista Española de Derecho Administrativo
RJUA	– Revista Jurídica de Urbanismo e Ambiente
RMP	– Revista do Ministério Público
RTDP	– Rivista Trimistrale di Diritto Publico
SHU	– Sítios Históricos Urbanos
SPHAN	– Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
STC	– Sentencia del Tribunal Constitucional
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRF1	– Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Sumário

INTRODUÇÃO	15
------------------	----

CAPÍTULO I

O PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO EM NÍVEL CONSTITUCIONAL

1 A CONSTITUIÇÃO CULTURAL	23
1.1 Pressupostos determinantes: Estado e constitucionalismo social	23
1.2 A Constituição Cultural Brasileira	26
1.3 Um conceito constitucional de patrimônio cultural	29
2 O PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO	34
2.1 Opatrimônio cultural edificado na Constituição Federal do Brasil	34

2.1.1	<i>Sujeitos titulares de direitos e deveres</i>	36
2.1.2	<i>Competência legislativa entre a União, Estados e Municípios</i>	38
2.2	O Patrimônio Cultural edificado como parte integrante dos direitos e garantias fundamentais	41
2.2.1	<i>Os princípios fundantes</i>	44
2.2.2	<i>O patrimônio cultural edificado: um direito de terceira ou quarta geração</i>	46
3	UMA ANTINOMIA CONSTITUCIONAL? O PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO E O DIREITO DE PROPRIEDADE	49
3.1	Propriedade: de um direito absoluto à inerência de sua função social	51
3.1.1	<i>As "limitações" postas e a justa indenização na CF de 1988</i>	52
3.2	A função social e "individual" do bem cultural edificado	58
3.3	Resolução de conflitos: o patrimônio cultural edificado e "os direitos" dos proprietários.	61
4	CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL	65
4.1	A inconstitucionalidade por omissão na tutela do patrimônio cultural	69
4.2	O direito ao Patrimônio Cultural e a arguição de descumprimento de preceito fundamental	73

CAPÍTULO II

O PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO EM NÍVEL ADMINISTRATIVO

1	OS INSTRUMENTOS ORDINÁRIOS DE PROTEÇÃO	77
1.1	O instituto do tombamento	78
1.1.1	<i>Definições e objeto</i>	79
1.2	Enquadramento e natureza jurídica do tombamento	83
1.2.1	<i>Por que não uma servidão administrativa</i>	86
1.3	A questão da desapropriação	90
1.3.1	<i>A desapropriação por interesse social</i>	92
1.3.2	<i>A desapropriação por utilidade pública</i>	93
1.3.3	<i>Seria o tombamento uma forma de desapropriação indireta?</i>	95
2	O PROCESSO DE TOMBAMENTO E OS EFEITOS PRÉ, DURANTE E PÓS O ATO	98
2.1	O processo administrativo	98
2.2	Os efeitos prévios ao tombamento	101
2.3	Os efeitos durante o processo de tombamento	103
2.4	Os "efeitos" pós-tombamento	105
2.4.1	<i>A validade e a eficácia do ato de tombamento</i>	109
2.4.2	<i>Definitividade do ato de tombamento</i>	111
3	A RELAÇÃO ENTRE OS PARTICULARES E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE SALVAGUARDA	114
3.1	O poder discricionário da administração e a proteção dos bens culturais edificados	115
3.1.1	<i>A apreciação do tombamento pelo judiciário</i>	118

CONSIDERAÇÕES FINAIS 120

REFERÊNCIAS 123

Introdução: Recorte, Justificativa e Metodologia de Estudo

Hoje, por vezes, a lógica do patrimônio cultural contraria a própria ideia de cultura como expressão e materialização do que é “ser” humano, afinal, nem sempre nos damos conta de que também faz parte da cultura do homem “esquecer”, ainda que voluntariamente, parte da sua história. Ao que parece, vivemos atualmente uma ditadura do passado, em que se movem, ou espera que se movam, mundos e fundos para manter o que deveria estar sujeito, natural e culturalmente, ao “acidente da transmissão”¹. Até que ponto estamos dispostos a preservar esse passado, para que o fazemos e, principalmente, como o fazemos², serão os pontos abordados neste estudo, sob a ótica dos instrumentos legais de proteção do patrimônio cultural edificado no Brasil.

A experiência em escrever, em Portugal, uma dissertação de mestrado sobre a legislação brasileira de patrimônio cultural, *in verbis*, o edificado, trouxe um olhar crítico (por vezes severo) e ao mesmo tempo esperançoso sobre o legado jurídico-cultural vindouro às gerações futuras da nação irmã – no caso, caçula. Crítico, porque o país da natureza, da música, da dança, do folclore, da culinária e até do futebol, definitivamente, não o é, ainda, o país dos bens culturais edificados. A política nacional de meio ambiente, a lei de direitos autorais, a preocupação com os bens imateriais são realidades distintas da

¹Cf. JEUDY, Henri-Pierre. *O espelho das cidades*. Casa da Palavra. Rio de Janeiro, 2005.

De uma ditadura a uma inevitabilidade, nos diz António Mega Ferreira: “As vezes, como náufragos, precisamos de nos agarrar a uma reminiscência banal, para evitarmos que tudo se dissolva na falsa enunciação da memória, na sua trágica encenação de efeitos sem correspondência com a realidade.” FERREIRA, António Mega. *Amor*. Lisboa, 2002.

²Questões importantes quando se fala na gestão dos bens culturais edificados e que nos dizem dos professores Gregory Ashworth e Peter Howard implica saber: “Does a collective memory exist? Is so, who decides what to remember and how is the memory transmitted through the generations? If a collective memory exists,

does also collective amnesia?" ASHWORTH, Gregory e HOWARD, Peter. *European heritage planning and management*. Ed. Intellect. Portland, 1999. p. 80.

³Para ilustrar, basta nos referirmos as revoluções liberais europeias, entre as quais a ocorrida em Portugal e que ao mesmo tempo foram responsáveis pela demolição de muitos dos símbolos e monumentos do Antigo Regime e pelo surgimento, ao mesmo tempo, dos ideais de proteção e atenção aos "Monumentos Pátrios", tal como a intitulada obra de Alexandre Herculano. Cf. CUSTÓDIO, Jorge. *Salvaguarda do Património - Antecedentes Históricos. De Alexandre Herculano à Carta de Veneza (1837-1964)*. In: *Dar Futuro ao Passado*. Instituto Português do Património Arquitectónico e Arqueológico. Lisboa, 1993. p. 34-71.

atenção dispensada aos bens culturais edificados e especialmente aos seus proprietários. Esperançoso, porque somos um país jovem onde o legado cultural construído é, por assim dizer, facilmente identificável e preciso, dito isso, por sabermos que no velho continente coexistem culturas milenares, muitas vezes sobrepostas, e que serviram a interesses nem sempre comungados por todos,³ ou seja, por lá, é bem maior a miscelânea cultural e a complexidade no proteger, ainda assim, ou talvez por isso mesmo, a tarefa é assumida com mais empenho e resultado. O exemplo da nação irmã – mais velha – será em vários momentos aproveitado e comparado com o nosso modelo, obviamente guardadas as devidas especificidades e proporções.

O foco maior do nosso trabalho não será os bens culturais edificados propriamente e, sim, os instrumentos legais de proteção e promoção desse patrimônio. Longe de pretender esgotar o debate em torno da matéria, não ousaríamos dizer que o presente texto vai além de uma visão geral e sintética sobre tais instrumentos e alguns dos embates que os envolvem no Brasil. É neste sentido que dedicamos alguma atenção aos demais interesses conexos – jurídicos, econômicos e sociais dos sujeitos – titulares de direitos e deveres envolvidos com o suporte físico do bem cultural edificado, que atende, mais das vezes, não apenas ao interesse cultural ali representado, mas, também, a valores de outra ordem, como o exercício da propriedade, o direito à moradia e ainda o desenvolvimento urbano e ambiental.

Dividimos este estudo em dois capítulos principais, perspectivados pelo olhar constitucional e administrativo dos instrumentos de proteção aos bens culturais edificados. Sem utilizar muitos recursos aos aspectos históricos, iniciamos, ainda assim, pela busca dos pressupostos fundamentais que antecederam a atual tutela constitucional dos bens culturais, ou seja, o Estado Social, seguido pela concepção e construção de uma "Constituição Cultural"⁴. A partir daí, e respaldados no Texto Magno, de 05 de outubro de 1988, procuramos determinar quais os sujeitos titulares de direitos e deveres no tocante a matéria, esmiuçando algumas questões como o dever da sociedade em salvaguardar e valorizar o patrimônio cultural edificado e a competência, conferida pela Constituição, a cada ente federado, administrativa e legislativamente, em termos de sua proteção e gestão.

Em seguida, fazemos uma análise do direito ao patrimônio cultural como direito e garantia fundamental, enumerando o que entendemos serem os princípios fundantes do modelo de proteção que o regime legal do país confere a esses bens jurídicos e fazendo ainda um breve comentário sobre o seu enquadramento nas recentes classificações referentes aos direitos de terceira e quarta geração.

⁴ Nos dizeres dos professores CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. Coimbra Editora. Coimbra, 1993. p. 360.

Ainda sob o prisma constitucional, seguimos para um dos pontos norteadores do estudo ao nos referirmos ao exercício de ponderação entre o valor cultural coletivo e os demais interesses envolvendo o suporte físico dos bens culturais edificados, em especial, a sua relação com os poderes específicos do proprietário: *o jus utendi, frutendi e abutendi*. Para tanto, partimos do pressuposto que a função social da propriedade é condição inerente ao próprio exercício do direito, o que será decisivo no momento de decidir sobre a possibilidade de pagamento de uma indenização ao proprietário que tem seu imóvel afetado por um ato administrativo de declaração de interesse público cultural. E para encerrar essa primeira parte, abrimos espaço para adentrar as ferramentas processuais constitucionais possíveis de serem exercidas em prol do patrimônio cultural edificado, discutindo, inclusive, a possibilidade de manejo de um dispositivo muito pouco adotado no país, qual seja, a Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional.

Já no Capítulo II, assumimos o caráter dogmático-normativo do trabalho ao pormenorizar todo o regime jurídico voltado para salvaguarda do patrimônio cultural no país. Inevitável, nesse sentido, seria não dedicar especial atenção ao principal instrumento público de proteção em vigor, ou seja, o “ato de tombamento”. Visto que a bibliografia sobre o assunto é ínfima, se limitando às considerações isoladas que os administrativistas enxertam em suas obras de Direito Administrativo, salvo poucas exceções, e considerando a díspare oposição de conceitos e opiniões que sugerem ser o instituto desde uma mera limitação ao exercício da propriedade até mesmo uma servidão de direito público, sentimos a necessidade de explorar mais os textos legais e de buscar o entendimento das cortes nacionais de modo a fundamentar algumas das posições assumidas desde o início do estudo e que não se afastam da ideia de que o tombamento é um ato do poder público de natureza declaratória e que implica efeitos de uma nova ordem mais para a ambiência em torno do bem cultural, que para o mesmo em si.

Nesta segunda parte, mencionamos ainda alguns aspectos relacionados à legislação estadual e municipal de proteção e promoção ao patrimônio cultural edificado, utilizando, como exemplos, o Estado de Minas Gerais e a cidade de Ouro Preto, que são, respectivamente, o Estado e o Município com maior número de bens culturais tombados em nível federal. Exploramos várias decisões dos órgãos superiores do Poder Judiciário no país e ainda comparamos alguns posicionamentos doutrinários que mostram que apesar de uma legislação bastante defasada, os tribunais e autores têm ultrapassado alguns aspectos que antes limitavam o direito em causa, como a garantia de proteção somente àqueles bens já submetidos ao processo de tombamento.

É na parte final do trabalho que ressaltamos a relação entre o Administrador e

administrado na eleição e gestão do patrimônio cultural edificado, bem como os limites postos ao Poder Público como forma de garantir aos cidadãos a proteção, acesso e fruição aos bens culturais, bem como a segurança aos proprietários de que não serão imparcialmente incumbidos de um ônus superior ao restante da sociedade na tarefa de salvaguarda do patrimônio cultural edificado do país. Não poderíamos, entretanto, deixar de ressaltar alguns tópicos que aproximam a tutela do patrimônio cultural com os instrumentos legais de ordenamento do território e as políticas públicas de meio ambiente, enfatizando a necessidade de se afirmar e agir em prol de um “patrimônio cultural edificado sustentável”. Daqui, partimos finalmente para as conclusões do trabalho, onde tecemos algumas considerações sobre o modelo atual de proteção e promoção do patrimônio cultural edificado no Brasil e apontamos alguns caminhos que entendemos serem os mais seguros à sua efetiva tutela.

Portanto, estes serão alguns dos principais passos a serem percorridos neste estudo, que traz ainda várias pequenas questões relacionadas ao tema mas que não deixam de ser importantes para a compreensão do sistema como um todo. Pontes de Miranda, lembra que a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia “com antipatia não se interpreta, ataca-se”⁵, no entanto, temos que reconhecer que, para nós, tornou-se inevitável, no decorrer do estudo, apontar críticas à forma como o modelo legal brasileiro submete os bens culturais edificados e também os seus proprietários, a começar pela própria antiguidade desse modelo. Vários dos textos e obras nacionais citados foram publicados há dez, vinte ou até trinta anos, o que poderia sugerir uma ultrapassada bibliografia jurídica sobre a matéria, no entanto, tendo em consideração apenas o regime legal dos bens culturais, vimos que este permanece praticamente inalterado desde o seu início, na década de 30, até os dias atuais, tanto que, ainda hoje, os nossos tribunais superiores baseiam suas decisões nessas mesmas obras que há vinte anos foram escritas e que, no entanto, permanecem atuais pelo menos em termos normativos.

O Brasil vive um momento chave na preservação do seu patrimônio cultural. Não temos, ainda, muitos dos problemas que afetam outras nações, como Portugal, onde o Palácio da Pena, em Sintra, se erige sobre elementos artísticos de diversas épocas e estilos, uns se sobrepondo a outros, ou o México, onde em razão das migrações pré-colombianas, muito do que é tido como arte Maia, na verdade, são bens culturais específicos de povos de diferentes origens, sendo muito difícil, mesmo para os especialistas, identificar a origem e a nacionalidade desses bens⁶. Logo, se por um lado, em nosso país, o objeto a ser protegido é mais “externamente identificável”, não podemos deixar que isso seja um motivo para que a sua proteção se dê a qualquer custo, subjugando todos os demais valores sociais e de modo, à parte, à opinião popular; tão pouco devemos minimizar

⁵ MIRANDA, Pontes. *Prólogo aos comentários à Constituição de 1946*. 4 ed. Borsoi, 1963.

⁶CORDERO, Jorge Sánchez. *The Legal Protection of Cultural Objects: Its Challenges and Limits*. In: *International Journal of Cultural Property*. Vol. 13. Issue 4. New York, 2006. p. 444.

o mérito de outras expressões culturais não vinculadas ao “antigo” e, principalmente, devemos ter em mente que o patrimônio cultural é um conjunto de elementos dinâmicos que relaciona bens, fazeres e pessoas, e que deve ter sua proteção otimizada, nos dizeres da prof^a. Suzana Tavares da Universidade de Coimbra, pelo “patrimônio sustentável”. É sob esses pilares que pretendemos construir o presente trabalho.

Capítulo I

O Patrimônio Cultural Edificado em Nível Constitucional

1 A Constituição Cultural

Para perceber o lugar e a medida que as modernas constituições, em especial a brasileira, podem e tendem a reservar ao patrimônio cultural, cremos que se torna indispensável ter presente o sentido que a tradição e a formação de uma Constituição Social foi atribuindo à ideia de cultura, primeiro como Direito Social e, posteriormente, mesmo como um Direito Fundante, afinal, a ordenação fundamental exprime hoje uma posição quanto a estrutura e o sentido do social, em que a cultura assume um valor irrecusável, com mecanismos de defesa mais ou menos elaborados, que pretendem compor as várias tensões internas que a envolvem enquanto bem multifacetado de visões e concepções distintas e enquanto interesse que pretende ocupar um espaço onde outras pretensões sociais também o querem.⁷

1.1 Pressupostos determinantes: estado e constitucionalismo social

Estado Social e constitucionalismo social são temas estritamente ligados entre si, afinal, não há como conceber um Estado Social que careça do devido amparo constitucional, independentemente do modelo constituinte ali adotado.⁸ Da mesma forma, para quem pretende compreender o fenômeno do constitucionalismo social e as suas várias manifestações,⁹ em diferentes épocas, é fundamental ter o substrato adequado posto pela figura do Estado Social, ou Estado do Bem-Estar.

Segundo o prof. Vieira de Andrade, não foi apenas em razão das grandes guerras mundiais que uma intervenção de necessidade suscitou a presença e a recorribilidade ao Estado¹⁰ em favor do bem-estar coletivo, estamos nos referindo ao *Welfare State*.¹¹ Conforme aponta o professor português, mesmo findados esses conflitos, houve mudanças tais na sociedade que tornavam a paz social não apenas reduzida à mera ordem nas ruas, nos seus dizeres, e a partir de então: “Exigem-se do Estado medidas de planejamento

⁷ Valemo-nos aqui do adequado raciocínio do prof. Rogério Soares que coloca esse pressuposto no que toca os diversos valores tidos na Constituição e não apenas a cultura. V. SOARES, Rogério Ehrhardt. *O conceito ocidental de Constituição*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Ano I, n. 1. Macau, 1997, p. 05

⁸ Em trabalho dedicado exclusivamente às origens do *Welfare State*, o prof. Andoni Pérez Ayala apresenta alguns dos principais modelos de Estados sociais no contexto mundial, relacionando-os com o constitucionalismo social que então os respaldaram. V. AYALA, Andoni Pérez. *Los Orígenes del Constitucionalismo Social. Una Aproximación desde una Perspectiva Histórico-comparativa*. In: El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social. org. Miguel Ángel García Herrera. Ed. Universidad del País Vasco. Bilbao, 1997.

⁹ O prof. Paulo Bonavides fala em quatro categorias de Estado social: A) o Estado social conservador; B) o Estado social da concretização da igualdade e da justiça social; C) o Estado social que altera o “*statu quo*” da sociedade capitalista e abre caminho à implantação do socialismo e D) o Estado social das ditaduras. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. Malheiros. São Paulo, 1999.

¹⁰ “Estado” como ordem social, instituição abstrata de controle do poder estatal, que não se confunde com

a ideia de Hegel, citado pelo prof. Eros Roberto Grau, que vê o Estado e a sociedade como sendo “dois momentos de uma só unidade”. GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo*. In: Revista da Faculdade de Direito. V. 97. São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2002.

Segundo o prof. Rogério Soares: “Estado que não seja, como no início, um instrumento do poder sobre a sociedade, mas a hipótese política da sociedade”. SOARES, Rogério Ehrhardt. 1997. Op. cit. p. 17.

¹¹ Nos dizeres do prof. Rogério Soares: “Por outro lado, a extensão das tarefas públicas, principalmente depois das grandes guerras, até aos campos de direção e participação econômica, da segurança social, da assistência, da generalização da cultura, etc., esbate as diferenças e os limites entre os setores em que se movia o poder público e aqueles onde imperava o particular.” Idem p. 17.

“Ao lado dos direitos, liberdades pessoais, aparece e desenvolve-se a categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, tudo confluindo para o trânsito de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social: é de Direito à medida que continua subordinado a este, de forma até muito mais alargada; e social porque tem como seus objetivos centrais o desenvolvimento econômico, o bem-estar e a justiça social”. DIAS, José Figueiredo e OLIVEIRA, Fernanda Paula de. *Direito Administrativo*. CEFA. Coimbra, 2003. p. 21.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Almedina. Coimbra, 2006. p. 58.

¹³ BONAVIDES, Paulo. 1999. Op. cit. p. 58.

¹⁴ Muito embora os conceitos de Estado Social e Estado do Bem-Estar sejam utilizados como sinônimos, Francisco José Astudillo Pólo, citando García Pelayo, Elias Díaz e Garrarena Morales, realça que a ideia do *Welfare State* se refere a um dos aspectos da atuação estatal, não exclusiva a nosso tempo, enquanto que a ideia de um Estado Social se refere aos aspectos totais de uma configuração estatal típica de nossa época. PÓLO, Francisco José Astudillo. *El Estado del Bienestar: Notas sobre una Crisis*. In: Revista Luso-Espanhola de Direito Público. n. 11 - 1º semestre/1993. Lisboa. p. 53

¹⁵ Em síntese, Astudillo Pólo aponta como sendo verdadeiramente próprio do Estado do Bem-Estar garantir os seguintes aspectos: A) um nível mínimo de proteção dos cidadãos contra uma série de riscos sociais; B) a prestação de serviços públicos básicos; e C) a promoção do bem-estar individual. Idem. p. 52.

¹⁶ “Problema comum aos vários direitos culturais é o conceito constitucional de cultura que lhe

econômico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social”.¹² Mas a proposta de um Estado, como instrumento que se presta à busca do bem comum, tem início, um quanto antes, no século XIX, com as teorias sociais de Marx e Engels, “estimuladas pela contradição, observada por eles próprios, entre a liberdade formal e a liberdade material, entre a igualdade estatuída nos textos constitucionais e a igualdade material, inexistente nas situações objetivas e concretas da vida”.¹³ Tais teorias, que marcaram profundamente o pensamento moderno, irão se refletir nos modelos de governo e nos textos fundamentais de praticamente todo mundo ocidental, sendo as Constituições Sociais de Querétaro (1917) e Weimar (1919) os dois primeiros exemplos a normatizarem esse modelo.

Portanto, será a necessidade de redefinição dos instrumentos utilizados para a regulação da vida econômica, de modo a dissimular os intensos conflitos sociais no início do século XX e atenuar os excessos do capitalismo, que incitará a necessidade de um novo modelo de Estado, voltado para a realização de uma política social encaminhada a uma maior justiça social e a uma distribuição equitativa da renda, favorecendo especialmente as classes mais desfavorecidas.¹⁴

A concepção estrutural de um Estado do Bem-Estar tem como uma de suas características básicas¹⁵ a ideia de um Poder garantidor das condições mínimas para o desenvolvimento do indivíduo, especialmente, quando se trata daquelas classes economicamente mais deprimidas, que passam a ter direitos a prestações – são os próprios direitos sociais nos dizeres do prof. Vieira de Andrade. Isso significa que ainda que os objetivos de redução das distorções sociais não seja alcançado, há de haver, na proposta em análise, uma política social de satisfação dos “níveis mínimos” de anseio coletivo.

E enveredando por esse aspecto prestacional do Estado do Bem-Estar, surgem, particularmente, dois problemas a determinar: primeiro quanto a especificação desses anseios coletivos e também quanto a fixação dos níveis mínimos de realização desses propósitos, que se refletem, mesmo constitucionalmente, como direitos sociais. Para exemplificar, ainda que em alguns casos o direito pretendido e devido seja mais nítido (é o que se passa com o direito social à moradia), há casos realmente difíceis de racionalizar, seja porque envolvem conceitos muito amplos, como o caso da “cultura”,¹⁶ seja porque se torna praticamente impossível quantificar o seu mínimo a ser garantido pelo Estado. Ademais, verifica-se, com o passar do tempo, uma ampliação do leque das necessidades sociais básicas, envolvendo demandas numa nova ordem de valores, como redução da jornada do trabalho e mesmo a proteção dos bens culturais, o que por fim acarretará numa insuportável carga econômica e prestacional para o Poder Público.¹⁷

Tais considerações são pertinentes para se compreender melhor o fenômeno da “Constituição Cultural”¹⁸ como consequência direta de uma prévia Constituição Social. Há até mesmo quem diga que a base de uma Carta Fundamental Social está estampada nos interesses culturais ali garantidos e que possibilitam, ainda mais que quaisquer outros direitos, a real possibilidade de inserção social das camadas mais pobres e a redução das distorções socioeconômicas, especialmente, por via dos direitos à educação.¹⁹ Entretanto, é bom que se diga que esse grau superior de importância da Cultura dentro do contexto constitucional moderno somente ocorreu de forma tardia, não antes de se trabalharem e se enfatizarem, previamente, as garantias socioeconômicas “mínimas” próprias de um Estado Social Democrático de Direito.

Entre as razões que justificam esse acatamento tardio dos direitos culturais,²⁰ dentro de uma nova ordem jurídica do Estado Social,²¹ poderíamos apontar, tal como relatado, os seguintes fatores: A) a proposta de um nível mínimo de proteção dos cidadãos contra uma série de riscos sociais, entre os quais, a questão do desemprego, da seguridade social e da saúde pública, ficando, de fato, fora deste mínimo, as questões culturais; B) as dificuldades em precisar um conceito de cultura, visto a vastidão do tema,²² bem como, voltando ao ponto anterior, determinar um mínimo de “cultura” a ser garantido à coletividade e C) precisamente, num contexto de pós-guerra, a prioridade dos Estados Nacionais em garantir as condições elementares de existência do indivíduo, assumindo, desse modo, os direitos culturais, um caráter residual.

É, portanto, somente após o amadurecimento do Estado e do constitucionalismo social que os direitos culturais ganharão destaque dentro dos modelos jurídicos internos no mundo ocidental.²³ Insta lembrar inclusive o papel decisivo dos organismos supranacionais na proteção dos direitos culturais, inclusive no caso do patrimônio cultural. O prof. Peter Häberle ressalta que as convenções internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural (desde a convenção de Haya em 1907 até a Convenção Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico revista em 1992) foram essenciais na transposição de suas resoluções para o âmbito das constituições nacionais. Esse fenômeno “de fora para dentro” criou ou complementou o ordenamento de vários Estados e essa relação das convenções internacionais com as políticas internas resultou, nos dizeres do autor, na formação de uma “Comunidade Mundial dos Estados Culturais”.²⁴

Se foi tardia a preocupação do Estado em garantir ao indivíduo e à coletividade o pleno direito à cultura,²⁵ ainda mais retardatária será a sua preocupação em resguardar, constitucionalmente, uma fração específica desses direitos, qual seja, o direito ao patrimônio cultural. Tanto no Brasil como em Portugal, os textos fundamentais anteriores aos atualmente vigentes tratavam a cultura, e a ela se referiam primordialmente, como sendo uma

está subjacente. (...) A densificação normativo-constitucional tem de operar com um conceito aberto e universal, de cultura, pois a democratização da cultura significa possibilidade de fruição dos bens culturais de todas as épocas e de todos os povos (coexistência e intercâmbio cultural). Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada* 3 ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 360.

¹⁷ Sobre a crise, em números, do Estado Social, ver entre outros, os dados do aumento vertiginoso da carga econômica assumida pelo Estado providência francês. *L'Etat social en crise?* Berliner Handels und Frankfurter Bank Publicação. In: *Problèmes économiques*. n° 2360. 26 Janvier 1994. p. 31 ss.

¹⁸ Em Portugal, os profs. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira usam mesmo essa expressão “Constituição Cultural” para se referir à parte da Carta Magna portuguesa dedicada aos direitos e deveres culturais, que se traduzem numa “ordem constitucional da cultura”. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. 1993. Op. cit. p. 361.

¹⁹ Beatriz González Moreno prescreve em sua obra que entre as principais características do Estado Social “... está la demanda de educación y cultura, por una doble razón: en el plano objetivo, porque la educación y la cultura garantizan el libre y pleno ejercicio de la democracia, cuyo presupuesto básico es la libertad de conocer y la capacidad para decidir con esse conocimiento de causa. Y en el plano subjetivo porque la educación y la cultura son el soporte para el libre desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica”. MORENO, Beatriz González. *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*. Ed. Gvitas. Madrid, 2003. p. 37.

Com relação ao estudo da prof. Beatriz Moreno, é conveniente opor a ideia do prof. Jorge Miranda, que olha com reservas a expressão “Constituição Cultural” e rejeita de plano a fórmula “Estado de cultura” justamente por entender que “existe um risco de, implicitamente, pôr a cultura ao serviço do Estado ou toda dependente do auxílio deste, marginalizando a sociedade civil e podendo sacrificar a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais”. MIRANDA, Jorge. *O Património Cultural e a Constituição - Tópicos*. In: *Direito do Património Cultural*. Ina. Lisboa, 1996. p. 256.

Tanto que o prof. J. J. Gomes Canotilho reconhece que ao incluir uma “Constituição cultural”, a CRP constitui o Estado, de certo modo, em Estado cultural ou Estado de cultura. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. 1993. Op. cit. p. 361.

²⁰ No Brasil, a compilação de uma ordem jurídica constitucional da cultura só é verificável em

1988, sendo que nenhuma outra Constituição anterior traz garantias individuais ou mesmo coletivas de acesso e fruição a direitos culturais. A Constituição da República de 1967 faz uma breve alusão à expressão “cultura” somente em seu Art. 172 ao prescrever que: “O amparo à cultura é dever do Estado”.

Em Portugal, entretanto, a Constituição anterior à atual, de 1933, faz alguma referência às “artes e as ciências” ao esculpir no § 2º, do Art. 43 que elas serão fomentadas e protegidas no seu desenvolvimento, ensino e propaganda, desde que sejam respeitadas a Constituição, a hierarquia e a ação coordenadora do Estado.

Acontece que no Art. 52, o texto fundamental português inova, mesmo em nível mundial, ao declarar “sob proteção do Estado os monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais”. Desse modo, ainda que este dispositivo seja de concreitude mínima e carente de toda uma sistemática apropriada, não deixa de ser um embrião do que serão, posteriormente, os vários direitos e garantias consagrados em praticamente todas as Constituições modernas, em favor da proteção ao Patrimônio Cultural.

²¹ Assinala Beatriz González Moreno que a Carta Social Europeia (Turim, 18 de outubro de 1981) sequer se refere aos direitos culturais, fazendo somente algumas breves alusões, como o direito dos menores à educação como medida de proteção laboral. MORENO, Beatriz González. Op. cit. 2003.

²² Cf. nota 10.

²³ “Mas é apenas com a ascensão do Estado Social que se introduz de pleno os direitos culturais no contexto constitucional; é ele que, a par dos direitos econômicos como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura.” MIRANDA, Jorge. Op. cit. 1996. p. 255.

²⁴ HÄBERLE, Peter. *La Protección Constitucional y Universal de los Bienes Culturales: Un Análisis Comparativo*. In: Revista Española de Derecho Constitucional. nº 54, Septiembre/Diciembre Año 18. 1998.

²⁵ O prof. Jorge Miranda expõe de maneira sucinta o tratamento que cada uma das últimas seis Constituições portuguesas dá ao tema cultura, distinguindo o claro contraste que há entre as Constituições liberais, a Constituição autoritária e a Constituição democrática. Cf. MIRANDA, Jorge. 1996. Op. cit. p. 256 e ss.

problemática do campo educacional e do ensino. Seja na Constituição Portuguesa de 1933²⁶ ou na Brasileira de 1967,²⁷ os títulos dedicados à cultura se referiam essencialmente ao ensino escolar. Apesar disso, a Carta Lusitana é mesmo tida como um dos primeiros exemplos, em nível mundial, a trazer um dispositivo específico dedicado aos bens culturais, o Art. 52, o que por si só não significava a garantia plena de tutela e gozo desse direito, ainda assim, não deixa de ser um embrião do que posteriormente acabaria por se tornar um direito fundamental: “Art. 52. Estão sob proteção do Estado os monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais”.

Especificamente no Brasil, o primeiro germen constitucional em favor dos bens culturais, ditado pelo Texto de 1934 (Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte), assume máxima importância por dois motivos, primeiramente por constituir um marco, dentro do ordenamento jurídico interno, que inaugura a própria salvaguarda do patrimônio cultural nacional, visto que somente a partir de então é que se estrutura toda a legislação ordinária para sua promoção e acautelamento, seja com a criação do SPHAN (Lei nº 378/37) e a publicação da “Lei do Tombamento” (Decreto-Lei 25/37) em 1937, seja com a inserção no Código Penal dos crimes de dano contra o patrimônio cultural em 1940. E, em segundo lugar, por ser este primeiro momento, em termos normativos, aquele que se manterá vigente, e praticamente inalterado, até os dias atuais – pelo menos em termos de patrimônio cultural edificado.²⁸ Passemos então a trabalhar o conceito jurídico de cultura e a sua elevação à categoria de garantia jusfundamental como instrumento de inserção social e de desenvolvimento do indivíduo, para assim chegarmos às bases de uma sistemática constitucional e ordinária autônoma em favor da cultura, considerada como valor em si, de caráter fundamental e relacionada aos próprios fins políticos e econômicos do Estado Democrático Social de Direito.

1.2 A Constituição Cultural Brasileira

Entre os vários significados atribuídos ao termo cultura,²⁹ o Direito se encarregou da elaboração de um sentido jurídico próprio, à medida que, gradativamente, passou a positivar a tutela desse bem, chegando mesmo a conferir-lhe o status de direito funda-

mental. No caso do Brasil, entretanto, não podemos dizer que exista hoje, em nível constitucional, um sentido único e preciso do que venha a ser o fenômeno cultura, sendo mesmo que existem vários significados atribuídos ao termo. Há momentos em que o nosso texto fundamental faz referência à cultura como sendo elemento de integração dos povos (Art. 4º, Parágrafo Único), noutros, formula definições precisas, como no caso do Patrimônio Cultural (Art. 216). O que importa, numa acepção jusfundamental, é a busca de um sentido sistêmico do que venha a expressão cultura, bem como a análise do tratamento que é dispensado aos diferentes bens culturais e sua relação com os demais interesses tutelados pela Carta Magna.

A origem da expressão “constituição cultural” está ligada à doutrina italiana e se refere ao conjunto de normas e princípios constitucionais que asseguram à pessoa a satisfação real e efetiva de suas necessidades no âmbito da cultura, da ciência, do meio ambiente e também da criação e fruição do patrimônio histórico e artístico,³⁰ sendo que os direitos ora protagonizados se distinguem por vincularem-se à generalização do acesso e da fruição cultural e pela necessidade de participação coletiva na definição de uma política cultural.³¹ Disso podemos dizer que a rede constitucional de direitos que tutelam os interesses culturais se apoia, fundamentalmente, no binômio acesso-participação cultural.

Tarefa que será mais bem trabalhada adiante, mais propriamente quanto ao patrimônio cultural, a compilação de uma ordem constitucional da cultura no Brasil³² é claramente apreensível por meio de uma série de direitos culturais previstos em artigos isolados ou mesmo em capítulos dedicados à matéria. Podemos, por hora, citar o Art. 5º, LXXIII, que prevê a possibilidade de proposição de Ação Popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural; o Art. 24, que define as competências para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; dentro do Título VIII, “Da Ordem Social”, o Capítulo III, intitulado: Da educação, da cultura e do desporto; o § 1º do Art. 231 que determina que: “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.”

O fenômeno da “constitucionalização da cultura” é conclusivo no esforço para precisar o próprio sentido de “cultura” como direito.³³ Apesar da densidade dos elementos que a caracterizam, uma vez trazida para as normas constitucionais, delas receberá o conteúdo ideológico, passando a funcionar nos parâmetros da ideologia constitucionalmente adotada, estabelecendo, portanto, o conceito que identifique o que se deva entender por “cultura” naquela “ordem jurídica.”³⁴

E se hoje vivemos, ou ao menos primamos por viver, sob a égide de um Estado de

³⁰ Título IX, Art. 42 ao Art. 44, “Da educação, ensino e cultura nacional”. Estranhamente, o Art. 52, que versa sobre a tutela a bens culturais, encontra-se no Título XI, “Do domínio público e privado do Estado”.

³¹ Título IV, “Da Família, da Educação e da Cultura” - Art. 167 ao Art. 172. Aqui também existe um dispositivo isolado referente aos bens culturais, prescreve o Parágrafo único do Art. 172: “Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

³² Em termos ambientais, o modelo e a legislação brasileira voltada para sua proteção e regulação, passa constantemente por aprimoramentos (Lei 9.985/00 - estabelece o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; Lei 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais; Lei 8.974/95 - Lei de Engenharia Genética; Lei 6.938/81 - Política Nacional de Meio Ambiente) que infelizmente não são visíveis quando o assunto é patrimônio cultural construído que, quando muito, é abordado de maneira residual dentro do escopo de leis ambientais ou urbanísticas. Um exemplo disso é a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) que de forma completamente inadequada e inconveniente menciona também os crimes de dano contra os bens culturais (Capítulo IV).

³³ O prof. Jorge Miranda realça que tão inglorificada é a tarefa de definição do termo cultura, esboçando apenas que ela envolve “tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; tudo a que se reporta a bens não econômicos; tudo que tem que ver com obras de criação humana, em contraposição à natureza. MIRANDA, Jorge. 1996. Op. cit. p. 253.

Edward Tylor também assume a imensa ampliação do conceito ao dizer que a cultura é “um complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes, ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.” TYLOR, Edward, *apud* CUNHA, Danilo Fontanele Sampaio. *Patrimônio Cultural - Proteção Legal e Constitucional*. Letra Legal. Rio de Janeiro, 2004. p. 19-20.

³⁴ Essa ideia foi proposta inicialmente por Alessandro Pizzorusso que ora é citado por Beatriz González Moreno que acrescenta a noção de um conjunto de regras gerais tendentes a criar uma situação que facilite o máximo possível o exercício das liberdades individuais e que se fundamentam em um determinado modelo de cultura sistematizado sob a rubrica de “Constituição Cultural”. MORENO, Beatriz González. 2003. Op. cit. p.137.

³¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Op. Cit. p. 361 e ss.

³² Ainda que de maneira mais desarticulada, não se pode negar que exista, de fato, uma ordem constitucional da cultura no Brasil. Diz-se desarticulada em razão da dispersão de artigos ligados à cultura por todo o texto fundamental, sem que haja uma estrutura lógica entre eles e pelos pontos falhos verificados na disposição e no tratamento que é dispensando aos diversos dispositivos afins: A) A ausência de normas relativas à educação, ciência e cultura entre os direitos e garantias fundamentais; B) A desnecessidade de tratar de matérias sem relevância nacional como o Colégio Dom Pedro II no Rio de Janeiro (Art. 232, § 2º - que está no capítulo dedicado à cultura dos índios); C) Ao mesmo tempo que não determina expressamente a competência municipal para legislar em matéria de proteção ao patrimônio cultural (Art. 24, VII), prescreve que compete ao município promover a proteção do patrimônio cultural (Art. 30, IX) e legislar sobre matérias de interesse local (Art. 30, I), deixando assim dúvidas a respeito; D) A promoção do tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (Art. 216, § 5º). Nesse caso, para além de não ser o meio correto de promoção do ato de tombamento, que prescinde de contraditório, inscrição e descrição dos bens no livro do tombamento e especificação precisa dos bens tombados, não possui razão de ser enquanto que a própria ordem constitucional proíbe o tratamento privilegiado de qualquer grupo cultural em relação a outros.

³³ De fato, trabalhar o conceito de cultura, que nos dizeres de Miquel Reale é “tudo aquilo que o homem realiza na história, na objetivação de fins especificamente humanos”, na sua acepção mais ampla, tornaria o trabalho exageradamente impreciso, sendo mesmo importante nos restringir, por hora, à ideia de um direito à cultura contido numa específica ordem constitucional. REALE, Miguel, *apud* SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. Ed. Malheiros. São Paulo, 2001. p. 20.

Beatriz González Moreno ressalta que as expressões “direito à cultura” e “direitos culturais” não são sinônimos, sendo aquela apenas uma das possibilidades de manifestação desta. Cf. MORENO, Beatriz González. 2003. Op. cit.

³⁴ Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição e Direito Cultural (uma Revista)* nos *Conceitos Básicos*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 76. Belo Horizonte, Janeiro/93.

³⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Almedina. Coimbra, 2003. p. 97 e ss.

direito democrático-constitucional³⁵ (Art. 1º CFB; Art. 2º CRP), ou seja, um Estado subordinado a uma ordem jurídico-constitucional regida por princípios e regras jurídicas que garantem às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança, serão os caracteres dessa ordem fundamental que irão nos trazer o sentido de cultura como direito, liberdade e garantia para todos. Desse modo, pode-se dizer que o conceito constitucional de cultura é, antes de tudo, um conceito social, não por ser fruto do trabalho socializador do homem e sim, por ser um bem a que todos devem ter acesso com oportunidades de fruição e criação. Nos termos dos profs. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito constitucional de cultura é um conceito: 01. aberto, à medida que a própria constituição impõe que todos tenham acesso à educação e à cultura; 02. é um processo de criação livre; 03. expresso nas instituições, hábitos e costumes do povo (humanização externa) e também reproduzido na ciência e na arte (humanização interna); 04. abrangendo ainda o patrimônio cultural, em suas diversas manifestações; 05. e por fim é tarefa e inovação que exige a promoção positiva da criação e fruição cultural por parte do Estado.³⁶

Seguindo essa mesma linha, em que se busca um conceito, ou melhor, uma unidade de sentido para a expressão cultura e conseqüentemente a determinação de quais os bens (valores) culturais³⁷ dignos a serem tutelados, há que se referir ainda ao meio ambiente como componente de uma concepção ampla desses mesmos bens.³⁸ Aquele, ainda que não tenha sido fruto da criação do homem, ganha sentido a partir do seu esforço histórico-criativo. O prof. Jorge Miranda, citando José Afonso da Silva, a esse respeito, ressalta que:

Os bens culturais são coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e a participação do espírito humano³⁹.

Nesses termos, e olhando para o caso específico do Brasil, é que podemos enfim dizer que a nossa constituição traz uma visão moderna e atualizada do que venha a ser os bens culturais,⁴⁰ não os limitando à sua materialidade ou à condição de bens tombados (“classificados” em Portugal). Também não se restringe à cultura dominante, e bem emprega as expressões de identidade e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Traz um conceito aberto que engloba também os bens naturais e dá especial atenção aos componentes historicamente marginalizados em nossa sociedade e que envolvem a cultura negra (§ 5º, Art. 216) e indígena (Art. 231 e Art. 232).

1.3 Um conceito constitucional de patrimônio cultural

Se os bens culturais, em sua globalidade e nas mais diversas formas de expressão, correspondem ao próprio conteúdo do que venha a ser o fenômeno cultura, cabe-nos então distinguir estes bens quanto à sua aceção mais restrita,⁴¹ ou seja, aquela prevista no Art. 216 da CFB e que equivale ao próprio sentido legal do que venha a ser o “patrimônio cultural”. Para clarear esse raciocínio, distinguem-se os bens culturais em duas dimensões: a) a partir de uma aceção mais ampla, como sendo todos os bens que integram a ideia jusfundamental de cultura (incluindo os interesses educacionais e científicos); e, a considerar, b) apenas os interesses voltados à criação, fruição e preservação cultural, excluindo as propostas educacionais e científicas (o patrimônio cultural considerado em seu núcleo essencial⁴²).

Como não poderia ser diferente, também o patrimônio cultural, como elemento próprio da cultura, traz consigo a mesma carga de valor que esta absorve dentro de um contexto constitucional específico, logo, diferenças terminológicas⁴³ e de tratamento à parte, os vários dispositivos constitucionais relativos à cultura, e mais especificamente ao patrimônio cultural,⁴⁴ conferem-lhe um sentido legal único enquanto bem jurídico socialmente comungado, democrático e de livre criação e fruição. Ademais, no Brasil, ao contrário do que se passa no direito comparado, a Constituição de 1988 se encarregou de trazer a própria definição de patrimônio cultural ao prescrever em seu artigo 216:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

³⁶ V. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Op. cit. p. 362.

³⁷ O prof. Jorge Miranda aponta que “mesmo quando a Constituição se ocupa das confissões religiosas ou da comunicação social ou da informática, por exemplo, está-se ocupando, por certo, de bens culturais. No entanto, é a esses sentidos menos latos que se ligam o conceito de Constituição cultural e os direitos culturais”. MIRANDA, Jorge. *Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais*. In: *O Direito*. Ano 138º, IV. Lisboa, 2006, p. 04 e ss.

³⁸ A própria Constituição brasileira incluiu, na lista dos bens que constituem o patrimônio cultural nacional, os “conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”. A respeito da aproximação ou do emprego da expressão “bens culturais” para se referir também aos bens naturais, ver, dentre outros, GOMES, Carla Amado. *Direito do Patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os Une e o que os Separa*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora. Coimbra, 2001.

Já o sociólogo Henri-Pierre Jeudy critica o uso da expressão “bens culturais” por sugerir um sentido mercadológico ao patrimônio cultural, como se fossem produtos de *marketing*. O autor francês, neste caso, prefere falar em “patrimônios”. JEUDY, Henri-Pierre. *Espelho das Cidades*. Casa das Palavras. Rio de Janeiro, 2005, p. 20.

³⁹ MIRANDA, Jorge. 2006. Op. cit.

⁴⁰ Deveras que o texto fundamental brasileiro, por ser um dos mais extensos do mundo, traz também uma considerável lista de direitos culturais, o que não significa, de pronto, um aspecto positivo, afinal, sugere, ainda que não por vias de uma interpretação histórica, uma banalização dos interesses com reconhecida necessidade de serem tutelados. Nesse sentido, tem-se, por exemplo, e quase que de forma caricata, o § 2º do Art. 232, que prescreve: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Desse modo, e é bom que se diga, que a visão moderna e atualizada da CFB, face aos

direitos culturais, não é propriamente em razão do excessivo número de dispositivos ligados à matéria. Sobre a estrutura da Constituição Brasileira de 1988 e os pontos críticos desse modelo, V. MIRANDA, Jorge. *A Nova Constituição Brasileira*. In: O Direito. Ano 122º, I. Lisboa, Janeiro-Março de 1990. p. 137 e ss.

⁴¹ O prof. Jorge Miranda fala em cultura *strictissimo sensu* Miranda, Jorge. Op. cit. 2006. p. 15.

⁴² Definido segundo os Artigos 1º e 2º da Convenção da UNESCO para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972.

⁴³ A Constituição Brasileira, diferentemente da Constituição Portuguesa, que utiliza em todo o seu texto, unicamente a expressão "patrimônio cultural" ou "bens culturais" (termos que se equivalem), emprega várias terminologias distintas: "patrimônio histórico e cultural" (Art. 5º, LXII); "bens de valor histórico, artístico ou cultural" (Art. 23, IV); "patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico" (Art. 24, VII); "patrimônio histórico-cultural" (Art. 30, IX); "patrimônio cultural" e "bens culturais" (Art. 215, § 3º e Art. 216).

Não obstante a miscelânea terminológica, que conforme se verá adiante, só dificulta a concepção e a efetiva proteção dos bens culturais, percebe-se que, por fim, o legislador constituinte derivado optou pela expressão "patrimônio cultural" posto que, em razão das emendas mais recentes, como a emenda constitucional nº 48 de 2005 (que inseriu o § 3º, do Art. 215), foi assim que tratou a matéria, o que não deixa de ser, no nosso entender, uma evolução terminológica.

⁴⁴ Sobre o conceito jurídico de "patrimônio cultural" — "bens culturais" — ver os seguintes trabalhos do prof. José Casalta Nabais: NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Ed. Almedina. Coimbra, 2004 e NABAIS, José Casalta. *Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Proteção do Patrimônio Cultural*. CEFA. Coimbra, 1998.

⁴⁵ Ainda que seja pertinente, em termos dogmáticos, a discussão sobre o patrimônio cultural como parte integrante do meio ambiente ou o contrário, o meio ambiente como componente do patrimônio cultural, visto que ambas possibilidades são encontradas na doutrina jurídica, por hora, e para não fugirmos do foco deste estudo, nos limitemos a discutir a necessidade e conveniência em se trabalhar estes dois institutos como se fossem de natureza jurídica idêntica, tal como ocorre em alguns dispositivos legais pátrios.

⁴⁶ V. MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Revista de Direito Administrativo*. V. 234. Rio de Janeiro, outubro/dezembro/

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

Desse modo, pelo menos no Brasil, a discussão sobre qual o objeto a ser tutelado pelo direito do patrimônio cultural provém de uma lista predeterminada, o que não significa, que não seja, ao mesmo tempo, bastante abrangente e aberta. Entretanto, a opção do legislador constituinte por especificar quais os bens culturais da nação, levanta, a princípio, dois problemas que merecem ser destacados. O primeiro relacionado à própria existência de um rol exaustivo, ou não, de bens culturais; e ainda a opção por incluir nesta lista os bens de natureza ambiental. Dedicemos então algumas linhas quanto a essas duas questões.

A propósito do primeiro problema, e pautado nas próprias considerações anteriores a despeito de uma ordem constitucional da cultura aberta, democrática e socializadora, como é a brasileira, não podemos, existindo ou não, um rol de bens culturais, excluir dessa lista outros possíveis interesses, também culturais, tidos pela sociedade. O Art. 215 estabelece que "o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais", o que acaba por sugerir que toda e qualquer forma de expressão cultural da nação constitui fonte do nosso patrimônio. O próprio Art. 216, apesar de taxativo, traz um leque de opções em aberto, de onde se depreende que a intenção do legislador constituinte, antes de ser, definir o que é ou não é bem cultural, é justamente não privilegiar ou excluir qualquer grupo ou meio de expressão capaz de representar os diversos componentes formadores da sociedade brasileira e, por essa razão, é que dizemos ser o rol do Art. 216 um modelo exemplificativo e não taxativo das possibilidades de consideração dos bens culturais.

Ademais, os próprios princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, como o da liberdade (livre iniciativa - Art. 1º, IV), o princípio da solidariedade (que pode ser lido como sendo a aceitação e comunicação entre culturas - Art. 3º, I) e o da não discriminação (Art. 3º, IV), além dos princípios preconizados entre os direitos e garantias individuais como os princípios da liberdade de pensamento e expressão (Art. 5º, IV, IX) e os direitos autorais (Art. 5º, XXVII e XXVIII) não teriam sua melhor leitura caso fosse reconhecido um leque taxativo e exaustivo de bens culturais, que eventualmente excluíssem desse rol possibilidades, ainda que vindouras, de caracteres ou formas de expressão dos diferentes setores da cultura brasileira.

A segunda questão que merece ser destacada em razão da existência de um rol de bens culturais elencados no Art. 216 da CFB é posta quanto ao patrimônio natural ali mencionado (Art. 216, V), ou seja, a prevenção de que também constituem o patrimônio

cultural brasileiro os “sítios de valor ecológico”.⁴⁵ O prof. José Afonso da Silva citado por seu colega, o prof. Toshio Mukai, conceitua o meio ambiente como sendo a inteiração do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.⁴⁶ Segundo os professores da Universidade do Largo São Francisco, “o patrimônio cultural, artístico e histórico, hoje, entre nós, faz parte do meio ambiente e, como tal, como objeto de estudo, não pode deixar de ser considerado como um assunto específico pertinente ao meio ambiente”.⁴⁷

Também o prof. José Casalta Nabais entende que numa acepção bastante ampla, o chamado patrimônio natural constitui parte integrante do patrimônio cultural,⁴⁸ tal como é posto pela Convenção da UNESCO para “Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural”.⁴⁹ No entanto, ressalta o professor lusitano, esta não foi a postura adotada pela Constituição Portuguesa de 1976 que optou por separar as duas coisas, conforme se pode deparar no confronto do Art. 66 com o Art. 78. Essa distinção, que não é totalmente clara no Brasil, a princípio, parece ser o caminho mais adequado, tendo em vista que se trata de conteúdos que exigem, para uma proteção efetiva, uma compreensão e tratamento diferenciados.

Visto que, por hora, estamos discutindo a questão do patrimônio cultural ao nível constitucional, torna-se oportuno avaliar, no caso brasileiro, a pertinência em considerar os bens naturais como sendo componentes de um conceito amplo de patrimônio cultural, tal como o faz a CF/88 em seu Art. 216.⁵⁰ De antemão, entendemos não ser a melhor técnica, em termos normativos, a ser considerada, tendo em vista que o conteúdo deste dispositivo estabelece que constituem o patrimônio cultural da nação, dentre outros, os sítios de valor ecológico (Art. 216, V). Ora, não obstante o disposto nesse Artigo, existem outras passagens no Texto Magno, onde o meio ambiente e o patrimônio cultural são vistos de maneira distinta, como no caso do Art. 5º, LXXIII, que dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao *meio ambiente* e ao *patrimônio histórico e cultural*, e também o Art. 24, VII, que define a competência da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a responsabilidade por dano ao *meio ambiente*, ao consumidor, a *bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*.

Como dito anteriormente, nosso texto fundamental apresenta certas deficiências de ordem orgânico-sistemática que, haja vista, podem acabar comprometendo a eficaz proteção dos bens culturais como um todo. Uma coisa é a UNESCO trabalhar com um sentido amplo de patrimônio cultural, onde se inclua neste conceito também os bens naturais, afinal, suas convenções assumem o caráter próprio de orientações, diretrizes a

2003, p. 33-41.

⁴⁵ Cf. SILVA, José Afonso, *apud* MUKAI, Toshio. 2003. Op. cit. p. 2.

⁴⁶ V. NABAIS, José Casalta. *Considerações sobre o quadro jurídico do patrimônio cultural*. Separata de Estudos em Homenagem ao prof. dr. Marcello Caetano. Coimbra Editora. Coimbra, 2006, p. 729.

⁴⁷ Cf. *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel 1972*. Disponível em : [http://portal.unesco.org/br/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=D00TOPIC&URL_SECTION=201.html]. Acesso em 13/09/2007.

⁴⁸ O Brasil não é o único país onde isso ocorre. Também, na Itália o seu texto constitucional, opera com uma ideia ampla de patrimônio cultural que envolve, também, a salvaguarda dos bens de natureza ambiental (Art. 117, Constituição della Repubblica di 1947). No entanto, a doutrina daquele país critica esse entendimento unitarista ao apontar que “*Occorrerebbe cominciare a rilevare che la locuzione ‘dilexa dell’ambiente e del patrimonio naturale e culturale’, dal punto di vista scientifico è inappropriata, perché l’uomo, in ogni momento, crea, modifica, distrugge il proprio ambiente, il proprio patrimonio culturale, il proprio patrimonio naturale: sua opera è continua creazione così come è continua distruzione*.” Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Dilexa dell’Ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Ano XXI. Milano, 1971, p. 1122.

⁴⁹ Na América Latina, o México é um dos países pioneiros e também uma referência em matéria de proteção legal de seu patrimônio cultural. Talvez por isso é que se verifica nesse país que apesar das possibilidades de interseção legal entre os dois conteúdos — meio ambiente e bens culturais [“*It is understandable that natural phenomena can be of cultural importance, provided they are related in some way to pre-Hispanic cultures. This would be the case with regard to remains found during the excavation of such monuments*” (DELGADILLO, Norma Rojas. *Cultural Property Legislation in Mexico: Past, Present and Future*. In: Art and Cultural Heritage - Law Police and Practice. Cambridge University Press. New York, 2005, p. 117)] - o fato é que tanto constitucionalmente como ordinariamente, as matérias são tratadas de modo separado: *It is on the basis of the last constitutional reforms that Mexico seeks to regulate national cultural and environmental heritage issues separately, in manner discussed subsequently*.” Idem. p. 116-117

⁵⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 20 e ss.

⁵³ Cf. GOMES, Carla Amado. 2001. Op. cit. p. 358.

Também o prof. Miguel Nogueira de Brito entende que, "no âmbito dum conceito de cultura mais moderno, justifica-se pois a inserção, na categoria dos bens culturais, dos bens ambientais consistentes em coisas e quadros naturais com valor estritamente estético, pois a cultura do indivíduo deriva também da sua formação intelectual com vista ao aprofundamento da sua sensibilidade e, consequentemente, ao da colectividade." No entanto, esclarece o professor lusitano, esse entendimento se justifica mais pela "articulação" entre os bens culturais e naturais que pela conveniência de uma conceituação única dos termos. Cf. BRITO, Luis Miguel Nogueira de. *Sobre a Legislação do Património Cultural*. In: Revista Jurídica. n. 11 e 12. Jan/Jun, 1989. p. 165.

⁵⁴ "Ecology: The scientific study of the inter-relationships among organisms and between organisms, and between them and the all aspects, living and non-living, of their environment. Ernst Heinrich * Haeckel is usually credited with having coined the word "ecology" in 1866". ALLABY, Michael. *Concise Dictionary of Ecology*. Oxford. New York, 1994.

A palavra ecologia que é a peça-chave da expressão "sítios ecológicos" é tida como "uma subdisciplina da zoologia cujo objetivo é o de investigar as correlações entre todos os organismos que vivem juntos em uma mesma localidade e suas adaptações a seus ambientes" Cf. MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho*. 2 ed. Ecorama. Granada, 1992. Ou seja: fala-se em ecossistemas, em zoologia, em cadeias alimentares e foge completamente da proposta ensaiada pelo Art. 216 que é a de determinar o que vem a ser o patrimônio cultural brasileiro.

⁵⁵ Neste sentido, o prof. Hely Lopes Meirelles critica e ressalta que "ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há um equívoco nesse procedimento. O tombamento não é instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29 ed. Malheiros, São Paulo, 2004. p. 552.

⁵⁶ GOMES, Carla Amado. 2001. Op. cit. p. 358 e ss.

⁵⁷ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções*. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. n. 1. IDUAL. Coimbra, Junho/1994. p. 11-22.

⁵⁸ O prof. J. J. Gomes Canotilho, em estudo dedicado à consciência ecológica dos juristas modernos, bem trabalha a questão da juridicização da ecologia e da ecologização do direito como forma de entender e orientar a busca por um

serem atingidas pelos Estados signatários, que são os entes competentes para materializar tais pressupostos, outra coisa é o texto fundamental de um Estado de Direito que acabe por cindir dois conteúdos de natureza tão distintas.⁵¹ A esse respeito, o prof. José Afonso da Silva inclusive reforça a distinção entre os dois bens jurídicos e afirma que a proteção do patrimônio cultural exige uma emissão de valor sobre o que é ou não importante e merecedor de ser resguardado pelo direito, diferente do meio ambiente equilibrado, que independe de qualquer juízo de valor ou hierarquização.⁵²

O patrimônio natural também ganha sentido a partir da ação e o olhar humano. Em várias situações, incorpora um sentido histórico importante para determinada civilização ou se agrega à paisagem artificial de uma sociedade; no entanto, sob essa perspectiva, estamos de pleno no âmbito do Direito do Patrimônio Cultural, ramo jurídico que tutela valores da civilização.⁵³ Acontece que o Inciso V do Art. 216, da CFB, não versa sobre as paisagens naturais e sim sobre sítios ecológicos,⁵⁴ o que acaba por contaminar o dispositivo sem ao menos possibilitar um entendimento mais apropriado. Trata-se mesmo de uma tentativa de considerar os bens naturais (em sentido *stricto*) como sendo parte integrante do patrimônio cultural, o que, no nosso entender, confunde e prejudica a tutela tanto do de um como de outro.⁵⁵

Ao analisarmos a legislação infraconstitucional de tutela ao patrimônio cultural, no "Capítulo II" deste estudo, teremos a oportunidade de trabalhar melhor esse problema posto entre a cisão de conteúdos e tratamento dos bens culturais e bens naturais (reduzido ao seu núcleo próprio). Adianta-se entretanto que, tal como afirma a prof^a. Carla Amado, "o Direito do Patrimônio Cultural tutela a memória de um povo, o passado, enquanto o Direito do Ambiente visa assegurar, de forma indireta, a sobrevivência física dos membros de uma comunidade, atuais e vindouros. Entendê-los unitariamente é misturar a finalidade de proteção de valores civilizacionais com valores ecológicos, obra humana com obra natural".⁵⁶

A ordem constitucional inspira, vincula e convalida a legislação ordinária. O prof. Freitas do Amaral realça a importância de se distinguir bem as categorias do Direito do Ambiente e do Urbanismo, assinala que o patrimônio cultural possui pontos em comum e constantemente é trabalhado conjuntamente com as políticas ambientais, no entanto, ainda que seja óbvia e necessária a interdisciplinaridade entre essas matérias, a respectiva qualificação de cada uma delas de modo isolado se justifica por razões de ordem prática no que tange: A) efeitos de interpretação da lei; B) efeitos de integração das suas lacunas; e C) efeitos de apuramento dos "meios de garantia" utilizáveis pelos particulares.⁵⁷ Logo, é com base nestes fundamentos, e ainda considerando que o Brasil é um dos poucos

casos, senão o único, onde se optou por expressamente destacar os bens ecológicos como componentes do patrimônio cultural, é que entendemos ter sido falha a técnica redacional do legislador originário⁵⁸ que, inclusive, já surte reflexos no ordenamento interno.⁵⁹

“Estado democrático de ambiente”. Nessa reflexão o professor de Coimbra aponta para o problema mais grave da juridificação da ecologia, como sendo uma das principais preocupações das correntes ecológicas puras, e na qual os problemas ambientais passam a ser problemas essencialmente jurídicos. V. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Juridificação da ecologia e da ecologização do Direito*. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. n. 4. Coimbra, dezembro/1995. p. 69-79.

⁵⁹ Questão que não será trabalhada por hora, mas que se mostra como um bom exemplo dos complicadores criados em razão do tratamento idêntico dispensado aos bens culturais e aos bens naturais (reduzidos ao seu núcleo próprio), é a confusão terminológica e orgânica que se apresenta na Lei 7.505/86. Essa norma dispõe sobre os benefícios fiscais, na área do imposto de renda, concedidos a operações de caráter cultural ou artístico, e preceitua no Art. 2º, que é considerada atividade cultural, sujeita à regulamentação e critérios do Ministério da Cultura: “XVI - criar, restaurar ou manter jardins botânicos, parques zoológicos e sítios ecológicos de relevância cultural.” Ora, o que entender por “sítios ecológicos de relevância cultural”? De acordo com a resolução CONAMA nº 004, de 18 de junho de 1987 (que declara diversas unidades de conservação como sítios ecológicos de relevância cultural), cominada com o Art. 3º da Lei 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro), nota-se que estes são, dentre outros, florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a vários fins como atenuação de erosão de terras, fixação de dunas, asilo de exemplares da fauna ou da flora ameaçadas de extinção, etc., ou seja, são exatamente os bens ecológicos tidos por seu núcleo duro. Disso tudo, conduziu-se: Uma lei de isenção fiscal para operações de caráter cultural ou artístico, que fixa atividades sujeitas à regulação do Ministério da Cultura e que inclui entre essas atividades elementos intimamente específicos do âmbito ambiental, cujo único órgão competente para regular é o Ministério do Meio Ambiente. Não obstante a antiguidade da legislação mencionada, que ainda permanece em vigor, o Decreto nº 1.474/95, que estabelece a sistemática de execução do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), insiste em conceituar o patrimônio cultural como sendo: “Art. 3º. Para efeito da execução do Pronac, consideram-se: (...) VIII - patrimônio cultural: conjunto de bens materiais e imateriais de interesse para a memória do Brasil e de suas correntes culturais formadoras, abrangendo o patrimônio arqueológico, arquitetônico, arquivístico, artístico, bibliográfico, científico, ecológico, etnográfico, histórico, museológico, paisagístico, paleontológico e urbanístico, dentre outros”.

⁴⁰ Nos exatos termos do Inciso V, do Art. 216: “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”, e ainda que o conceito de edificação seja um conceito amplo, este não engloba nem os bens paleontológicos (próprios aos animais e vegetais fósseis), nem os bens ecológicos, conforme debate tido no Item 1.3; e também não compreende os bens arqueológicos, visto que, segundo o Art. 2º da Lei 3.924/61, estes são os bens que representam a cultura dos paleoamericanos do Brasil e estão mais próximos à ideia de paleontologia.

⁴¹ A versão original do texto em francês fala em “*les monuments, les ensembles, les sites*”.

⁴² No Brasil, há ainda a Decisão Normativa nº 80, de 25 de maio de 2007 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CEFEA) que dispõe sobre os procedimentos para a fiscalização do exercício e das atividades profissionais referentes a monumentos, sítios de valor cultural e seu entorno ou ambiência. Nessa norma, que foi elaborada em conformidade com a Carta de Veneza (Carta Internacional sobre Conservação e Restauração dos Monumentos e Lugares - 1964), a Carta de Lisboa (Carta da Reabilitação Urbana Integrada - 1995), a Convenção de Paris (Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural - 1972), o Decreto-Lei nº 25/37, e o Decreto nº 1.494/95, dentre outros, o CEFEA conceitua e classifica o patrimônio cultural edificado, distinguindo-o em bem cultural, entorno, monumento, patrimônio cultural e sítio de valor cultural - o que é diferente de usar uma expressão tão imprecisa como “sítio”.

⁴³ Esse confronto se faz necessário à medida que não existe uma legislação específica, em nível federal que defina, ou ao menos classifique, o patrimônio cultural edificado, diferentemente do que ocorre em Portugal onde por meio do Art. 15º da Lei nº 107/2001 coninado com o Decreto do Presidente da República nº 5/91 (incorpora o disposto na Convenção de Granada) define e classifica todos os bens imóveis de natureza arquitetônica.

⁴⁴ Importante destacar que, como a Convenção de Paris de 1972 trata do patrimônio cultural da humanidade, as definições de monumento, con-

2 O Patrimônio Cultural Edificado

2.1 O patrimônio cultural edificado na Constituição Federal do Brasil

Levantados alguns aspectos pertinentes quanto ao tratamento constitucional que é dispensado à cultura e ao patrimônio cultural (em sentido *stricto*), chegamos ao núcleo duro deste trabalho ao discutirmos agora o patrimônio cultural edificado, e, para já, cabe identificarmos qual é o seu objeto principal de estudo. Nos termos do Art. 216, Incisos IV e V, da CFB, podemos aferir que envolvem as edificações e demais espaços vinculados a manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico e artístico.⁶⁰

No Brasil, o Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977, que promulgou a Convenção de Paris de 23 de dezembro de 1972, incorporando-a ao ordenamento jurídico pátrio, classifica o patrimônio cultural em monumentos, conjuntos e lugares notáveis. Interessante notar que essa denominação adotada pelo Decreto para distinguir os bens culturais imóveis, e que corresponde ao texto da Convenção de Paris, não é a mesma encontrada na tradução portuguesa feita pela própria UNESCO e que fala em monumentos, conjuntos e sítios.⁶¹ Desse modo, e apesar da ambiguidade, é preferível o uso do termo empregado pelo Decreto em causa (que fala em lugares notáveis) ao encontrado na tradução proposta pela UNESCO (sítios), visto ser aquele um conceito mais objetivo e próximo do que se pretende, de fato, resguardar.⁶²

Sendo assim, e visto que a proposta deste estudo é trabalhar especificamente com o patrimônio cultural edificado, cabe então confrontar ainda o disposto no Decreto nº 80.978/77 com a Decisão Normativa nº 80, de 25 de maio de 2007, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (que também conceitua a matéria) para então falarmos em três categorias distintas de bens culturais edificados,⁶³ quais sejam: a) os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pinturas monumentais, tombados ou não, reconhecidos pelo significado às gerações presentes e futuras e que tenham um valor do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; b) os conjuntos: grupos de

construções isoladas ou reunidas que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; c) e os lugares notáveis: conjunto de edificações ou conjunto de edificações conjugado com a natureza que, por sua unidade e homogeneidade, possua, por si mesmo, valor histórico, artístico, documental ou arqueológico, incluindo os centros históricos de cidades, conjuntos urbanos fortificados e ainda perspectivas e tramas urbanas necessárias à valorização ou ambientação de monumentos de valor cultural.⁶⁴

O direito ao patrimônio cultural edificado, reflexo dos demais direitos que salvaguardam os bens culturais, está expressamente disposto no catálogo de direitos “Da Ordem Social”, o que não deixa de ser uma surpresa, já que não há nenhuma menção direta (ainda que dispondo genericamente) à sua tutela entre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, se limitando o Inciso LXXIII do Art. 5º a prescrever que a Ação Popular é instrumento hábil para proteger também o patrimônio histórico e cultural.⁶⁵

Já no título III (da Organização do Estado), os Artigos 23, 24 e 30 estabelecem regras de competência administrativa e legislativa nos três níveis do poder federado, inclusive em matéria de patrimônio cultural, sendo que, entretanto, existe uma certa incongruência dentro do texto constitucional sobre a possibilidade ou não de os Municípios legislar em nessa matéria,⁶⁶ ponto que será mais bem discutido adiante.

Em se tratando dos bens edificados, o seu valor cultural se expressa, inevitavelmente, sobre um suporte físico palpável, o que via de regra envolve a propriedade de alguém, seja o bem público ou privado. No caso dos bens culturais imóveis, visto sua natureza própria, é de veras comum a discussão entre o seu valor cultural e os interesses relacionados a propriedade deste suporte físico⁶⁷ e, sendo assim, importante é verificar o tratamento constitucional que é dispensado ao instituto da propriedade e como essa é relacionada ou limitada pelos demais interesses que envolvem a sua simples existência, especialmente os interesses culturais. No Brasil, a Constituição Federal, nos Incisos XXII e XXIII, refere-se respectivamente ao direito de propriedade e ao seu condicionamento à função social.⁶⁸ Já no capítulo “Da Ordem Econômica e Financeira”, a Carta Magna preceitua (Art. 170) que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, observados os princípios da propriedade privada e da sua função social, dentre outros.

Sendo assim, um levantamento, ainda que sucinto, dos dispositivos constitucionais próprios do patrimônio cultural edificado não pode relevar os artigos relacionados ao direito de propriedade e, a partir daí, constatar que o seu exercício, sobre os bens culturais, é impregnado de um sentido e um valor social. Entretanto, deixemos esse debate para a

junto e são atendem aqui a um critério de valor “universal” e “excepcional” do ponto de vista da história, da arte e da ciência, entretanto, numa perspectiva jurídica interna nacional, não faz sentido tutelar apenas os bens de excepcional valor universal. A própria interpretação constitucional da matéria prevê a salvaguarda de todos os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e é neste sentido que se faz necessária a devida adaptação do teor da Convenção para fins de considerar também os bens culturais edificados de interesse regional e local.

⁶⁴ Diferentemente do que se passa em Portugal, onde a Carta Magna lusitana fixa como princípio e tarefa fundamental do Estado: “proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português.” (Art. 9º).

⁶⁵ V. Item 2.1.2.

⁶⁶ “De fato, saindo do sentido amplo e abrangente de “Cultura” para chegarmos a conceituações aceitas hodiernamente, chegaremos sempre ao sentido social da sua valoração com as consequências inevitáveis sobre o direito de propriedade dos bens que figurarem como seu suporte, seu objeto”. SOUZA, Washington Peluso Albino. Op. cit. 1993. p. 127. Seguindo essa mesma linha: “A consideração dos bens culturais como valores em si, prescindindo-se do seu eventual valor econômico, a chamada funcionalização dos bens culturais, dentre outros fatores, tornam necessária a procura de novas bases para o conceito de patrimônio cultural, integrativo de tais bens. Não é já possível cindir a expressão nos seus termos, considerando o “cultural” como um mero atributo, com implicações essencialmente ao nível do direito administrativo, dum patrimônio jurídico em sentido próprio composto por coisas corpóreas e incorpóreas”. Idem. p. 129.

⁶⁷ No Item 3.1 teremos oportunidade de trabalhar essa faceta do direito de propriedade do bem cultural e a sua vinculação ao bem-estar social.

⁶⁸ Vide nota 04.

⁶⁹ CF/88, Art. 215 “. . . pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”.

⁷⁰ “Por ‘valorizar’ entende-se substituir a imagem de desprestígio, obsolescência, decadência, atraso ou inutilidade que, frequentemente, é associada a certos componentes do patrimônio cultural, mormente do patrimônio cultural urbano, por outra que reflita com mais propriedade a dimensão social, cultural, histórica, estética, técnica, esportiva ou a forma de que se revestem”. SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 150.

⁷² Para uma ideia geral sobre a sustentabilidade do patrimônio cultural, V. SILVA, Suzana Tavares. *Para uma Nova Dinâmica do Patrimônio Cultural: o Patrimônio Sustentável*. In: Direito do Patrimônio Cultural e Ambiental. Câmara Municipal de Sintra. Sintra, 2006.

⁷³ Tal como já teve oportunidade de expor o prof. Casalta Nabais ao tratar da terminologia adequada para o tema “Direito do patrimônio cultural”. NABAIS, José Casalta. Op. cit. 2006. p. 728 e ss.

⁷⁴ Nos termos do Art. 129, III, da CF, que define como função do Ministério Público: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁷⁵ Sobre a Ação Civil Pública e a responsabilidade objetiva do agente causador da degradação, V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Civil Pública em Matéria Ambiental e Denúncia da Lide*. In: Revista da Faculdade de Direito. V. 97. São Paulo, janeiro/dezembro de 2002. p. 313-322.

“Dentre os vários interesses difusos cuja tutela é prevista expressamente em nível constitucional temos: assistência à maternidade, infância e adolescência (Art. 203, I e II); ensino primário gratuito (Art. 208, I); proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico (Art. 216 e § 1º); a propriedade como função social (Art. 170, III)”. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir*. 4. ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997. p. 98.

⁷⁶ V. LEITE, José Rubens Morato Leite e DANTAS, Marcelo Buzaglio. *Algumas Considerações acerca do Fundo para Reconstrução dos Bens Lesados*. In: Lusitana - Revista de Ciência e Cultura. n. 02. Coimbra, 1998. p. 515-527.

⁷⁷ Nos termos do Art. 5º, LXXIII, da CF: “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”.

⁷⁸ A título de comparação, a Constituição Portuguesa também traz o direito de “ação popular”, de natureza condenatória e a legitimar todos os cidadãos quanto a sua propositura visando, entre outros, à salvaguarda do “ambiente e do patrimônio cultural” (Art. 52º, 3).

⁷⁹ Cominado com o Inciso VI, do Art. 24, da CF/88 que diz: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de

seção seguinte e passemos a esmiuçar outros aspectos constitucionais próprios dos bens culturais edificados, dentre os quais, os sujeitos titulares de direitos/deveres, os princípios fundantes e a competência legislativa para a matéria.

2.1.1 Sujeitos titulares de direitos e deveres

Pode-se dizer, de modo geral, que tanto o Estado⁶⁹ como a sociedade são titulares de direitos e deveres em matéria de patrimônio cultural. Como sujeito ativo dessa relação, a sociedade tem direito principalmente à fruição e criação cultural⁷⁰ – fruição que significa o direito a ter o patrimônio cultural edificado conservado, preservado e valorizado⁷¹ –, direito ao acesso a esses bens (condicionado à reserva do possível) e ainda direito à sua gestão democrática. Este último aspecto é seguramente um dos pontos-chave desta análise e será mais bem analisado no decorrer deste estudo sob a ótica da “sustentabilidade do patrimônio cultural edificado”.⁷² Já a ideia de criação cultural passa pela compreensão de um patrimônio dinâmico e aberto, onde não apenas aquilo que é herdado dos nossos antepassados merece ser resguardado, como também importante estimular e criar meios para que se enriqueça esse legado às gerações futuras.⁷³

Para fazer valer esse direito à fruição e criação cultural, a Constituição Brasileira se encarregou de destacar mecanismos específicos de tutela dos bens culturais, dentre eles, a “ação civil pública⁷⁴”, que é o instrumento hábil a condenar aquele (sujeito de direito público ou privado) que em razão de uma *actio ou omisio*, causa lesão, *in verbis*, a um bem cultural edificado, como uma das possibilidades de direito difuso/coletivo.⁷⁵ Nesse caso, o legitimado ativo a propor a ação é o Ministério Público (também determinadas pessoas jurídicas públicas ou privadas elencadas em lei), e a melhor interpretação da Lei 7.347/85 (disciplina a ação civil pública), sugere, nesse caso, que se busque “sempre, em primeiro lugar, a recomposição do bem ao estado em que este se encontrava antes de ter sofrido a lesão. Apenas na impossibilidade de o fazê-lo, é que deverá ser então imputada a condenação pecuniária ao sujeito causador do dano”.⁷⁶ Desse modo, conclui-se, ainda, que a ação civil pública possui natureza primordialmente sancionatória, seja por impor a reparação do dano causado, seja por determinar a sua compensação financeira.

Outro instrumento constitucional de tutela do patrimônio cultural edificado é a “ação popular”,⁷⁷ que legitima todo cidadão a propor “ação 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”. Nesse caso, o sujeito passivo será sempre o poder público ou os entes com funções públicas delegadas ou equiparadas (Art. 1º da Lei 4.717/65) onde a ação/omissão lese, *in verbis*, o patrimônio cultural edificado, como bem coletivo, por assim dizer patrimônio público. Difere-se da “ação civil pública” por ter natureza não condenatória, e sim declaratória, por estar dirigida essencialmente aos atos da Administração Pública, ou entes com funções públicas delegadas ou equiparadas e por possibilitar a sua propositura por qualquer cidadão brasileiro.⁷⁸

É oportuno destacar ainda o disposto no § 4º, do Art. 216, da CR,⁷⁹ que prescreve que “os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”. Aqui, o texto constitucional deixa ao legislador ordinário a tarefa de determinar as condutas e hipóteses que se constituem como lesivas ao patrimônio cultural, inclusive o edificado, e as sanções a serem aplicadas em cada caso.⁸⁰ No Brasil, há mesmo várias leis que impõem punições às condutas mencionadas, no entanto, já que teremos a oportunidade de comentar a matéria em um tópico específico, por hora, assinala-se apenas a existência dos seguintes ordenamentos com aspectos sancionatórios: 1) Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais; 2) Decreto-Lei 2.848/40 – Código Penal Brasileiro (Arts. 165 e 166); 3) Lei 4.845/65 – Proíbe a saída de obras de arte e ofícios produzidos no país; 4) Decreto-Lei 25/37 – Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.⁸¹

Ainda sobre a legitimidade processual em matéria de patrimônio cultural, não resta dúvidas que o principal sujeito a figurar no polo passivo dessa relação jurídica é o próprio Estado.⁸² Primeiro, na qualidade de proprietário de bens culturais edificados, cabendo-lhe o dever de conservação, restauração e valorização desses bens como forma de cumprir a função social própria deles;⁸³ segundo, em razão das normas que se destinam a toda coletividade em termos de dever de salvaguarda do patrimônio cultural (como o dispositivo que prevê a punição do agente causador de dano, seja ele pessoa de direito público ou privado - § 4º, Art. 216) e, por fim, em razão das normas específicas, diretamente a ele direcionadas, e que o vinculam a uma obrigação de agir, como no caso do poder/dever de polícia;⁸⁴ nas hipóteses em que deve estabelecer os planos nacionais de cultura;⁸⁵ ou mesmo quando da obrigação de proteger as manifestações populares, indígenas e afro-brasileiras (§ 1º, Art. 215).⁸⁶

Ponto controverso e que exige um maior esforço hermenêutico é quanto ao dever da sociedade de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural. Afinal, uma coisa é o dever de não o destruir, sob pena de punição, nos moldes da legislação aplicável (§ 4º, Art. 215) ou, ainda, o dever de o preservar e conservar, próprio do proprietário do bem

valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e com o Inciso XII, do Art. 5º: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁷⁸ Neste sentido, interessante o trabalho do autor José Joaquim Fernandes Oliveira Martins que analisa de forma detalhada o crime de dano ao patrimônio cultural. V. MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira Martins. *Dano Qualificado contra o Patrimônio Cultural*. Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Inédita. Coimbra, 2000.

⁷⁹ Outro instrumento jurídico constitucional que se presta a proteção do bem cultural edificado é o mandado de inibição (Art. 5º, LXXI da CF/88), que será oportunamente comentado no Item 4.1, do Capítulo I.

⁸⁰ A começar, como já foi dito, pela própria “ação popular” que, por sua natureza, se destina justamente aos atos/omissões tidos pelo Poder Público e que atentam, também, contra o patrimônio cultural, *in verbis* edificado.

⁸¹ Sobre a função social da propriedade na CF/88, vide: Art. 5º, XXIII; Art. 170, III; e Art. 182, § 2º.

⁸² Em termos gerais, o prof. Alonso Pérez Moreno caracteriza o papel da Administração Pública, previsto na Constituição (no caso, espanhola), como sendo de “*atenciones estáticas de policía*” e “*interacción entre un patrimonio cultural en movimiento*”. O primeiro vincula-se ao papel do Estado-polícia de proteção e salvaguarda do patrimônio cultural já constituído, limitando e fiscalizando o direito de propriedade em razão do valor cultural que carrega o bem edificado. O segundo papel do Estado prende-se ao incentivo e ao oferecimento de meios para a criação constante desse patrimônio cultural, no caso, edificado. MORENO, Alonso Pérez. *El Postulado Constitucional de la Promoción y Conservación del Patrimonio Histórico Artístico*. In: Revista de Derecho Urbanístico. nº 119. Julio-Agosto-Septiembre/1990.

⁸³ O § 3º, do Art. 215 foi recentemente inserido na CF/88 por meio da Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. Nele é instituído o Plano Nacional de Cultura que visa ao desenvolvimento cultural do País e a integração das ações do poder público que conduzem à defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; valorização da diversidade étnica e regional.

Como este Plano Nacional de Cultura depende de regulamentação para ser estabelecido, existe hoje,

em tramitação na Câmara dos Deputados, o PL 6.835/2006, que tem como um dos cinco eixos temáticos principais a questão do patrimônio cultural, sua preservação, valorização, fomento, democratização e, principalmente, sua gestão.

⁸⁶ A título de comparação, em Portugal, o seu texto fundamental é bem mais enfático ao imputar uma obrigação direta do Estado para com o patrimônio cultural. Isso é claramente visto no Art. 78, n.º 2, Alínea c), que diz ser incumbência do Estado “promover a salvaguarda e a valorização do patrimônio cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”. Como se não bastasse, o Art. 9.º, Alínea e), estabelece ainda ser “dever fundamental do Estado proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português”.

⁸⁷ Ver Nota 67.

⁸⁸ A Constituição Portuguesa, em seu 78, 2, traz disposição semelhante ao prescrever que incumbe ao Estado, “em colaboração com todos os agentes culturais”, uma série de obrigações em termos de acesso, fruição, preservação, incentivo e política cultural. Inclusive, no comentário que os profs. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira fazem ao Art. 78, é ressaltado que há: “A) um dever de todos de não atentar contra o patrimônio cultural e de impedir a sua destruição; B) um dever do Estado de não o destruir e defender; e C) um direito de todos os cidadãos de o defender, impedindo a destruição dele”. CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, Vital. 1993. Op. cit. p. 378. Nota-se, nessa passagem, que, segundo os autores, não há um dever da comunidade (ainda que sejam os agentes culturais civis) que vá além da obrigação de não destruir e impedir a destruição do patrimônio cultural.

Já a prof. Carla Amado, a respeito da situação portuguesa, diz “existir uma imediata corresponsabilização de todos os cidadãos e entidades públicas e privadas na defesa e valorização dos bens culturais, materializada, quer na obrigação genérica de *non facere* — não provocar danos no patrimônio existente —, quer no específico chamamento do Estado às suas responsabilidades de promoção cultural”. (GOMES, Carla Amado. *O Patrimônio Cultural na Constituição (Anotação do Artigo 78º)*. In: Perspectivas Constitucionais - Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Separata do Vol. I. Coimbra Editora. Coimbra, 1996. p. 342). Acrescenta-se, com base nesse entendimento, o disposto expressamente no Art. 78, n. 1, da CRP, que diz que “todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural”.

⁸⁹ Tal como sugere José Afonso da Silva ao falar em uma dupla dimensão do direito à cultura: de

imóvel, a fim de que se cumpra a função social da propriedade cultural edificada (Art. 5.º, XXIII cominado com o Art. 182, § 2.º), outra é saber se há um dever da sociedade em valorizar o patrimônio cultural edificado ou mesmo enriquecê-lo, nos dizeres do prof. Casalta Nabais.⁸⁷

No Brasil, o único dispositivo constitucional que se aproxima de tal proposição é o § 1.º, do Art. 216, que dispõe que “o poder público, em colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.”⁸⁸ E aqui é que surge o principal dilema do que até agora se discutiu. Existe um dever de colaboração da sociedade para com o patrimônio cultural? Se existindo, os que assim o entendem, devem avaliar outros três problemas distintos a saber: A) o da imprecisão do termo colaboração, B) o *quantum* devido de colaboração e C) a respeito dos mecanismos de coerção aplicáveis no sentido de fazer valer tal obrigação.

Ora, em nosso entendimento, o que se passa é exatamente o contrário. No caso, o § 1.º, do Art. 216, é dirigido ao Estado como forma de fixar a democratização e a participação coletiva na salvaguarda do patrimônio cultural, especialmente no que tange a eleição e gestão deste. Trata-se de uma norma de caráter negativo, que veda ao Poder Público o monopólio na administração e conservação dos valores culturais da sociedade. E sob essa perspectiva, surgem duas vertentes distintas de colaboração social.⁸⁹ Primeiro, por meio do exercício do direito de “ação popular”, questionando as ações/omissões da Administração Pública quando estas acabem por lesar o patrimônio cultural, *in verbis*, o edificado; segundo, conferindo o direito/faculdade de participação popular nas propostas públicas de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, bem como permitir/estimular a sua organização em associações e demais entidades civis dedicadas à matéria. Em termos práticos, significa a abertura à participação privada nos órgãos públicos ligados à administração dos bens culturais, a possibilidade e fomento quanto a criação de entidades civis ligadas à proteção/promoção do patrimônio cultural e, ainda, a realização de audiências públicas quando da elaboração de políticas comuns, planos diretores ou nos procedimentos de tombamento.⁹⁰

2.1.2 Competência legislativa entre a União, Estados e Municípios

Outro ponto de embate na doutrina nacional e que merece, além de uma exposição sistemática, a problematização da questão diz respeito à competência político-admi-

nistrativa e legislativa entre as unidades federadas, fixada constitucionalmente, em termos de proteção/administração do patrimônio cultural.

O Art. 23 da Constituição diz que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”. Para além disso, como já foi visto, o Art. 216 também prevê esse mesmo encargo a todos os níveis do Poder Público.⁹¹ Portanto, a competência administrativa de tutela dos bens culturais é comum a todos os entes, o que não significa que os seus esforços tenham que recair sobre os mesmos bens culturais nas três esferas de Governo. O prof. Toshio Mukai salienta, inclusive, que em razão das competências autônomas e exclusivas da própria disposição constitucional – já que o Brasil é uma federação, nos termos do Art. 18 da CF –, significa dizer que “a União deve efetuar a proteção e preservação de bens de interesse artístico, cultural nacional; os Estados-membros, de bens de interesse regional – estadual e os Municípios, de bens de valor histórico, artístico e cultural local”.⁹²

O Parágrafo Único do Art. 23 diz que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Essa “cooperação”, segundo ainda o prof. Toshio Mukai,⁹³ significa a efetividade do federalismo cooperativo, em que respeitada a autonomia administrativa e legislativa de cada ente federado, nada impede que ações conjuntas sejam firmadas em prol de uma maior proteção e promoção do patrimônio cultural. E mesmo que nenhuma Lei Complementar tenha sido editada, até o momento, no sentido de estabelecer estas regras de cooperação, *in verbis*, a favor do patrimônio cultural, existem exemplos concretos no país onde se nota um esforço e um estímulo mútuo entre as unidades federadas com vistas à salvaguarda dos bens culturais. É o que acontece, por exemplo, no caso do estado de Minas Gerais, que por meio da Lei estadual 12.040/95 (popularmente conhecida como Lei Robin Hood), o governo mineiro estabelece como critério para repasse dos recursos previstos no Inciso II, do Parágrafo Único, do Art. 158 da CF⁹⁴ (sobre o ICMS) a relação percentual entre o índice de patrimônio cultural do município e o somatório dos índices para todos os municípios do estado,⁹⁵ o que, de certo modo, não deixa de ser um ato de cooperação integrado.

Se por um lado essa competência administrativa concomitante entre os entes federados pode trazer benefícios comuns na tutela dos bens culturais, por outro, pode acabar sendo causa de divergências (justamente por não haver uma legislação complementar reguladora). É o que acontece, por exemplo, na hipótese em que o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) impede uma obra na qual o município – ente competente para gestão urbana – deferiu licença para sua realização.⁹⁶ Nesse caso,

um lado o direito cultural é encarado como *norma agendí*, ou seja, como o dever do Estado garantir o pleno exercício dos direitos culturais e, de outro, o direito cultural como *facultas agendí*, que significa que o interessado, em certa situação, tem o direito de reivindicar esse exercício e o Estado tem o dever de possibilitar tal manifestação cultural. SILVA, José Afonso. 2001. Op. cit. p. 48.

⁹¹ É exatamente o que sugere o prof. Eros Roberto Grau quando destaca que a dogmática administrativista deve pautar-se não apenas na resolução de conflitos postos na relação entre Administrador e Administrando, mas principalmente no estudo de políticas públicas de gestão e voltadas sempre para o interesse social. GRAU, Eros Roberto. 2002. Op. cit.

⁹² É com base nesse entendimento de encargo indeclinável e intransferível comum às três esferas do poder federal, que recentemente foi julgado pelo STF a inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.380, de 3 de novembro de 1999 do estado do Rio Grande do Sul. No dispositivo estadual estava estabelecido que: “Art. 1º - Os sítios arqueológicos, bem como seu acervo, existentes no Estado, ficam sob a proteção, guarda e responsabilidade dos municípios em que se localizam”.

Segundo o STF, a competência comum não significa a possibilidade do Estado em delegar a responsabilidade pelo patrimônio cultural, no caso os bens arqueológicos, unicamente aos municípios. Ao contrário, significa ser esta responsabilidade irrenunciável das três entidades federativas. STF. ADI 2544/RS - Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julg. em 28/06/2006.

O prof. Queiroz Telles ressalta aqui dois tipos de competências: a legislativa e a administrativa, sendo certo que esta última é comum às três esferas do poder público. TELLES, Antônio A. Queiroz. *Do Tombamento e seu Regime Jurídico*. RT. São Paulo, 1992. p. 90.

⁹³ MUKAI, Toshio. 2003. Op. cit. p. 33-41.

No Brasil, visto que é possível o tombamento de um mesmo bem cultural nas três esferas do poder federado, a princípio, quaisquer alterações em tais bens devem ser notificadas e previamente autorizadas, se for o caso, nos respectivos órgãos de gestão do PC. Já em Portugal, de acordo com a Lei 107/2001, a classificação de um bem como sendo de interesse nacional extingue outras classificações menores existentes. V. GOMES, Nuno Sá. *Os Incentivos Fiscais na Tributação do Patrimônio Cultural*. In: Revista de Direito da Universidade do Porto. Ano III. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.

⁹⁴ MUKAI, Toshio. 2003. Op. cit. p. 33-41.

⁹⁵ O Art. 158, inserido na Seção VI “Da repartição das receitas tributárias”, da CF estabelece: “Art.

158. Pertencem aos Municípios: (...) IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal”.

⁹⁵ Este índice é fornecido pelo Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico — IEPHA —, da Secretaria de Estado da Cultura, com apuração anual e regras específicas estabelecidas de acordo com o Anexo I e III da Lei 12.040/95.

Basicamente esse índice leva em consideração o volume do patrimônio tombado a nível federal, estadual e municipal, conferindo maior importância, obviamente, ao volume de bens tombados nas esferas federal e estadual. Considera ainda a existência de planejamento e de política municipal de proteção do patrimônio cultural como fator para apuração do *quantum* a ser repassado.

⁹⁶ Este exemplo pauta-se em um caso análogo, onde o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) impediu obra cuja licença tinha sido deferida por órgão estadual de controle ambiental. De acordo com decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a dita licença não exclui a possibilidade de que o IBAMA, no exercício da competência prevista no Art. 23, VI, da Constituição, venha a impedir a realização da obra, ainda mais porque ela afeta área de preservação permanente, nos termos da Lei Federal 4.771, de 1955. (TRF-4ª Reg. DJU 15.4.92, p. 9532, Ap. Em MS 9104040600, Rel. Juiz Sílvio Dobrowski). In: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil - Anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 276.

⁹⁷ O prof. Walter Ceneviva, a despeito do assunto, ressalta que há na Carta Magna competências administrativas ou legislativas reservadas exclusivamente para cada um dos níveis de governo. (...) Cabe ao Poder Judiciário a competência exclusiva para dizer da constitucionalidade das leis e dos atos da administração dos vários entes federados”. CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 120 e ss.

⁹⁸ A Emenda Constitucional nº 53, de 2006, substituiu a expressão “lei complementar fixará” por “leis complementares fixarão” no Parágrafo Único do Art. 216.

⁹⁹ Em algumas oportunidades, nota-se que a doutrina crítica o disposto no Parágrafo Único do Art. 23 - CR. Segundo o professor emérito da UFMG,

a decisão sempre poderá ser apreciada pelo judiciário, entretanto, com base no princípio da predominância do interesse para a atribuição constitucional de competências, deve-se levar em consideração o interesse (nacional, estadual e municipal) de cada um dos órgãos federados envolvidos e, persistindo esse interesse comum, necessário será o requerimento da devida autorização nos respectivos níveis do poder federado envolvidos com o objeto em causa⁹⁷. Ademais, nesse caso, cabe sempre observar se existe alguma legislação infraconstitucional aplicável. Verdade é que o legislador constituinte ao incluir o Parágrafo Único do Art. 23, estabelecendo que leis complementares⁹⁸ fixarão normas de cooperação entre os entes federados, visava justamente evitar a ocorrência de conflitos positivos ou negativos no desenvolvimento das tarefas definidas,⁹⁹ para que houvesse um verdadeiro “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”,¹⁰⁰ entretanto, como tal legislação não foi editada até o momento, resta apenas a motivação e a expectativa que o legislador ordinário assumira esse encargo o quanto antes.

Se União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência político-administrativa comum em termos de promoção e proteção do patrimônio cultural, o mesmo não ocorre quanto à competência legislativa, ou seja, a competência para legislar sobre a matéria, que neste caso é concorrente. O Art. 24 da CF prescreve que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII. proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”.¹⁰¹ Interessante notar que o Artigo não faz menção aos Municípios, que a princípio não teriam competência para legislar em matéria de proteção ao patrimônio cultural, entretanto, a partir de uma análise sistemática do próprio Título em causa “Da Organização do Estado”, é possível constatar o contrário. Diz o Art. 30 da CF: “Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local”. Em seguida, a respeito dos interesses de cunho local, dita o Inciso IX do mesmo Artigo: “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. Portanto, conclui-se que aos Municípios restou uma competência residual em termos de atividade legislativa em matéria de patrimônio cultural, ou seja, observada a legislação federal e estadual e desde que o conteúdo da lei verse sobre tema de interesse local, o Município pode legislar a favor da salvaguarda de seus bens culturais.¹⁰² Pelo menos esse é o entendimento dos nossos tribunais superiores que a despeito deste assunto já se manifestaram:

“A competência para legislar a respeito de construção em área de preservação por força de existência de paisagens naturais notáveis é simultânea da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do disposto nos Art. 23, III, e 24, VI e VII, da Constituição Federal”.

STJ. ROMS 9.279-PR. Relator: Ministro Francisco Falcão. Publicação: DJU 28.2.2000, p. 40.

Por fim, uma última colocação em termos de competência político-administrativa e legislativa em favor da proteção ao patrimônio cultural edificado deve ser observada quanto a possibilidade de haver o tombamento também nas três esferas do poder federal, e o havendo, quais seriam as consequências obrigacionais decorrentes disso. A questão seria: Pode, um mesmo bem cultural edificado ser tombado ao nível municipal, estadual e federal? E o sendo, pode a licença concedida por um dos entes federados ser suficiente para que sejam promovidos manejos e alterações de qualquer ordem nestes bens?

Com relação à primeira pergunta, a resposta só poderia ser positiva, afinal, sendo comum a competência para atuar na promoção e proteção do patrimônio cultural e visto que o tombamento pode ser promovido normalmente por via de ato administrativo,¹⁰³ tanto a União, como os Estados e Distrito Federal e os Municípios podem discricionariamente promover tal ato, contudo que, dentro de seu âmbito de atuação, ou seja, conforme explica o prof. Toshio Mukai, para atuar administrativamente, inclusive efetuando o tombamento, a “União deve efetuar a proteção e preservação de bens de interesse artístico, cultural nacional; os Estados-membros, de bens de interesse regional-estadual e os Municípios, de bens de valor histórico, artístico e cultural local”.¹⁰⁴ Acrescenta-se a isso o fato de que por estarem, os bens culturais edificados, sempre ligados a um suporte físico imóvel, neste caso, é mais simples identificar quais os entes políticos competentes para legislar ou tombá-los, com base em sua autonomia constitucional territorial.¹⁰⁵ Agora, havendo legislação de mais de um ente político sobre um mesmo bem, seja de modo específico a este, seja de modo genérico (estabelecendo um regime jurídico próprio aos bens de mesma natureza), caberia aos interessados respeitar e cumprir o determinado em cada uma das esferas legiferantes enquadradas no regime específico dos bens culturais edificados em causa.¹⁰⁶

2.2 O patrimônio cultural edificado como parte integrante dos direitos e garantias fundamentais

É possível que, num primeiro momento, haja certa estranheza ao pensar o patrimônio cultural edificado como parte integrante dos direitos e garantias fundamentais, no entanto, basta uma breve reflexão sobre o que ele pode representar para a identidade e o desenvolvimento do ser humano para reconhecer, de fato, que ainda que este

Raul Machado Horta, o dispositivo sugere que a cooperação de de nos moldes pretendidos pela União (que é o ente competente para editar leis complementares), ferindo assim as iniciativas e a autonomia dos Estados e dos Municípios. HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*. In: Estado e Direito. n. 7-10. Lisboa, 1991-1992. p. 65.

¹⁰³ “Como são entidades diferentes e como o objetivo da Federação é coordenar para harmonizar ordens diversas, mas não opostas, estabele-se que ‘lei complementar fixará normas para a cooperação’ entre elas”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *República e Federação no Brasil*. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 1997. p. 236 e ss.

¹⁰⁴ A despeito da competência legislativa concorrente, o prof. Walter Ceneviva destaca que, em regra, são reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição, “suplementaridade daquilo que não versa as normas gerais” - ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. 1997. p. 246) e aos Municípios os assuntos de interesse local. CENEVIVA, Walter. Op. cit. 1991. p. 120.

Nos termos do Art. 24, da CFB: § 1º — No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais; § 2º — A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados; § 3º — Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades; § 4º — A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

¹⁰⁵ Eduardo Tomasevicius Filho discorda desse posicionamento com o argumento de que, sob a alegação de “interesse local”, permitir-se-ia aos municípios legislar sobre qualquer assunto, o que não parece ser razoável. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Tombamento no Direito Administrativo e Internacional*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 41. n. 163. Brasília, julho/setembro de 2004. Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que os municípios não têm competência legislativa nessa matéria. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. Atlas. São Paulo, 2003. p.132.

Data vênica o posicionamento dos autores, a verdade é que o Art. 30 da CF não escancarou as portas para que os Municípios legissem sobre qualquer assunto de interesse local, sendo mesmo que o dispositivo é claro quanto a competência suplementar frente a legislação federal e estadual (Inciso II) e quanto as matérias de interesse local, elencadas nos incisos de III a IX do mesmo Artigo.

Ademais, outros autores de renome comungam a ideia da possibilidade de o Município legislar, suplementarmente, em matéria de patrimônio cultural. Queiroz Telles sustenta que o tombamento se insere em matéria de interesse local e que, portanto, a legislação municipal seria constitucional com base no Art. 30, I, da Constituição Federal. TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 93-94. A prof. Cármen Lúcia afirma “que naquilo que for de peculiar ou predominante interesse municipal, o Município pode acrescentar, adicionar pontos ou questões não tratadas nem consideradas de competência das demais entidades em suas respectivas legislações”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. 1997. p. 248.

Por fim, é importante destacar, conforme aponta a professora da UFMG, Maria Coeli Simões Pires (PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Urbanístico, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 38. n. 151. Brasília, julho/setembro de 2001) que, no caso do patrimônio cultural edificado, o Art. 30 da CF deve ser apreciado cominado com o Art. 182, que trata da política de desenvolvimento urbano a ser fixada por lei municipal. Ora, não pudessem os municípios legislar em matéria de patrimônio cultural local, *in verbis* o edificado, como poderiam então elaborar políticas públicas de ordenamento urbano sem cingir a seara de proteção das propriedades culturais edificadas ali localizadas? Destarte, é em razão de todas essas considerações que entendemos serem constitucionais as legislações municipais em matéria de patrimônio cultural local.

¹⁰³ O tombamento pode ser promovido tanto por lei como por processo administrativo. Ver Capítulo II, Item 1.1.

¹⁰⁴ Danilo Fontenele Sampaio Cunha também entende que “nada impede que um mesmo bem seja tombado por uma ou mais pessoas políticas, sem exclusão qualquer das legislações aplicáveis, reforçando-se, por assim dizer, a eficácia do tombamento”. CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. 2007. Op. cit. p.139.

Importante ressaltar por agora, apesar de ser uma questão que será mais bem tratada adiante, que a nossa concepção de tombamento sugere uma restrição parcial à propriedade. Isso posto, é importante destacar que fosse o caso de o considerar como uma restrição total, estaríamos, nesse caso, falando em desapropriação, sendo apenas a União o ente competente a legislar sobre a matéria por força do Art. 22, II, da CF.

¹⁰⁵ O prof. Queiroz Telles, a respeito, coloca que “para haver concomitância de tombamento sobre o mesmo bem, seria necessária a comprovação do real interesse das três esferas.” Ademais, segundo o

não esteja formalmente inserido entre os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal, sua materialidade enquanto tal é clara e compreensível.

107

No Brasil, o § 2º do Art. 5º, da CF, preceitua que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”. Disso, podemos considerar duplamente que o modelo brasileiro não é exaustivo quando traça uma lista única de direitos e garantias fundamentais formais;¹⁰⁸ e, ainda, que existe um regime jurídico próprio pertinente à matéria¹⁰⁹. No caso do patrimônio cultural, como já foi dito anteriormente, este não encontra guarida direta entre os interesses tutelados no Título II, da Constituição de 1988, entretanto, e fazendo uma analogia com o pensamento do prof. Vieira de Andrade e o caso português, “é possível a existência de outros “direitos fundamentais” em leis ordinárias ou em normas internacionais; e, ainda, por maioria de razão, que pode haver direitos previstos em preceitos constantes de outras partes da Constituição que devam ser consideradas como direitos fundamentais.”¹¹⁰

Desse modo, e ainda que o direito ao patrimônio cultural esteja formalmente inserido no Título dos direitos “Da Ordem Social”, não há dúvidas, pelas razões que se expõem a seguir, de que eles integram o regime próprio dos “direitos e garantias fundamentais”.

O prof. Canotilho aproveita a expressão utilizada por Alexy, “fundamentalidade”, para se referir a uma categoria que aponta para uma especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material.¹¹¹ Essa categoria, criteriarizada principalmente pelo seu aspecto material, representa certos valores, direitos e liberdades fundamentais que têm como fim último nortear e legitimar o moderno Estado constitucional de Direito.¹¹² O prof. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que para o reconhecimento desses interesses enquanto “fundamentais” para a realização do Estado de Direito e da própria Constituição, eles devem, materialmente, atender a dois critérios distintos de substância e relevância (importância). Cabe-nos então verificar se o valor “patrimônio cultural edificado” atende a tais critérios, firmando-se, então, como um direito e garantia fundamental.

Pois bem, o patrimônio cultural edificado, enquanto bem jurídico, se realiza sempre sobre um suporte físico imóvel, e não obstante, seja o valor cultural, o sentido histórico-social atribuído a este bem, o que justifica a sua proteção, o objeto principal de tutela do direito, neste caso, recai sempre sobre a sua estrutura física imóvel.¹¹³ Enquanto expressão do direito de propriedade, esse corpo físico do bem cultural, *in verbis*, edificado,

tem amparo e é formalmente e materialmente resguardado como direito fundamental. Entretanto é de salientar que este valor privatista econômico é subsidiário ao valor cultural coletivo do mesmo objeto, cedendo lugar, em várias hipóteses, a um interesse que é apenas materialmente considerado como direito e garantia fundamental mas que, no entanto, pode se sobressair, circunstancialmente, em função dos princípios e valores atrelados ao sentido cultural do bem em causa e também em razão da função social inerente que deve cumprir a propriedade, no caso, edificada.¹¹⁴

Existe um duplo conteúdo axiológico do bem cultural imóvel que se manifesta e é considerado em realidades distintas¹¹⁵, mas sempre tomadas por um interesse social. Queremos dizer com isso que, para além do interesse individual privatista ligado à propriedade do bem cultural, existem ainda duas ordens de valores a serem consideradas. Uma de caráter geral, pois basta haver uma expressão cultural relevante vinculada ao bem para este merecer a sua tutela jurídica, e outra de caráter também coletivo porém mais restrito, próprio de uma coletividade específica, que atribui ao bem edificado não apenas o sentido comum e solidário enquanto expressão cultural humana, indo além, por envolver um relacionamento e um significado mais íntimo com o bem tratado. É dizer com isso que um templo cristão tem um valor cultural enquanto relevante expressão da cultura humana e um valor específico, de outra ordem, para a comunidade cristã, ligado a seu conteúdo religioso-espiritual. Verdade é que a cultura, por si só, é um valor imanente, com um conteúdo essencial para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e, no caso dos bens culturais edificados, estes podem trazer agregados ainda uma nova ordem de direitos fundamentais¹¹⁶, inclusive positivamente resguardados como a “proteção aos locais de culto” (Art. 5º, VI, da CF), a “liberdade de expressão intelectual, artística, científica” (Art. 5º, IX, da CF=), a “função social da propriedade” (Art. 5º, XXIII, da CF) e o “direito à educação” (Art. 6º, Caput, da CF).

Desse modo, e inspirados nas lições do prof. José Afonso da Silva, que nos lembra que os valores exigem uma tomada de decisão do homem, tendo, portanto, uma característica de preferibilidade, susceptíveis de hierarquização e implicando-se mutuamente, não hesitamos dizer que o valor representado pelo bem cultural edificado, representa, de forma única, a singularidade e a diversidade cultural de uma sociedade, sendo um fator vivificante do homem e merecedor, enquanto tal, de ser considerado como direito fundante do Estado de Direito e sua Ordem Constitucional, e não somente pelo seu valor em si, mas também por todos os outros sentidos agregados e solidariamente considerados,¹¹⁷ sujeitando-se, inclusive, ao regime jurídico específico dos “direitos e garantias fundamentais”. Para além disso, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta o tema cultura de forma muito apropriada ao dizer que “toda pessoa pode legitimamente exigir a

professor paulista, “cabe ao poder judiciário aferir se esta graduação de interesses ocorre, de fato, à medida que for provocado”. TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 95.

¹¹⁴ “Se existe lei estadual disciplinando — em atenção à ecologia — construção civil à beira-mar, não é lícito ao Município emitir autorização para início de obra, sem que estejam adimplidas as exigências da legislação estadual” (STJ, DJU 27.9.99, p. 46, RÔMS 9.155-PR, Rel. Min. Humberto Gomes Barros. In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. 2003. p. 282.

¹¹⁵ Neste ponto, dizemos que o direito ao patrimônio cultural é apenas materialmente considerado como direito e garantia fundamental pelo fato de ele não estar listado no rol dos direitos formalmente considerados como tais (Art. 5º da CR/88). No entanto, não ignoramos as posições de alguns autores que entendem que os direitos fundamentais, formalmente considerados, podem estar presentes além desse rol, como é o caso do prof. Jorge Miranda que considera os direitos fundamentais em sentido formal como sendo “todos aqueles que estejam consignados em quaisquer normas da Constituição formal, a qual abrange tanto a Constituição instrumental como a Declaração Universal” Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 139.

¹¹⁶ A propósito do que se passa em Portugal, onde sua Constituição, no Art. 1.º, n.º 1, preceitua que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, o prof. Casalta Nabais afirma que esta abertura do catálogo constitucional dos direitos fundamentais (...) implica uma caracterização “material” de determinados direitos extraconstitucionais que parece residir unicamente no caráter “essencial” que a consciência jurídica coletiva atribui a certos direitos, como exigência da própria dignidade da pessoa humana. NABAIS, José Casalta. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. Lisboa, 1990.

¹¹⁷ O prof. Ingo Wolfgang Sarlet, a despeito da Constituição Brasileira, conclui que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo Art. 5º, § 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. Livraria

do Advogado. Porto Alegre, 2006. p. 101.

¹¹⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. 2006. p. 75.

¹¹¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit. 2003. p.378-380

¹¹² Neste sentido, a lição do prof. Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. 2006. Op. cit. p. 70.

¹¹³ Acrescenta o prof. José Afonso da Silva: "A essência do bem cultural consiste na sua peculiar estrutura, em que se fundem, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido. Por isso se diz que o ser do bem cultural é ser um sentido". SILVA, José Afonso. Op. cit. 2001. p. 26

¹¹⁴ Os profs. J. J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado falam em todo um conjunto de serviços, vínculos e restrições ao exercício de faculdades do proprietário (v. g., *ius aedificandi*) tradicionalmente consideradas como inerentes ao direito de propriedade. V. CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas. *Bens Culturais, Propriedade Privada e Liberdade Religiosa*. In: Revista do Ministério Público. Ano 16. n. 64. outubro/dezembro de 1995. p. 15.

¹¹⁵ Sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, ver, dentre muitos: SARLET, Ingo Wolfgang. 2006. Op. cit.; ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1993; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Forense. Rio de Janeiro, 2005; ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2006. Op. cit.

¹¹⁶ Nesse mesmo sentido, Miguel Reale distingue os dois elementos do bem cultural a partir do seu "suporte" e do seu "significado", podendo este ser expressão particular de um ou mais valores. REALE, Miguel, *apud* SILVA, José Afonso. Op. Cit. 2001. p. 26.

¹¹⁷ Uma solidariedade vertical e horizontalmente considerada de respeito e aceitação das diferentes formas de manifestação e expressão espiritual e cultural, posta na forma de direitos e deveres fundamentais. É dizer que, para além de um valor cultural imanente do patrimônio cultural, persiste ainda valores agregados específicos a uma determinada coletividade que solidariamente são considerados como um direito e um dever de proteção frente ao Estado e à sociedade.

Algumas colocações sobre o conceito de solidariedade aqui empregado V. NABAIS, José Casalta. *Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 75. Coimbra, 1999. p. 145-174.

¹¹⁸ Quanto às finalidades da proteção e valorização do patrimônio, encontramos vezes a afirmar

satisfação dos direitos culturais indispensáveis, de harmonia com a organização e os recursos de cada país" (Art. 22), recursos esses que não são somente os financeiros ou organizacionais, mas especialmente os encontrados nas experiências sensíveis, nas formas de expressão e nas manifestações culturais da sociedade – "*recursos culturais*" de cada povo. Por todos esses motivos é que os bens culturais edificados devem ser considerados também como "direito e garantia fundamental" na ordem jurídica brasileira.

2.2.1 Os princípios fundantes

O homem só é respeitado integralmente se sua cultura também o é, e, sob essa perspectiva, a proteção constitucional do patrimônio cultural é uma decorrência da proteção à própria *dignidade da pessoa humana*¹¹⁸. Ainda que em razão dos avanços no conhecimento genético e comportamental, exista uma tendência a reduzir o ser humano à sua mera dimensão biológica, a pessoa é o ser humano na integralidade das suas dimensões¹¹⁹, inclusive na sua dimensão cultural, como ser comunicativo e aberto ao mundo, ao mesmo tempo em que afirma sua individualidade. Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no Art. 1º, III, da CF/88, enquanto valor jurídico posto em nossa ordem constitucional, é concretizado também no respeito, proteção e promoção dos bens culturais,¹²⁰ especialmente numa conjuntura de padronização cultural, própria de um mundo globalizado, e da necessidade de se resguardar os valores culturais específicos e que individualizam cada um dos grupos formadores da sociedade brasileira (Art. 216, da CF).

Como uma das formas de manifestação da cultura, o patrimônio cultural edificado se apresenta, juridicamente, sob duas vertentes: primeiro como *liberdade individual de criação cultural*¹²¹ e segundo como direito coletivo à sua proteção, acesso e fruição. Isso não implica uma antinomia entre as duas vertentes, significa antes dois momentos distintos em que ninguém pode ser impedido de criar e se expressar culturalmente e que as manifestações julgadas como relevantes formas de expressão da nossa sociedade devem ser resguardadas pelo direito. Quanto a este último aspecto, temos aqui um dos mais importantes princípios norteadores da matéria, que é justamente o da *função social do bem cultural edificado*, que, num primeiro momento, encontra seu fundamento jurídico nos dispositivos que se referem à função social da propriedade: Art. 5º, XXIII, Art. 170, III e Art. 182, § 2º (CF/88). Destaque para esse último dispositivo onde se afirma que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de

ordenação da cidade expressas no plano diretor”.¹²² Entretanto é importante distinguir a função social do bem cultural edificado da função social da propriedade que serve de suporte a este bem. No primeiro caso, além dos dispositivos mencionados, existem ainda outras disposições a respeito, como o Parágrafo Único, do Art. 4º, da CF/88 que aponta a cultura como elemento unificador dos povos latino-americanos; o Art. 5º, LVIII que considera o patrimônio cultural como sendo objeto de tutela da ação popular (ferramenta constitucional de proteção dos direitos difusos e coletivos); e o § 3º, III, do Art. 215 que fala na democratização do acesso aos bens de cultura. Logo, o bem cultural edificado atende à sua função social quando voltado para o livre desenvolvimento cultural da sociedade de forma democrática quanto ao seu acesso e fruição.

Questão mais tormentosa e que será abordada adiante refere-se à função social do “suporte” do bem cultural edificado. Estamos nos referindo às várias situações de fato em que o direito de propriedade do bem cultural edificado é confrontado com outros interesses, também sociais, e tão nobres quanto a cultura. É o caso do direito à moradia, direito à liberdade de culto, direito à subsistência familiar, direito à salubridade, direito ao urbanismo e direito ao desenvolvimento econômico.¹²³ Afinal, se todos esses direitos atendem aos interesses coletivos da sociedade, seria possível falar que o interesse cultural deve sempre se sobrepor também nestes casos?¹²⁴ Trataremos do tema no tópico seguinte.

Existem ainda outros princípios fundamentais específicos ligados ao patrimônio cultural edificado. E em primeiro plano há que se destacar *o princípio da salvaguarda*, que se não observado, não há sequer que se falar da existência do próprio objeto do direito em causa. “Quando a Constituição assegura a proteção do Estado, há de se entender proteção efetiva, contra a destruição, o abandono, a mutilação, a deformação mesmo sob o ponto de vista puramente estético”¹²⁵ e, em se tratando do patrimônio cultural edificado, este princípio refere-se mesmo à proteção de seu suporte físico, seu conteúdo estético e que deve ser resguardado não somente por meio de ações negativas: “não destruir”. O preceito constitucional impõe uma série de ações positivas ao Estado no sentido de proteger e promover o patrimônio cultural “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (Art. 216, § 1º, CF/88). Seguindo esta mesma linha de raciocínio, que envolve o princípio da salvaguarda, toma-se “emprestado” um princípio próprio do direito do meio ambiente, mas é que é plenamente cabível ao caso, visto a natureza de irreparabilidade do bem cultural edificado e visto o conceito amplo de patrimônio cultural que engloba também os bens naturais reduzidos ao seu núcleo próprio,¹²⁶ falamos no *princípio da precaução* que, por força do § 3º, do Art. 215 (CF/88), ganha maior significado, visto a criação do Plano Nacional de Cultura e a adoção de medidas próprias de precaução,¹²⁷ ao invés de medidas simples-

que: “Através da salvaguarda da realidade do patrimônio cultural contribui-se para a plenitude da realização da dignidade da pessoa humana.” Cf. ARAÚJO, Fernanda. *O Actual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Património Arquitectónico Português. Património/Território - Interações*. In: RJUA. n.º 18/19. Coimbra. Dezembro/2002 - Junho/2003. p. 13.

¹¹⁹ Cf. ALMEIDA, Vasco Duarte de. *Sobre o Valor da Dignidade da Pessoa Humana*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 46. n. 01. Coimbra, 2005. p. 623 e ss.

¹²⁰ O prof. José Afonso da Silva afirma que é no patrimônio cultural que se consubstancia e se reverencia a memória da formação nacional, que, por isso, se identifica com a própria nacionalidade da pessoa. SILVA, José Afonso. Op. cit. 2001. p. 148.

¹²¹ Neste sentido: Art. 5º, IX (liberdade de expressão intelectual, artística e científica); Art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX (direitos autorais); Art. 216, III (criações artísticas como patrimônio cultural brasileiro); Art. 215, § 3º, II (incentivo à produção de bens culturais).

¹²² No caso da cidade de Ouro Preto, mundialmente reconhecida por seu acervo histórico e artístico, tendo sido o primeiro sítio do país a receber o título de Patrimônio da Humanidade pela UNESCO, ainda em 1980, o seu plano diretor, recentemente publicado - Lei Complementar 29, de 28 de dezembro de 2006, prescreve em seu Art. 6º que a propriedade urbana cumpre sua função social especialmente quando atende aos requisitos de: I. proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; II. aproveitamento socialmente justo e racional do solo, mediante parcelamento, ocupação e utilização compatíveis com a disponibilidade e a sustentabilidade dos recursos naturais e com a infraestrutura urbana existente; III. observância dos parâmetros e normas estabelecidos quanto à salubridade, segurança e acessibilidade das edificações e assentamentos urbanos. OURO PRETO. Câmara Municipal. Lei Complementar 29/2006. Disponível em [http://200.214.148.250/sapl_documento/norma_juridica/5394_texto_integral]. Acesso em 08 de outubro de 2007.

Nota-se que, mesmo em Ouro Preto, a função social da propriedade urbana é atendida não apenas com base nos critérios ligados à proteção e promoção do patrimônio cultural, havendo ainda critérios de utilização racional do solo, de salubridade, segurança, acessibilidade e, ainda, outros critérios estabelecidos pela lei orgânica.

Tanto o conflito de interesses envolvendo o bem

cultural edificado e seu suporte físico como também sua sustentabilidade serão discutidos em tópicos específicos no decorrer do trabalho.

¹²³ A propósito, o prof. Alfonso Pérez Moreno destaca alguns casos em que o interesse cultural se sobrepõe a outros interesses como o urbanístico e o econômico, no entanto, afirma não ser possível estabelecer uma regra rígida, visto a generalidade de casos e conflitos na matéria. MORENO, Alfonso Pérez. *El Postulado Constitucional de la Promoción y Conservación del Patrimonio Histórico Artístico*. In: Revista de Derecho Urbanístico. Vol. 24, n.º 119. Madrid, julho/agosto/setembro de 1990.

¹²⁴ Não é o que espera o prof. Canotilho quando afirma que “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. 2006. p. 1182.

¹²⁵ CAVALCANTI, Brandão, apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Regime Jurídico do Tombamento*. In: Revista de Direito Administrativo. n. 112. Rio de Janeiro, abril/junho de 1973. p. 59.

¹²⁶ Que se depreende tanto do texto constitucional que adota um conceito amplo de patrimônio cultural (englobando também os bens naturais reduzidos a seu núcleo próprio - Art. 216, IV) como da legislação ordinária, que traz na lei de crimes ambientais (Lei 9.605/98) as condutas típicas atentatórias ao patrimônio cultural (Arts. 62 a 65).

¹²⁷ Essa ideia de que o Estado deve atuar *a priori* em termos de proteção do patrimônio cultural já era latente na Itália, na década de 60, quando uma comissão criada para avaliar a situação do patrimônio cultural e ambiental no país — Commissione Franceschini — editou uma série de diretrizes dentre as quais se afirmava a necessidade de abandonar a visão tradicional pública de tutela voltada meramente para a conservação do bem cultural e a adoção de medidas que valorizassem o seu papel enquanto testemunho vivo da história. ALIBRANDI, Tommaso e FERRI, Piergiorgio. *I Beni Culturali e Ambientali*. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1995. p. 11.

Também a Carta de Veneza de 1964 salienta a importância para a conservação dos monumentos, da sua submissão a operações regulares de manutenção.

mente punitivas ou reparatórias.¹²⁸

O princípio da diversidade cultural e solidariedade é de inspiração internacional e encontra-se expressamente positivado na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, adotada em 2 de novembro de 2001 em Paris e da qual o Brasil é signatário. Esse princípio de caráter mais específico relaciona-se com o princípio constitucional da isonomia e possui tripla dimensão ao representar: A) a imparcialidade por parte do Estado na tutela da cultura erudita e popular (Art. 215, § 1º)¹²⁹; B) o reconhecimento de que todos os grupos formadores da sociedade brasileira são base e componentes do patrimônio cultural nacional (Art. 216, Caput) e C) o dever do Estado em promover e incentivar aquelas culturas das minorias (Art. 232, § 1º, CF/88) e historicamente marginalizadas, como a cultura indígena e a cultura afro-brasileira (Art. 215, § 1º; Art. 216, § 5º; Art. 231)¹³⁰.

Por fim, um princípio que é, pelo menos em parte, sucedâneo do princípio democrático constitucional, o *princípio da sustentabilidade* do patrimônio cultural edificado, que nos dizeres da jurista Suzana Tavares, representa o “patrimônio sustentável”,¹³¹ e diz-se sucedâneo por ensejar a participação de todos os agentes envolvidos com o patrimônio cultural, seja população civil, entidades de promoção e salvaguarda e o próprio Estado no gerenciamento e proteção destes bens,¹³² buscando principalmente formas de “potencializar” o seu aproveitamento cultural, social e econômico, também democrático, visto a atual necessidade de buscar um denominador comum quanto à destinação e função desse patrimônio. Atualmente, a existência dos bens culturais edificados é posta em causa frente o descaso com que são tratados pelo Estado e pela sociedade, vistos os modelos jurídicos que engessam o seu aproveitamento e, ainda, em razão do elevado ônus que envolve a sua conservação e restauração. No Capítulo II, essa sustentabilidade do patrimônio cultural será mais bem trabalhada, bem como as alternativas postas por juristas, ambientalistas e urbanistas para a melhor resolução da matéria.

2.2.2 O patrimônio cultural edificado: um direito de terceira ou quarta geração

O patrimônio cultural edificado, enquanto expressão do direito ao patrimônio comum da humanidade, assim como também o é o meio ambiente ecológico, pode ser considerado ainda como um direito de “quarta de geração”.¹³³ Isso porque, diante uma “sociedade de risco”¹³⁴ onde se vive em constante perigo – aquecimento global, alimen-

tos geneticamente modificados, programas nucleares – existe a necessidade de fixar determinados direitos, comuns a todos os membros da sociedade global e cujo interesse de ação pode e deve ser exercido por qualquer um em favor de sua tutela. Aqui, a lesão a um desses direitos põe em risco os interesses de toda a humanidade, ou seja, o que está em causa nessa categoria de direitos é o “direito dos povos”.¹³⁵

O prof. Paulo Bonavides, citado por Ingo Sarlet, fala em uma globalização dos direitos fundamentais para justificar essa quarta geração da qual nos referimos.¹³⁶ É saber que existem determinados bens jurídicos que independem de quaisquer juízo de valor interno para a sua consideração enquanto relevante interesse transnacional e multinacional da humanidade. O próprio título atribuído pela UNESCO a 660 bens culturais espalhados por todo o mundo, como sendo patrimônio mundial, reflete bem estes interesses comuns a todos os homens.¹³⁷ O prof. Vieira de Andrade salienta que esses direitos ganham projeção, também, frente a falência do Estado, sobretudo na sua dimensão externa, como entidade nacional soberana, com a emergência de fatos e de forças transnacionais e a consequente incapacidade de disciplinar e controlar matérias que ultrapassam muitas vezes as fronteiras políticas das nações.¹³⁸

De uma linha histórica que começa com os direitos de liberdade individual e culmina com os direitos transindividuais,¹³⁹ a proposta de fixar uma quarta geração de direitos fundamentais ainda não está totalmente consolidada, sendo que alguns autores, e dentre eles, o prof. J. J. Gomes Canotilho, consideram como sendo, na verdade, um prolongamento ou talvez uma evolução daqueles direitos já postos na terceira dimensão. E também nós, não obstante essa nova tendência de compreensão dos direitos fundamentais, entendemos que o direito ao patrimônio cultural, enquanto tal, se encaixa mais propriamente entre os direitos humanos – ou fundamentais – tidos como de terceira geração. Isso porque o seu caráter difuso, previsto no ordenamento jurídico nacional, é subjetivamente verificado por meio dos dispositivos constitucionais e ordinários próprios de serem manejados em território nacional, onde pode se discutir até mesmo sobre a necessidade, ou não, de proteção de um determinado bem cultural. Ademais, ainda que seja um princípio internacionalmente reconhecido, o respeito ao multiculturalismo, a razão da tutela do patrimônio cultural edificado prende-se mais ao sentimento local de uma comunidade, que é inclusive quem elege os seus bens culturais de valor local, regional ou nacional, passíveis de serem institucionalmente protegidos por meio de ações políticas e medidas judiciais. Por fim, os bens culturais portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, tomados em conjunto ou individualmente, constituem o patrimônio cultural brasileiro, e afirmam, desde logo, a principal característica dos direitos difusos ou de terceira geração, o que

¹³⁵ “O Estado não deve apenas preocupar-se em determinar quem tem a obrigação de preservar e conservar os bens com valor cultural”, não pouco pensar que a fixação de punições é suficiente para evitar a depredação desses bens, “deve também, no cumprimento da lei fundamental, consagrar mecanismos que acutem eventuais agressões”. SILVA, Suzana Tavares da. *Da “Contemplanção da Ruína” ao Patrimônio Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada dos Bens Culturais*. In: CEDOUA. Ano V. n. 10. Coimbra, 2003.

Quanto ao seu status de princípio constitucional, o prof. João Loureiro, ao tratar do caso português, que se assemelha ao brasileiro, reconhece que não há, ao nível do texto constitucional, formulações paralelas às que se referem aos princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional como um todo, integrando a seção referente aos princípios fundamentais. Mas, em termos principiais, importa não esquecer a importância do trabalho hermenêutico-normativo que pode levar à identificação de princípios, muitas vezes apenas implícitos no texto constitucional. (...) Uma leitura da CRP é suficiente para comprovar a ideia de que a prevenção é uma exigência constitucional.” (Cf. LOUREIRO, João. *Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência*. STUDIA IURIDICA, 61. Coimbra Editora. Coimbra. p. 870). E, no mesmo sentido, podemos também nos referir ao princípio da precaução.

Para um melhor esclarecimento sobre as distinções entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução, ver: FREITAS, Juarez. *O Princípio Constitucional da Precaução e o Direito Administrativo Ambiental*. In: SCIENTIA IURIDICA. Tomo LVI. n. 309. Braga. Janeiro-março/2007. p. 29 e ss.

¹³⁷ Nos termos do § 1º do Art. 215: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Também a Carta de Veneza de 1964 sobre a conservação e restauro de monumentos e sítios, em seu Art. 1º, indistingue as grandes criações arquitetônicas das realizações mais modestas ao tratar do conceito de monumento.

¹³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello elabora importante trabalho sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e estabelece critérios diversos que devem ser observados em conjunto no autorizar uma *discrimen* legal em consonância com a isonomia. Sob este aspecto é que entendemos ser legítimo o privilégio constitucional de tratamento diferenciado às culturas indígena e afro-brasileiras. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. Malheiros. São Paulo, 2003.

¹³⁹ O patrimônio cultural edificado vive hoje o

drama da “contemplanção da ruína”, nos dizeres da jurista Suzana Tavares, sob o pretexto de se preservar o seu valor (intrínseco) cultural, todo e qualquer outro aproveitamento do bem é minimizado ao máximo. O que recomenda a autora, e não só ela, é que o uso do bem cultural a outros fins que não seja o seu original deve ser considerado sempre que esteja em causa o desaparecimento desse património cultural. SILVA, Suzana Tavares da. Op. cit. 2003.

A questão do aproveitamento do bem cultural edificad impliou e implica monumentais discussões a respeito. Um bom exemplo refere-se à restauração/reconstrução do Teatro Romano de Sagunto, na Espanha. Uma discussão que culminou com a sentença do Tribunal Supremo de 16 de outubro de 2000 ordenando a destruição de toda uma obra de “reconstrução” realizada no referido teatro. O prof. Santiago Muñoz Machado comenta toda a trama judicial envolvendo esse debate. V. MACHADO, Santiago Muñoz. *La Resurrección de las Ruinas*. Ed. Cuadernos Civitas. Madrid, 2002.

¹³² Neste sentido, valemo-nos bem da ideia de Dworkin que prefere o uso da expressão “co-participativa” à expressão democracia. Segundo aquela expressão, “o governo exercido pelo “povo” significa o governo de todo o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo de autogoverno”. DWORWIN, Ronald. *A Viriude Soberana - A Teoria e a Prática da Igualdade*. Trad. Jussara Simões. Martins Fontes. São Paulo, 2005.

¹³³ Na classificação, os direitos de primeira geração são aqueles de liberdade e garantia individual frente ao Estado, impondo-lhe, principalmente, mandamentos de cunho “negativo”. Já os direitos de segunda geração atribuem ao Estado um comportamento ativo-prestacional de cunho social com o propósito de buscar uma igualdade material. Aqui, é oportuna a colocação do prof. Ingo Sarlet que alerta para o fato de que, apesar dos direitos de segunda geração (segunda dimensão nos seus dizeres) terem cunho social, “eles ainda se reportam à pessoa indivíduo, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos/difusos da terceira geração”. SARLET, Ingo Wolfgang. 2006. Op. cit. p. 56-57. Estes, por sua vez, são tidos como direitos de titularidade difusa e coletiva e se desprendem da figura do homem-indivíduo, destinando-se à proteção de grupos humanos, também conhecidos como direitos de solidariedade e fraternidade. Por fim, os direitos de quarta geração, que ainda sem muito respaldo doutrinário, referem-se à universalização dos direitos fundamentais no plano institucional, nos dizeres do prof. Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. 2006. p. 61.

reforça a sua natureza enquanto tal, que é em relação a indeterminabilidade dos titulares ao direito posto, não sendo preciso recorrer a uma quarta categoria que estabeleça esse aspecto.

3 Uma Antinomia Constitucional? O Patrimônio Cultural Edificado e o Direito de Propriedade

Já relatamos brevemente, alhures, que a função social do patrimônio cultural edificado é clara e não encontra razão para maiores divergências.¹⁴⁰ No entanto, visto a natureza dúplice que assume “o domínio” neste caso, sujeito ao direito privado e especialmente ao direito público, o papel social de um bem cultural, enquanto tal, pode ser defrontado com o direito individual de propriedade incidente sobre o suporte físico edificado onde se reflete essas duas realidades.¹⁴¹ Em se tratando dos bens culturais como um todo, é relevante, para essa discussão antinômica, analisar se se trata de um bem material ou imaterial, um bem móvel ou imóvel e ainda se o bem é de propriedade pública ou privada. No caso do bem edificado, importa distinguirmos apenas sobre a propriedade do objeto, visto este ser sempre material e imóvel,¹⁴² e também aqui, mais importante que verificar essa dominialidade (pública ou privada), é distinguir a sua categorização como sendo um bem de pretensão comum; pois ainda que os instrumentos de tutela e mesmo de coerção sejam distintos, conforme seja a propriedade do bem cultural em causa, o fim último de todas essas medidas será sempre a busca do interesse coletivo voltado a sua proteção.

A nível constitucional, uma primeira questão que se põe é sobre a necessidade, ou não, do bem edificado ser tombado para merecer sua tutela enquanto bem jurídico de valor cultural. Conforme será discutido adiante, o tombamento implica uma intervenção administrativa na propriedade privada,¹⁴³ especificando um regime jurídico *sui generis*, voltado justamente para a sua salvaguarda, no entanto, da leitura do texto constitucional, a única referência expressa ao termo “tombamento” é encontrada no Art. 216, § 1º, que prescreve que o tombamento é apenas uma das formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro, que está submetido ao poder de polícia independentemente de qualquer ato administrativo (declarativo ou constitutivo) tido *a priori*. Daí a conclusão de que a tutela constitucional é garantida desvinculada do processo de tombamento, bastando o bem cultural edificado ser “portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, o que será avaliado

¹³⁴ O prof. Fernando Torrão explica que, de acordo com a teoria elaborada por Ulrich Beck, existe hoje uma nova fonte criadora de perigos de elevada dimensão. “Na sociedade de risco, os perigos passam a ser de origem tecnológica, artificial, produzidos pela atividade do homem, condicionados às suas decisões, mas, na maior parte das vezes, imprevisíveis porque são incalculáveis”. TORRÃO, Fernando. *Sociedade de Risco e Oportunidade: A Intervenção Penal entre a Tentaçao de um Modelo Repressivo e dos Limites da Proibição do Excesso*. In: Lusitana. Coimbra Editora. n. 1 e 2. Coimbra, 2002.

Para uma melhor elucidação da expressão e do tema “a sociedade de risco”, bem como a sua contextualização nos tempos atuais, ver LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Op.cit.

¹³⁵ Nos dizeres do prof. J. J. Gomes Canotilho. Op. cit. 2003. p. 386.

“Entre estes direitos, ditos “de terceira geração”, incluem-se os que protegem unidades coletivas de vida humana — família, povo, nação — ou grupos particularmente ameaçados — mulheres, crianças, deficientes —, ou, mesmo, gerações futuras. E incluem-se, também, direitos de titularidade difusa ou coletiva, como os direitos à segurança coletiva e à paz, o direito à autodeterminação dos povos e o direito ao desenvolvimento. Aqui se incluem, ainda, normalmente, os direitos ambientais e a qualidade de vida, a conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.” Cf. PINTO, Paulo Mota e CAMPOS, Diogo Leite. *Direitos Fundamentais “De Terceira Geração”*. In: O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedra, 2003. p. 508.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. 2006. p. 60.

¹³⁷ Lista atualizada até 11 de outubro de 2007. Disponível em [http://whcunesco.org/en/list] Acesso em 11 de outubro de 2007.

¹³⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. 2006. p. 63 e ss.

¹³⁹ Para melhor compreensão do que venha a ser os direitos transindividuais, ver, dentre outros: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”*. 21 ed. São Paulo:

Malheiros, 2000.

¹⁴⁰ V. no Capítulo I o Item 2.2.1.

Talvez, o que poderia ser uma discussão a esse respeito, é a questão da necessidade do ato de tombamento [ato de classificação] para a consideração do bem como sendo de relevante valor cultural, no entanto, também essa questão já possui resposta consolidada na jurisprudência e na doutrina brasileira, visto a dareza do texto constitucional em se referir ao tombamento como sendo apenas uma das formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro, não sendo, portanto, *conditio sine qua non* para a sua tutela.

¹⁴¹ O prof. Fernando Alves Correia cita a doutrina inaugurada M.S. Giannini “onde se considera que no bem cultural coexistem dois direitos: um direito da coletividade à fruição do bem (fruição universal) e um direito do proprietário (ente público ou sujeito privado) a gozá-lo dentro dos limites consentidos pelo primeiro” (CORREIA, Fernando Alves. *Propriedade de Bens Culturais. Restrições de Utilidade Pública. Expropriações e Serviços Administrativos*. In: *Direito do Patrimônio Cultural*. INA. Lisboa, 1996. p. 405), da mesma forma, e com base nesse raciocínio que buscamos ao longo do estudo delimitar o limite e a abrangência de cada um desses interesses, próprios de uma “Toma especial” de exercício da propriedade.

¹⁴² A questão da materialidade ou imaterialidade do bem cultural poderia surtir discussões sobre direitos autorais e propriedade intelectual da mesma forma que o fato do bem ser imóvel ou móvel poderia suscitar debates de uma nova ordem a respeito da circulação e exportação desses bens. Logo, deixemos essas discussões para outra oportunidade e nos prendamos à essência deste estudo, que é, justamente, no que tange ao bem cultural edificado.

¹⁴³ Quanto à natureza jurídica dessa intervenção estatal, trata-se de uma desapropriação parcial, uma servidão administrativa ou simplesmente uma limitação administrativa, isso será discutido em tópico específico no Capítulo II.

¹⁴⁴ A profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda o tema e afirma que se atendo ao Decreto-Lei nº 25/37, somente são merecedores de proteção aqueles bens previamente inscritos num dos quatro Livros do Tombo como prevê a lei, pois esta norma condiciona a sua condição de patrimônio histórico e artístico brasileiro a esta inscrição, no entanto, o Art. 216 da CF, não deixa dúvidas de que o tombamento é apenas uma das formas de proteção desses bens, prevendo, ainda, outros meios de acautelamento e preservação que independem de qualquer classificação prévia. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 2003. 131.

de acordo com o caso concreto.¹⁴⁴

A esse respeito, o prof. Helly Lopes Meirelles, já teve a oportunidade de discorrer, destacando que a tutela do patrimônio cultural pode ser invocada judicialmente independente do seu prévio tombamento, seja em razão da ação/omissão, da Administração Pública, que venha a comprometer integridade destes bens, seja em razão dos atos lesivos praticados por particulares. E, por se tratar de um interesse difuso, qualquer cidadão passa a ser parte legítima a propor ação em favor da salvaguarda dos bens culturais edificados, “bastando que haja interesse público na sua preservação, mesmo porque o tombamento não é condição da ação¹⁴⁵”.

Entendemos, ainda, que o ato de tombamento constitui-se em ato meramente declaratório e não constitutivo. É dizer que não é em razão do tombamento que o bem passa a ter valor cultural, ainda que, a partir daí, este esteja submetido a um regime jurídico específico de direito público.¹⁴⁶ O dever de zelo e a garantia de salvaguarda decorrem de mandamento expresso constitucional, que prescinde o tombamento e, nesse sentido, o prof. Hugo Nigro Mazzilli afirma que: “quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe esse valor, e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento”.¹⁴⁷ O Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que é a lei de proteção ao patrimônio cultural em vigência no Brasil (com seus 70 anos), dispõe no seu Art. 1º, § 1º, que “os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta Lei”. Daí a necessidade de esclarecer que a nossa Carta Magna de 1988 derogou o dispositivo em comento ao esclarecer que: 1º) o tombamento é apenas uma das formas de tutela dos bens culturais; e 2º) para constituir patrimônio cultural brasileiro basta este ser portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Essas considerações são necessárias para se discutir uma possível, ou possíveis, antinomias entre princípios fundamentais que envolvam o direito de propriedade e o direito ao patrimônio cultural e, sendo este um direito fundamental não condicionado ao tombamento, deve-se, então, efetivar a sua proteção não apenas no plano formal, de modo carente ou vinculado a medidas infraconstitucionais, mas por meio de realizações concretas destinadas à sua preservação, revitalização e valorização, ainda que disso decorra a necessidade de conformação com os direitos próprios do proprietário.

3.1 Propriedade: de um direito absoluto à inerência de sua função social

A busca por um equilíbrio entre o valor individualista e o valor social da propriedade é uma constante e coincide com os primórdios da própria civilização; e ainda que, por vezes, um desses sentidos tenha se sobressaído ao outro, o fato é que, ainda hoje, não se pode falar num paradigma pronto e acabado do que venha a ser o direito de propriedade, os poderes do titular e a real dimensão do *ius utendi, fruendi e abutendi*. Verdade é que, historicamente, sempre houve uma “*esigenza social*” traduzida como um justo limite à propriedade.¹⁴⁸ E ainda que nos reportássemos ao ápice privatista das revoluções burguesas, veríamos que, mesmo aí, admitia-se restrições ao seu exercício, por necessidade pública, mediante prévia indenização.¹⁴⁹

O prof. António Santos Justo ressalta que os jurisconsultos romanos não chegaram a definir a propriedade,¹⁵⁰ não obstante, não faltassem elementos na sua literatura que pudessem caracterizá-la; e ao contrário do que usualmente é divulgado em nosso meio jurídico, o professor de Coimbra afirma que as fontes romanas não mostram um poder absoluto, sem limites, do proprietário, em oposição, sustentam a ideia de uma propriedade limitada por interesses públicos, religiosos, morais e privados, e exemplifica com o *sc. Acilianum* do ano de 212, que, curiosamente, protege, por motivos urbanísticos, a beleza dos edifícios, proibindo os proprietários de arrancar esculturas, estátuas e elementos ornamentais.¹⁵¹ E se mesmo no Direito Romano, onde tanto se preceitua sobre a sacralidade da propriedade, desponta este cunho funcionalista do domínio, com mais razão é dizer, como o faz o prof. Washington Peluso,¹⁵² que “o sentido social, comunal ou comunitário da propriedade sempre esteve presente entre as várias teorias que buscaram e buscam defini-la e caracterizá-la”.¹⁵³

Longe de se fundamentarem em teorias científicas, mas sustentados por uma tradição cultural milenar, mesmo os indígenas brasileiros, e talvez mais que qualquer outra sociedade, também comungaram desse aspecto social dos bens corpóreos. “Na carta datada de 1549, escrita pelo padre Manuel da Nóbrega aos padres e irmãos de Coimbra, lê-se: “Não têm nenhuma coisa própria que não seja comum, e o que a cada um possui cabe-lhe reparti-lo com os outros, principalmente se são coisas de comer, das quais nada guardam para o dia seguinte, nem cuidam de entescurar riquezas.”¹⁵⁴ Aqui, o sentido de propriedade tal como o concebemos, de origem romanística, não encontra equivalência. Nem mesmo a transmissão hereditária contribuiu neste sentido, à medida que, usualmente, os bens móveis do falecido eram depositados sobre o seu túmulo, quando não

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29 ed. São Paulo. Malheiros, 2004. p. 144.

¹⁴⁶ Entendimento já a bastante tempo aceito nos tribunais brasileiros:

“Ministério Público. Legitimidade. Ação Civil Pública. Patrimônio Artístico. 1. Para ser objeto de ação civil pública, não é necessário que o dano tenha sido causado contra coisa tombada, entretanto, o especial valor da obra tem que ficar demonstrado nos autos. 2. Na ausência dessa prova, a presunção é de que pertença ao domínio predominantemente particular. 3. Ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação. 4. Sentença confirmada”. TRF 1; Processo: AC 89.01.16076-5/DF - Apelação cível; Relator: Juiz João Batista Moreira; Data da Decisão: 24/11/1993.

¹⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro, *apud* CUNHA, Danilo Fontanele Sampaio. Op. cit. 2004. p. 133.

¹⁴⁸ PUGLIATTI, Salvatori, *apud* SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. *Direito Subjetivo e a Função Social da Propriedade*. In: Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. n. 4. Salvador, jul. 93/dez. 95. p. 178.

¹⁴⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789: Art. XIX. “Ninguém pode ser privado de uma parte de sua propriedade sem sua licença, a não ser quando a necessidade pública legalmente constatada o exige e com a condição de uma justa e anterior indenização”.

¹⁵⁰ Neste sentido, também o prof. San Thiago Dantas: “não havia uma definição romana de *proprietatis* o direito romano não transmitiu à Idade Média a definição, de propriedade, que viesse a repercutir no direito moderno. Isso foi obra dos autores medievais”. DANTAS, San Thiago, *apud* TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 33.

¹⁵¹ Cf. JUSTO, A. Santos. *A Propriedade no Direito Romano. Reflexos no Direito Português*. Separata do Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXV. Coimbra, 1999. p. 99 e ss.

¹⁵² Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino. 1993. Op. cit. p. 120 e ss.

¹⁵³ E também nos tempos médios não havia de ser diferente. O prof. Orlando Gomes cita a Suma Teológica, II-II, q. 66, a. 2 de São Tomás, que entendia que “uma coisa é o direito de apropriar, outra a gestão da coisa apropriada. Assim, é lícito serem próprias as coisas. A utilização, porém, deve ser feita como se as coisas fossem comuns”. AQUINO, Tomás, *apud* GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14 ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1999. p. 98.

¹⁵⁴ Cf. MARTINS, Rodrigo Baptista. *A Propriedade e*

a *ética do capitalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

¹⁵⁵ Cf. MARTINS, Rodrigo Baptista. 1999. Op. cit. p. 38.

¹⁵⁶ DUGUIT, León, *apud* SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. 1995. Op. cit. p. 182.

¹⁵⁷ GOMES, Orlando. 1999. Op. cit. p. 109.

¹⁵⁸ *Idem*. p. 119.

¹⁵⁹ Neste Item serão discutidos os “limites internos” do nosso modelo jusfundamental pertinentes ao direito de propriedade, que nos dizeres do prof. Vieira de Andrade “resultam das situações de conflito entre os diferentes valores que representam as diversas facetas da dignidade humana”, não obstante “os direitos fundamentais têm também limites “externos”, pois não-de conciliar as suas naturais exigências com as imposições próprias da vida em sociedade”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. Op. cit. p. 284.

eram enterrados com o cadáver. Já em relação ao uso da terra, ainda que determinada tribo não fosse nômade, essa era comum a todos, delimitada apenas por marcos naturais que separavam as tribos confrontantes.¹⁵⁵ Portanto, ainda que insistíssemos na proposta de uma noção de propriedade entre tais povos, essa haveria de ser considerada apenas sob seu aspecto social, sendo proprietários da terra todos os membros da comunidade.

Institucionalmente, e já em tempos modernos, a notícia primeira de função social nos é veiculada por León Duguit, ao afirmar que “a propriedade deixou de ser exclusivamente um direito subjetivo do proprietário, para se transformar na função social do detentor da riqueza”.¹⁵⁶ Esse entendimento, especialmente difundido entre os países latinos, juntamente com os ideais socialistas preconizados no século XIX, irá influenciar toda a estrutura do Estado e do constitucionalismo ocidental do século XX, reforçando cada vez mais a ideia de que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão somente para a satisfação do seu interesse, e sim, para a satisfação do interesse social. Neste sentido, o prof. Orlando Gomes respalda-se em Perlingiere ao afirmar que, a partir de então, a propriedade é tida não como tendo uma função social, e sim, com sendo função social.¹⁵⁷

Atualmente, a supremacia do interesse público ganhou ainda mais ênfase, estando esse preceito imbricado em praticamente todos os fatos e relações jurídicas legalmente previstas, sendo que “o conceito de interesse público alarga-se a ponto de se confundir com o interesse coletivo no mais amplo sentido da locação. (...) Tantas e tais têm sido as restrições ao direito de propriedade, no seu conteúdo e no seu exercício, que está abalada sua própria condição tradicional de Direito Privado.”¹⁵⁸ Disso tudo, resta saber, a nível constitucional e nos dias de hoje, qual a real medida da função social da propriedade, *in verbis*, cultural edificada, e como esta se relaciona, primeiro, com o direito individual do proprietário, enquanto tal, e em seguida, com os demais interesses jurídicos envolvidos: individuais e comuns, e que dão à propriedade a qualidade de um direito complexo.

3.1.1 As “limitações”¹⁵⁹ postas e a justa indenização na CF de 1988

A Constituição Brasileira de 1988, em seu Art. 5º, Inciso XXII, assegura o direito de propriedade ao prescrever que “é garantido o direito de propriedade”. No Inciso seguinte, o XXIII dispõe: “a propriedade atenderá a sua função social”. Insta lembrar que o Art. 5º está inserido no quadro constitucional dos direitos e garantias fundamentais, o que deixa claro

que o livre exercício da propriedade é um direito fundante, que, no entanto, deve ser condicionado à sua função coletiva¹⁶⁰. A forma de disposição desses preceitos em nosso ordenamento constitucional sugere, ou melhor, atribui à essência da propriedade, uma característica utilitarista comunitária de modo que a sua função social não constitui sequer uma limitação ao direito individual de exercê-la, à medida que se insere no próprio núcleo desta, ou seja, só se exerce o direito de propriedade quando esta cumpre seu papel social. É dizer que *“la función social pertenece, en síntesis, a la propia esencia del derecho, de la misma manera que le pertenece la atribución al sujeto de un determinado ámbito de poder sobre los bienes”*¹⁶¹. Assim sendo, e no caso do bem cultural edificado, as limitações postas aos proprietários destes bens no sentido de acautelar e preservar o imóvel, na verdade, são condições prévias do direito de propriedade, à medida que este somente se verifica quando cumprida essa função social.¹⁶²

O prof. Orlando Gomes, a despeito do conteúdo do direito de propriedade, salienta que este deve ser analisado sob um duplo aspecto: extrínseco e intrínseco, sendo o primeiro, no caso de bens culturais edificados, facilmente apreendido, já que estes ocupam, no espaço, lugar precisamente definido, podendo ser materialmente isolados. Com relação ao conteúdo intrínseco, este deve ser encarado de dois ângulos distintos: primeiramente com relação as faculdades do proprietário, a extensão dos seus poderes e, em seguida, as limitações (condições) que a ordem jurídica impõe ao seu exercício¹⁶³. Aqui, é importante salientar o *status* constitucional dessas limitações. Pretender que a função social se vincule à atividade legislativa ordinária para que se faça efetiva é subjugar o seu valor ao interesse individualista do proprietário, o que em termos de direito fundamental é inadmissível. Cumpre saber, entretanto, no caso do patrimônio cultural edificado, qual o verdadeiro alcance dessa imposição constitucional à propriedade, sem precisarmos recorrer ao Direito Administrativo, mantendo a discussão, por enquanto, apenas no âmbito constitucional.

Pois bem, tendo em vista que a condição de “função social” da propriedade decorre da própria norma fundamental, de preceito fixado entre os direitos e garantias fundamentais, é importante verificar até que ponto o objeto do domínio (imóvel) deve se prestar – e isso significa impor um determinado comportamento a seu proprietário – a manter a integridade física do bem cultural. Três questões aqui devem ser consideradas: 1º) Sendo o direito de propriedade um direito fundamental formal, e o direito ao patrimônio cultural não, deve esse ser subjogado àquele? 2º) De que forma a propriedade se presta à função social de acordo com o seu valor cultural? 3º) Cabe indenização ao proprietário que precisa atender, são só por meio de posturas negativas, mas também com ações

¹⁶⁰ Repare que, apesar da semelhança, os Incisos XXII e XXIII falam de coisas distintas: o primeiro se refere ao “direito de propriedade” e o segundo, à exata “propriedade”. A esse respeito, bem nos lembra o prof. Bandeira de Mello, que será somente após a delimitação da propriedade pela sua função social, é que se constituirá o direito de propriedade sobre esse conceito já demarcado. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Tombamento e Dever de Indenizar*. In: Revista de Direito Público. Ano XX. n. 81. São Paulo, janeiro/março de 1987. p. 65-73.

¹⁶¹ BARRERO, Rodrigues, *apud* MORENO, Alfonso Pérez. 1990. Op. cit. p. 26.

¹⁶² Esse nosso entendimento pode ser alicerçado ainda com base no instituto desapropriatório. Seja em relação à propriedade rural, seja em relação à propriedade urbana, a Carta Magna prevê a possibilidade de expropriação por interesse social ou utilidade pública de qualquer bem privado — sequer fala em desapropriação do proprietário — (Art. 5º, XXIV, da CF) e ainda a adoção de medidas coercitivas (inclusive com a desapropriação) para os proprietários do solo urbano e rural que se recusem a atender essa premissa (Art. 182, § 4º e Art. 184, § 2º da CF). Inclusive, a inteligência do Art. 184 fala em desapropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Isso posto, justamente porque se não é verificada a condição comunitária do imóvel, logo sequer há que se falar em proprietário ou sua desapropriação, já que ele não possui essa qualidade.

A própria lógica da redação e disposição dos Incisos pertinentes à propriedade remete a essa interpretação, qual seja, a de que a função social da propriedade integra a própria essência do direito e, enquanto tal, só faz sentido quando observada. Os Incisos XXII, XXIII e XXIV do Art. 5º da CF referem-se, respectivamente, à garantia do direito de propriedade, ao cumprimento de sua função social e à desapropriação por utilidade pública e interesse social.

¹⁶³ GOMES, Orlando. 1999. Op. cit. p. 100 e ss.

Acrescenta o prof. Orlando Gomes, sobre a consistência da função social da propriedade, que esta se caracteriza sob triplice aspecto: 1º) “privação de determinadas faculdades; 2º) criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes e 3º) obrigação de exercer certos direitos elementares ao domínio”. Gomes, Orlando. 1999. Op. cit. p. 107.

¹⁶⁴ O prof. Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia as “limitações à propriedade” dos “sacrifícios de direito” para dizer que estes são indenizáveis, enquanto aquelas decorrem do exercício normal da propriedade que delineará o direito do proprietário. Neste sentido, concordamos com o professor paulista para afirmar que o tombamento é limitação posta à propriedade e a não ser que o núcleo essencial do exercício deste direito seja atingido, não deve ser indenizável. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1987. *Op. cit.* p. 66 e ss.

¹⁶⁵ Ao contrário do que se passa com o modelo constitucional de outros países, como na Espanha, onde a proteção ao patrimônio cultural está inserido no Título II, de “Los Derechos y Deberes Fundamentales” e, em Portugal, onde o patrimônio cultural ganha guarda, também, entre os “Deveres Fundamentais do Estado”, no âmbito dos “Princípios Fundamentais” do Estado português.

¹⁶⁶ Esse “não destruir” significa também “não demolir”, “não mutilar”, “não alterar” o bem cultural sem prévia autorização do órgão competente, ou seja, o IPHAN (ao nível nacional).

¹⁶⁷ Essa expressão, que é própria do Direito Penal, se refere a um atuar positivo por parte do sujeito ativo, é dizer que a conduta é praticada mediante uma ação, uma atividade, um comportamento atuante. Por outro lado, e aproveitando o gancho com o tema criminal, poderíamos questionar se a conduta do proprietário que se escusa de tomar as providências cabíveis para a salvaguarda do bem, causando o seu dano, poderia ser enquadrada como crime comissivo por omissão, ou seja, aquele que se consuma por meio da omissão de quem possui o dever jurídico de agir em concreto. *In verbis*: tanto o Código Penal Brasileiro (Art. 65) como a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98 - Arts. 62 a 65) estabelecem o crime de dano contra o patrimônio cultural e, nesse caso, como existe, no Brasil, o dever jurídico de proteção por parte do proprietário do bem cultural edificado seria então o caso de dizer que sua conduta de omissão configura sim como fato típico.

afirmativas, o corolário da função social do bem cultural edificado?¹⁶⁴

1º) O fato de o direito ao patrimônio cultural não estar inserido entre os direitos e garantias fundamentais,¹⁶⁵ como já foi dito alhures, não é razão para ser visto subsidiariamente frente o direito individual do proprietário. A sua proteção decorre de uma interpretação sistêmica e discursiva dialética da Constituição, que passa pela integração de vários princípios objetivos e subjetivos, inclusive com *status* formal de direito fundamental. Falamos do pleno desenvolvimento da pessoa humana, falamos do acesso aos meios de educação e cultura, falamos da liberdade de expressão e também da proteção ao meio ambiente (em sentido *lato*) e, ainda, de outros valores agregados, como no caso da religião – os bens culturais edificados que se revestem também de um significado religioso ganham, por assim dizer, dupla razão para serem postos ao nível dos direitos e garantias fundamentais – e, por fim, o próprio *status* de direito fundamental material, do qual se reveste o patrimônio cultural – alguns autores o veem mesmo como um direito fundamental formal. Por isso tudo e, principalmente, porque a própria preservação do patrimônio cultural edificado já é, em si, uma forma de se atender à função social do imóvel, é que o direito a sua salvaguarda põe-se sim como direito fundamental, no caso, no mesmo patamar do direito individual de propriedade.

2º) O ponto central deste Item, em relação aos “limites” (ou condições) impostos aos proprietários de bens culturais edificados, está justamente em saber de que maneira o suporte físico destes bens serve de meio para que se cumpra sua função social específica, ou seja, quando é que estes satisfazem as expectativas coletivas. Afinal, se a propriedade agrária atende sua função social sendo produtiva e a ordem econômica sendo distributiva da renda, também o bem cultural edificado se presta ao social quando: A) é preservado, conservado e valorizado; B) proporciona o seu acesso a todas as pessoas (condicionado à reserva do possível) e C) se verifica sua gestão democrática. Portanto, são estes os limites que autorizam e, ao mesmo tempo, vinculam os poderes dos titulares do domínio.

Esses “objetivos” somente são alcançáveis por meio de obrigações negativas e positivas tomadas por parte dos proprietários desses bens, sejam eles sujeitos particulares ou o próprio Poder Público. Na verdade, em termos negativos, a conduta vedada é uma só: “não destruir”¹⁶⁶, comissiva¹⁶⁷ ou omissivamente o bem cultural edificado. Essa limitação é depreendida da leitura dos seguintes artigos da Carta Magna: Art. 5º, LXXIII (ação popular contra ato lesivo ao patrimônio cultural); Art. 23, IV (dever da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios de impedir a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico ou cultural) e Art. 216, § 4º (os danos e ameaças ao patrimônio

cultural serão punidos, na forma da lei). Em termos de obrigações positivas, para que se possa garantir a integridade dos edifícios e possibilitar o seu acesso a todas as pessoas, além da sua gestão democrática, é preciso que os proprietários cumpram uma série de medidas, desde logo impostas pela Constituição Federal,¹⁶⁸ o que não significa que toda a matéria esteja aqui estabelecida, afinal a própria norma superior, em determinados casos, remete para a legislação ordinária os termos a serem observados¹⁶⁹. *Como forma de garantir a integridade física dos bens culturais edificados*, podemos citar o Art. 23, III (dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural e os monumentos) e o Art. 216, § 1º (o poder público com colaboração da comunidade promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação). Já o *acesso a esses bens culturais* é depreendido da leitura do Art. 23, V (dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência) e Art. 215, *caput* (o Estado garantirá a todos o acesso às fontes da cultura nacional). Agora, *a gestão democrática do patrimônio cultural, in verbis*, o edificado, é posta pelo Art. 5º, LXXIII (ação popular), Art. 215, § 3º, IV (as ações do poder público devem conduzir à democratização do acesso aos bens de cultura) e Art. 216, § 1º (o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro).

Mas, afinal, em termos práticos, como se verificam essas “limitações” ao poder do proprietário, próprias dos bens culturais edificados, em favor do interesse público? Ora, com relação às obrigações negativas, significa que o direito de “abusar” de sua propriedade fica condicionado à prévia manifestação do órgão público gestor do patrimônio cultural¹⁷⁰, ou seja, sem a autorização dos agentes municipais, estaduais e federais, responsáveis pelos diversos níveis de proteção do bem cultural em causa, o proprietário não pode alterar, demolir ou alienar seu bem. Agora, problema maior surge ao nos referirmos às obrigações positivas a que se submetem os sujeitos em causa, especialmente os particulares, afinal, uma coisa é atribuir uma responsabilidade positiva ao Poder Público com vistas à promoção do interesse público, outra é esperar que o indivíduo privado também tenha tal responsabilidade. Esse ponto toca a questão do “princípio da igualdade” e da distribuição de encargos para a manutenção de bens públicos¹⁷¹, no entanto, nos limitemos, por hora, a expor esses limites e deixemos para o tópico seguinte a polêmica da questão ora suscitada.

Basicamente e com fundamento nos preceitos constitucionais pátrios, o proprietário do bem cultural edificado, para além das disposições ordinárias, deve conservar, preservar, restaurar e precaver o bem cultural edificado,¹⁷² deve também possibilitar o acesso

¹⁶⁸ O direito ao patrimônio cultural, como preceito consagrado na qualidade de “direito e garantia fundamental”, possui “aplicabilidade imediata”, quer dizer, nas palavras do prof. Canotilho, que “não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. 2006. Op. cit. p. 438.

¹⁶⁹ Vide, por exemplo, o disposto no Art. 30, IX, da CF: “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) IX. promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

¹⁷⁰ A propósito da autorização emitida por agente competente para que se promova alterações em bem de interesse cultural, o STF já se posicionou pela legitimidade da medida, maneira que não afronta o direito de propriedade:

“Ementa: LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. Prédio Considerado Unidade de Interesse de Preservação, por decreto do Prefeito Municipal de Curitiba. Limitação genérica, gratuita e unilateral ao exercício dos direitos dos proprietários, em prol da memória da cidade (...). Recusa de autorização para demolição que não importa afronta ao direito de propriedade. Recurso não conhecido”. RE 114468/PR. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento em 31/05/1988. Publicação: DJ 24-06-1988 PP-16118.

¹⁷¹ Para já adiantar a questão sobre os fundamentos da “justiça tributária” (eficiência, segundo os autores) e do ônus de sustentar os bens públicos, V. MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O Mito da Propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁷² De acordo com a Decisão Normativa nº 80, de 25 de maio de 2007 do CONFEA, tem-se que: “Conservação: conjunto de técnicas preventivas destinadas a prolongar o tempo de vida de uma edificação histórica, por meio de ações de manutenção ou reparação: 1) manutenção: conjunto de operações destinado a manter em bom funcionamento a edificação como um todo ou cada uma de suas partes constituintes, por meio de inspeções de rotina, limpeza, aplicação de novas pinturas, reparos na rede elétrica e hidráulica, etc.; 2) reparação: conjunto de operações destinado a corrigir anomalias existentes para manutenção da integridade estrutural da edificação; preservação: conjunto de técnicas de conservação e de restauração que visam manter a integridade e a perpetuidade de um bem cultural; restauração ou restauro: conjunto de ações destinado a restabelecer a unidade da edificação do ponto de vista de sua concepção e legibilidade originais, ou relativa a uma dada época, que deve ser baseada em investigações e análises históricas inquestionáveis e utilizar materiais que permitam uma distinção clara, quando observados de perto, entre original e não original”.

¹⁷³ Visto a inviolabilidade de domicílio particular, este dever possui mais aplicabilidade quando se refere a bens de propriedade do Estado, que, inclusive, visto a regra da democratização do acesso aos bens de cultura (Art. 216, § 3º, IV), deve dinamizar esse acesso com medidas de reabilitação do imóvel para que possa comportar a presença pública.

¹⁷⁴ O fundamento do dever jurídico de participação na gestão democrática do patrimônio cultural é o mesmo daquele posto no dever de conversar e prevenir os bens culturais, afinal, tais medidas são parte indissociável de uma política adequada de preservação e que, portanto, se impõe aos proprietários como medidas de atuação positivas.

¹⁷⁵ SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. 1995. Op. cit. p. 183-184.

¹⁷⁶ Mesmo a legislação ordinária brasileira, em nenhum momento, prevê algum tipo de indenização em razão do condicionamento ordinário da propriedade à sua função social. Seja a lei de desapropriação por utilidade e necessidade pública (Decreto-Lei 3.365/41), seja a lei de desapropriação por interesse social (4.132/62), seja a lei que regula o patrimônio cultural (Decreto-Lei 25/37), só se fala em indenização nos casos de perda da propriedade.

¹⁷⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 153.

¹⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIV — a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. 4º - É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação

a esses bens de modo condicionado à reserva do possível – afinal, não esperamos que terceiro invada o dormitório de um proprietário que reside em um casarão do século XVIII¹⁷³, e deve participar ativamente da gestão democrática do patrimônio cultural,¹⁷⁴ sem criar, para tanto, empecilhos de ordem individualista. Importante ressaltar que o direito de propriedade, visto sob esses moldes, perde sentido como direito subjetivo clássico e passa a ser considerado como direito subjetivo vinculado (ou direito subjetivo público) onde “o titular recebe um poder jurídico, mas, simultaneamente, a lei estabelece para ele um dever jurídico no sentido de como ele vai exercer esse direito de propriedade, de modo a conciliar o interesse social com o interesse coletivo privado, interesses públicos e interesses difusos”.¹⁷⁵ Logo, e por hora, resta saber se esses deveres dos proprietários atingem, ou não, a própria essência do direito subjetivo de propriedade, o que suscitaria o debate sobre a possibilidade da desapropriação e, conseqüentemente, do pagamento da devida indenização (Art. 5º, XXIV, da CF/88).

3º) A Constituição Brasileira é bastante clara ao prescrever que somente haverá o direito de “indenização” nas hipóteses em que se verificar a “desapropriação”,¹⁷⁶ ou seja, quando houver a perda definitiva da propriedade.¹⁷⁷ Em se tratando dos bens culturais edificados e da desapropriação como forma de garantir a sua salvaguarda (Art. 5º, Alínea k da Lei 3.365/41 – Lei de Desapropriação por Utilidade Pública), encontramos na Norma Ápice dois dispositivos aplicáveis ao nosso estudo:¹⁷⁸ o Art. 5º, XXIV e o Art. 182, § 4º. O primeiro, de cunho mais genérico, fala da desapropriação por necessidade pública, utilidade pública e interesse social¹⁷⁹ de qualquer bem, não apenas os culturais; já o segundo dispositivo se refere à propriedade urbana e à desapropriação como medida coercitiva ao sujeito que não promove o seu adequado aproveitamento. Portanto, ainda que se fale em “desapropriação parcial ou restrições administrativas indenizáveis”,¹⁸⁰ entendemos que somente nas hipóteses em que o núcleo essencial do direito subjetivo do proprietário é atingido de forma drástica e irremediável é que poderemos falar em uma indenização cabível, ou seja, se as obrigações negativas e positivas, normais decorrências de qualquer exercício regular da propriedade, que é também função social, atingirem de tal modo o direito subjetivo do proprietário, tornando-o mais um dever que um poder (de modo desproporcional), aí, sim, deverá haver a indenização, o que será avaliado de acordo com o caso concreto.¹⁸¹ Maria Elizabeth Fernandez mostra que tanto em Portugal como na França o proprietário gravemente atingido por um vínculo relacionado à classificação, tem “assegurado o direito de requerer ao Estado a sua expropriação nos termos das leis e dos regulamentos em vigor sobre a expropriação por utilidade pública”.

O que ocorre em França e em Portugal não tem equivalência no Brasil, entretanto

mostra uma certa convergência no sentido de só existir a indenização para os casos de expropriação, ainda que essa seja requerida pelo próprio proprietário independentemente de ter havido ou não o prévio tombamento do bem imóvel. Isto posto, devido a alegação de que alguns autores¹⁸² entendem que o tombamento, por si só, ensejaria o pagamento de uma indenização aos proprietários de bens culturais edificados. Ora, ainda que existisse algum fundamento legal que amparasse tal alegação, o que não há, a proposta de fixar uma indenização em razão do condicionamento da propriedade cultural edificada à sua função social específica é absurda pelos seguintes motivos:

1. Primeiramente, o tombamento, como já foi referido, e posteriormente será mais bem discutido, não é ato constitutivo, e sim, declaratório. O bem cultural edificado está sujeito ao poder de polícia do Estado e às limitações do Direito Público independentemente de essa decisão pública, expressa pela lei ou por ato administrativo, já ter sido praticada ou não;

2. Não há nenhuma previsão legal em nosso ordenamento jurídico que autorize essa prática. O que mais se aproximaria disso seria o dever de indenizar pelo valor fixado pelo Código Civil, no entanto, nem essa hipótese seria aplicável, visto que o dever de indenizar cabe somente se o ato praticado constituir-se como ilícito (Art. 927 do CC).

3. Nem sempre o tombamento implica prejuízo ao proprietário do bem tombado, podendo ocorrer, inclusive, o contrário, ou seja uma valorização do bem inscrito.

4. Os incentivos estatais em favor da preservação dos bens culturais devem ser fixados com critérios essencialmente objetivos (não-pessoais), atribuindo isenção de tributos para imóveis de valor cultural ou criando linhas de crédito especiais para reforma específica desses imóveis, sempre tendo em vista os bens culturais em si, e não os seus proprietários.

5. As “limitações” postas ao bem cultural edificado não excluem, a não ser em casos excepcionais, os poderes de usar, fruir e alienar a coisa, apenas a condicionam a determinadas regras de ordem pública, como de fato já ocorre com toda propriedade, seja ela cultural ou não.

Sendo assim, e convictos de que não cabe nenhuma indenização ao proprietário de um bem cultural edificado, seja ele tombado ou não, entendemos que a única hipótese cabível seria no caso de uma “restrição” que afetasse significadamente o equilíbrio dominial e que, no caso, pode ser verificada tanto mais nas servidões administrativas postas ao entorno do bem cultural edificado (regra do *non aedificandi*) quanto ao bem objeto do acatamento. Por fim, é importante que haja instrumentos de incentivo à preservação dos bens culturais. O fato de não ser possível o pagamento de indenizações

compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais.

* Ainda há o § 3º do Art. 182 - “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”, no entanto, este dispositivo somente repete, de modo específico às propriedades urbanas, o já estipulado no Art. 5º, XXIV.

¹⁷⁹ A proteção ao patrimônio cultural pode justificar a desapropriação com base nestas três hipóteses. Seja por necessidade pública (“quando a Administração está diante de um problema inadivél e premente” — Decreto-Lei 3.365/41), utilidade pública (“quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo” — Decreto-Lei 3.365/41) ou interesse social (para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social — Lei 4.132/62), tudo dependerá do caso concreto a ser avaliado e considerado pelo ente expropriante. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 163.

¹⁸⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1987. Op. cit. p. 65-73.

¹⁸¹ Maria Elizabeth Fernandez mostra que, tanto em Portugal como na França, o proprietário gravemente atingido por um vínculo relacionado à classificação tem “assegurado o direito de requerer ao Estado a sua expropriação nos termos das leis e dos regulamentos em vigor sobre a expropriação por utilidade pública”. FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada*. STVDIA IURIDICA 57. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 96-97.

O que ocorre em França e em Portugal não tem equivalência no Brasil, entretanto mostra uma certa convergência no sentido de só existir a indenização para os casos de expropriação, ainda que essa seja requerida pelo próprio proprietário.

No Brasil, “a desapropriação não se origina em ato espontâneo do *dominus*, nem na declaração dupla de vontade, do alienante e do adquirente” (SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil* v. IV. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 236), não obstante acreditemos que em vista de restrições “graves” ao exercício do direito de propriedade, o proprietário pode ingressar em juízo requerendo sua desapropriação e consequentemente o pagamento em dinheiro de justa indenização com base no disposto no Art. 5º, XXIV da CF.

¹⁸² Dentre outros, Diógenes Gasparini e também

Celso Antônio Bandeira de Mello. GASPARI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 427 e ss. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. Malheiros. São Paulo, 2000. p. 680 e ss.

não significa o seu desamparo completo ou dos proprietários. Políticas públicas que apoiem e incentivem o seu uso sustentável, linhas de crédito específicas para restauração dos edifícios, disponibilização de mão de obra especializada, incentivos tributários e adoção de programas de conscientização dos proprietários e população em geral da mais valia que representa ter intacta a memória viva de uma cidade ou nação, são apenas alguns exemplos de como compensar proprietários e, ao mesmo tempo, valorizar os bens culturais.

3.2 A função social e “individual” do bem cultural edificado

Até o momento, concentramos nossos esforços em evidenciar o significado da função coletiva do bem cultural edificado dentro do nosso modelo constitucional e demonstrar como a sociedade e o “Estado” devem se comportar diante da obrigação de preservar e promover esse objeto físico que agrega ao mesmo tempo um valor imaterial, comum a toda sociedade, e o normal exercício do seu suporte material cujo titular é “somente” um indivíduo. Ressaltamos, insistentemente, o aspecto coletivo dos bens culturais como meio conformador de justiça social e a perda gradativa de espaço do direito individualista no cômputo do conteúdo da propriedade. Verdade é que, da forma como foi abordado o assunto até agora, pode-se concluir, inclusive, que o interesse privatista deve ceder sempre ao valor comunitário do bem em causa.¹⁸³

O que se passa, entretanto, não é exatamente assim, inclusive o prof. Casalta Nabais aponta para os perigos de um jusfundamentalismo pautado na proteção desmediada dos bens culturais, com a possibilidade, até mesmo, de se obter o efeito oposto ao pretendido de início.¹⁸⁴ Tanto o direito de propriedade como o direito ao patrimônio cultural devem ser equitativamente ponderados,¹⁸⁵ com especial atenção ao princípio isonômico constitucional, de tal modo que o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que só é possível o tratamento discriminatório (no caso, dos proprietários) quando o critério diferenciador funda-se numa justificativa racional conexa, afinada com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.¹⁸⁶

Neste contexto, é indispensável ter em mente que muitas vezes o que é tido como direito privado é, na verdade, interesse social de mais elevada grandeza, afinal, ainda que muitos dos bens culturais edificados, monumentos por assim dizer, pertençam ao próprio Poder Público e à Igreja, o grande nicho de debate e domínio de bens culturais edificados encontra-se, na verdade, nas mãos de cidadãos proprietários particulares que,

¹⁸³ Gregory S. Alexander atento a esse fundamentalismo da função social da propriedade afirma que a razão de ser da propriedade e sua proteção constitucional não é nada mais, nada menos, que criar uma parede entre o individual e o coletivo para garantir o espaço do indivíduo, tanto literalmente como figurativamente, satisfazer suas vontades e necessidades pessoais, o que parece estar totalmente invertido atualmente em um ambiente em que se percebe apenas um dos lados da figura. ALEXANDER, Gregory S. *Takings and The Post-Modern Dialectic of Property*. In: *Constitutional Commentary*. v. 2. n. 2. Minnesota, Summer/1992.

¹⁸⁴ O professor de Coimbra faz especial menção ao Art. 15^o, nº 7 da LPC portuguesa, que dispõe: “os bens culturais imóveis incluídos na lista do patrimônio mundial, integram, para todos os efeitos e na respectiva categoria, a lista dos bens classificados como de interesse nacional”. Chama a atenção para a remissão inadequada para o Direito Internacional em questão de direito interno, do desrespeito ao *due process of law* para a banalização do conjunto que é classificado em grupo e que contempla, neste caso, até mesmo o que deveria ser refutado (como as construções irregulares inseridas no conjunto). V. NABAIS. José Casalta. 2006. Op. cit. p. 732 e ss.

na maioria das vezes, residem ou mesmo tiram seu sustento desses imóveis. Disso, seria bom considerar que não se trata apenas da mais valia que deixa de ganhar o proprietário do bem cultural, visto as “limitações” postas ao seu uso,¹⁸⁷ é preciso que seja levado em consideração, a partir de uma perspectiva isonômica, que essa propriedade privada, enquanto tal, cumpre também uma “outra” função social, que pode ser tanto de moradia como até mesmo de meio de subsistência, não excluindo ainda outras hipóteses.

O direito à moradia está previsto no Art. 6º da CF na qualidade de direito social fundamental.¹⁸⁸ Importante destacar que, até o ano de 2000, a redação do Art. 6º não contemplava esse direito, tendo sido alterado o seu texto pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.¹⁸⁹ Como é sabido, os direitos constitucionais sociais têm eficácia jurídica imediata no sentido de revogar tudo aquilo na ordem jurídica que, de alguma forma, não for compatível com sua estipulação, não obstante a sua realização efetiva e concreta esteja limitada ou condicionada à “reserva do possível”, principalmente num país com imensas demandas sociais como o Brasil.¹⁹⁰ Ainda assim, o direito à moradia, como um direito social fundamental, passa a ser importante diretriz e base na formulação de políticas comuns e deve ser levado em consideração sempre que determinada proposta pública ou posição jurisdicional tocar o seu conteúdo (como no caso da gestão dos conjuntos culturais edificados). Está também previsto no Art. 23, IX, da CF, como sendo de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais” e ainda no Capítulo “Da Política Urbana”, Art. 182, especialmente o § 2º, que estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Como foi dito, os principais problemas e a grande maioria dos sujeitos diretamente afetados com a obrigação de salvaguarda dos bens culturais são, na realidade, os moradores dos sítios urbanos de reconhecido valor cultural e que, muitas vezes, tem no casarão setecentista a única residência sua e de sua família.¹⁹¹ Esse proprietário que tem o dever jurídico de proteção e preservação do patrimônio cultural tem que conciliar esse ônus/dever (sujeito inclusive a sanções penais) com a necessidade de alojamento e qualidade de vida dos seus, tem que equacionar o conforto e as necessidades especiais de cada um dos residentes com os caracteres e a estrutura de imóveis concebidos há 300 anos. Para se ter uma ideia, somente o Estado de Minas Gerais possui 13 municípios com sítios urbanos tombados a nível federal, o que representa milhares de pessoas que comungam uma realidade semelhante, mas de maneira alguma sujeita a uma uniformização de tratamento e decisão.

O sociólogo e filósofo Henri-Pierre Jeudy destaca que hoje nós perdemos a liberdade de esquecer, na verdade, esquecer passou a ser crime. O excesso de conservação de hoje acaba anulando a vida presente destituindo-a de seus encantos, isso termina por inspirar, às vezes, uma repulção dos vestígios conservados. JEUDY, Henri-Pierre. 2005. Op. cit. p. 16.

¹⁸⁵ Ainda que a evolução do direito público tenha acentuado a tônica do sentido social da propriedade, “essas limitações, porém, não extinguem, nem imobilizam o direito de propriedade, que continua a se exprimir através das faculdades ou poderes inerentes ao domínio”. TÁCITO, Caio, *apud* TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 35.

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2003. Op. cit. p. 21 e ss.

¹⁸⁷ O prof. Saldanha Sanches se refere aos casos em que os proprietários de imóveis em zonas classificadas (tombadas) perdem uma mais valia em razão do *non aedificandi*; no caso, uma exterioridade negativa. SANCHES, Luís Saldanha. *O Regime Fiscal dos Imóveis Classificados*. In: Actas do Colóquio realizado em Monserrate (Sintra). Edição: Câmara Municipal de Sintra, Sintra, 2006.

¹⁸⁸ Sobre a importância do amparo constitucional ao direito de moradia, o prof. J. Pinto Furtado menciona sentença da *Corte Costituzionale* italiana, de 24 de março de 1988 onde se admite expressamente que “o direito ao teto constitui direito inviolável do homem” e cita Breccia ao dizer que a “falta de um alojamento adequado é um grave obstáculo ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e que “a habitação surge como um instrumento indispensável para consentir a efetiva realização dos direitos do homem”. FURTADO, J. Pinto. *Valor e Eficiência do Direito à Habitação à Luz da Análise Económica do Direito*. In: O Direito. Ano 124º. Lisboa, outubro/dezembro de 1992. p. 528-529.

¹⁸⁹ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹⁹⁰ A esse respeito, o prof. Canotilho critica a ideia de um direito social sob “reserva dos cofres cheios”, não obstante reconheça a dificuldade de sua implementação devido ao fato de pressuporem “grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado”. Ainda assim, o professor de Coimbra concorda que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas.” CANOTILHO, J. J. Gomes. 2006.

Op. cit. p. 481-482.

Sobre a questão da “reserva do possível” em matéria de direitos sociais, ver, dentre outros, LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

¹⁹¹ O Brasil possui hoje 58 “sítios urbanos” tombados a nível nacional. Alguns deles, como o “conjunto arquitetônico e paisagístico de Ouro Preto” (tombado em 20/01/1938 - Livro do Tombo: Insc. 39 fl.08, LH inscr. 512fl. 98; LAEP Insc. 98 fl.47- Proc. 070-T-38) e o “conjunto arquitetônico e paisagístico de Diamantina” (tombado em 16/05/1938 - Livro de Tombo: LBA vol.1 Insc. 66 fl. 12) possuem mais de 1.000 imóveis residenciais incluídos no seu conjunto. Ademais, existem ainda núcleos históricos, conjuntos paisagísticos, fazendas e imóveis isolados, tombados ao nível estadual e municipal, além de outros tantos bens culturais edificados, que apesar de não serem formalmente tombados, apresentam significativa relevância cultural seja local, regional ou nacional.

¹⁹² FURTADO, J. Pinto. 1992. Op. cit. p. 525-540.

¹⁹³ NACIONES UNIDAS. *El Derecho Humano a Una Vivienda Adecuada*. Folheto Informativo nº 21. Geneva, 1994. p. 4-5

¹⁹⁴ Moradia que, segundo parecer das Nações Unidas, deve proporcionar o direito à higiene ambiental e o mais alto nível de saúde física e mental que seja possível alcançar. NACIONES UNIDAS. 1994. Op. cit. p. 10.

¹⁹⁵ Neste sentido, os exemplos são muitos e um deles refere-se aos proprietários que dão destinação comercial ao seu imóvel. Atualmente, diante de uma revolução em termos comerciais que se vive nos grandes centros urbanos, um dos problemas que toca a preservação dos núcleos históricos refere-se à decadência comercial que aí se verifica, visto a expansão das grandes galerias comerciais nas periferias da cidade. Pensar formas de revitalização do comércio nos núcleos históricos significa também proteger os bens culturais de modo sustentável. V. BALUIA, Luis. *A Questão do Centros Históricas e os Novos “Projetos de Urbanismo Comercial”*. In: URBANISMO. Ano 1. Lisboa, outono/1998. p. 16-19.

¹⁹⁶ A própria Constituição aponta o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, condicionando-o, entretanto, aos mesmos princípios que orientam a ordem econômica como um todo, ou seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (Art. 170 da CF).

¹⁹⁷ Usualmente, escuta-se falar no conflito jurídi-

O prof. J. Pinto Furtado aborda a questão do direito à habitação sob a perspectiva de uma análise econômica do Direito, salientando a importância em compatibilizar a dicotomia *eficiência-equidade*.¹⁹² Trazendo esse debate para a questão dos bens culturais edificados, é dizer, exatamente, que a eficiência no uso desses bens, em todos os seus aspectos – de modo a potencializar sua vocação cultural, econômica e social – tem que ser igualmente aproveitada e/ou suportada por todos os cidadãos, o que em termos constitucionais, no Brasil, já é uma realidade já que o Art. 170 (que inaugura o Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira) estabelece que a ordem econômica deve se fundar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa de modo a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os seguintes princípios: a propriedade privada e a função social da propriedade.

De acordo com o relatório das Nações Unidas que traça estratégia mundial para a moradia adequada, esta significa:

*disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.*¹⁹³

Portanto, estamos diante de um direito “individual”, o direito de uso, gozo e disposição da propriedade que, na verdade, significa algo mais que um interesse meramente egoístico. Ao nos referirmos aos bens culturais edificados e sua necessidade de serem conservados, preservados e valorizados, isso não pode, de forma alguma, se dar a qualquer custo e especialmente desprezando todos os demais bens jurídicos representados por essa propriedade, dentre os quais, o direito à moradia adequada.¹⁹⁴

Retomando o disposto no Art. 170 da CFB, convém destacar ainda a importância que o bem cultural edificado pode ter como meio de promoção de subsistência de uma família ou mesmo de uma coletividade. Significa falar do aproveitamento econômico desses bens como formas de realização da sobrevivência de seus proprietários e famílias de modo a propiciar uma “existência digna”.¹⁹⁵ Em termos pontuais, podemos nos referir àqueles que utilizam o bem como ponto comercial ou mesmo como empreendimento, entretanto, podemos também falar em meso e macro propostas e políticas públicas voltadas para o aproveitamento econômico do conjunto destes bens, especialmente quando nos referirmos ao turismo,¹⁹⁶ e novamente surge a necessidade de ponderarmos os interesses de proteção do patrimônio cultural com o papel da propriedade como meio de

subsistência de alguns indivíduos. Essa questão, própria do aproveitamento sustentável dos bens culturais edificados, será, entretanto, mais bem abordada no Capítulo II.

3.3 Resolução de conflitos: o patrimônio cultural edificado e “os direitos” dos proprietários¹⁹⁷

O equilíbrio do conteúdo do direito de propriedade que oscila entre o interesse individual do proprietário e o interesse social é um exercício constante para o jurista e os aplicadores do direito, e que apresenta múltiplas soluções,¹⁹⁸ influenciadas por realidades e ideologias diversas, regidas por normas de diferentes níveis e editadas em diferentes épocas. Não iremos aqui discutir teorias de estrutura da norma e resolução de conflitos. Iremos apenas ver, no caso concreto, como se apresenta as dificuldades de conciliar regras e princípios que regem o direito individual de propriedade e o direito ao patrimônio cultural, bem como o possível, ou possíveis, caminhos a serem considerados em transpor tais obstáculos.

De antemão, conforme nos ensina Alexy, tudo irá depender do caso concreto e de um exercício de ponderação de interesses e proporcionalidade dos resultados,¹⁹⁹ além da busca constante da máxima efetividade dos direitos fundamentais.²⁰⁰ Na verdade, o que existe, no caso do bem cultural edificado, não é uma situação de contradição e sim um “campo de tensão” com um, ou vários, conflitos postos. A começar, a propriedade é, na sua essência, função social, mas não somente, sendo também direito subjetivo do proprietário, razão pela qual já demanda um esforço em conciliar tais interesses, ademais, como já foi dito, por trás deste direito individual, existem, por vezes, outros fatores (condições) envolvidos, como “moradia” ou “meios de subsistência” de um lado e o “aspecto religioso” de outro. Somente em razão do caso concreto,²⁰¹ verificadas as normas aplicáveis, as condições postas e ponderados os resultados possíveis é que será possível construir um juízo de valor adequado.

De modo geral, os direitos fundamentais *prima facie* postos em discussão são: o direito individual de propriedade e o direito ao patrimônio cultural (ou o bem jurídico patrimônio cultural), entretanto, conforme as circunstâncias, outros direitos podem ser chamados, pondo razões a favor ou contra a tais direitos *prima facie*. Tudo é uma questão de avaliar o caso concreto, sabendo que, a princípio, o único limite comum aos direitos fundamentais em jogo reside na exigência de que seu exercício²⁰² “não afete” – de modo

co entre “o direito ao patrimônio cultural e o direito de propriedade”. Ainda que seja inteligível a proposta de debate, a verdade é que a terminologia empregada não é a mais adequada. O valor cultura integra o conteúdo da propriedade cultural, não existe o embate entre a propriedade e seu próprio conteúdo. O que há é uma divergência de interesses entre aqueles reclamados pelos proprietários e o direito subjetivo público referente à preservação do patrimônio cultural.

¹⁹⁸ É uma questão de circunstâncias onde, tal qual elas sejam, as soluções podem ser diversas. Cf. ALEXY, Robert. 1993. Op. cit. p. 89.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ No que se refere à resolução de conflitos de direitos fundamentais, segundo o prof. Canotilho, neste caso, “a única solução constitucionalmente admissível é aquela que leva mais longe a proteção dos direitos fundamentais, isto é, a que procede à sua concordância prática numa ótica de máxima efetividade.” CANOTILHO, J. J. Gomes. 2006. Op. cit. p. 13 e ss.

²⁰¹ O prof. José Cretella Júnior também destaca a importância em avaliar cada caso concreto ao nos referirmos à dimensão dos poderes do proprietário: “O exercício dos direitos de um proprietário pode chocar-se com o exercício de outros direitos, o que permite distinguir, em cada propriedade, um âmbito íntimo, sobre o qual convergem outros direitos, disciplinados pelo Estado”. CRETELLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit.

²⁰² Em matéria de direitos fundamentais, reza o texto constitucional espanhol: Art. 53.1. “*sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*”. A Constituição Alemã, Art. 19.1: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt antastet werden*” (em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial - tradução nossa). E a Constituição Portuguesa, Art. 18.3: “*As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*”.

No Brasil, em nosso texto constitucional, não há dispositivo semelhante, em termos de respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que não significa uma falha, até mesmo por que, como salienta Canotilho, a vida comunitária não comporta uma realidade onde não há a “limitação dos direitos fundamentais, mesmo no seu núcleo essencial” (CANOTILHO, J. J. Gomes. 2006. Op. cit. p. 459). A desapropriação, ainda que haja a indenização, atinge o núcleo essencial do direito à propriedade, entretanto, diante de um

processo de ponderação de bens, deve ser relativizada em prol do bem comum.

²⁰³ CIANCIARDO, Juan. *El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales*. EUNSA, Navarra, 2000. p. 57 e ss. Salienta o prof. Queiroz Telles: “de fato, seria absurdo que todos pudessem exercer os direitos fundamentais, ilimitadamente, pois esta conduta ensinaria que os direitos de uns prejudicassem os dos demais”. TELLES, António A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 35.

²⁰⁴ Com relação à afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos, compartilhamos da ideia posta pela “Teoria Relativa” em que a limitação de um direito fundamental deve ser devidamente justificada e somente aceita mediante uma razão suficientemente poderosa, fundamentada na ordem constitucional como um todo. O prof. Vieira de Andrade, entretanto, apregoa a importância de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, numa perspectiva abstrata, sob o risco de colocar nas mãos do legislador ordinário um poder que não lhe cabe aduzir os valores fundamentais do texto constitucional. Sobre a “Teoria Relativa” de limitação dos direitos fundamentais, V. ALEXI, Robert. 1993. Op. cit. CIANCIARDO, Juan. 2000. Op. cit. p. 260 e ss.

²⁰⁵ Trata-se de uma iniciativa da Empresa Artística S.A., proprietária do Coliseu do Porto, pedindo à autarquia que certifique que “não existe impedimento em alargar a utilização do dito prédio para conferências, festas, palestras, sermões, culto religioso e atividades de ação social”. CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas. 1995. Op. cit. p. 11.

²⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas. 1995. Op. cit.

²⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas. 1995. Op. cit.

²⁰⁸ Segundo a notificação nº 06/94 emitida pelo município, juntada às folhas 21 e 22 dos autos: “No mesmo ato, considerando o seu valor como arquitetura e local de referência de sua vida cultural, o referido Conselho deliberou tomba integralmente a referida edificação situada na Avenida Amazonas, 333, conhecido como Cine Brasil, bem como o seu uso para atividade artístico-cultural (grifo nosso)”.

drástico, direito, também fundamental, de terceiras pessoas,²⁰³ tão pouco coloque em risco o seu núcleo essencial.²⁰⁴

Um dos casos exemplares em Portugal se refere à decisão da Câmara Municipal do Porto em não autorizar a realização de eventos religiosos no espaço cultural “Coliseu do Porto”,²⁰⁵ apesar de ele ser administrado por entes particulares, sob a alegação de que se trata de uma importante casa de espetáculos de “grandes tradições”; um espaço cultural único, “patrimônio colectivo da cidade”; o que seria, de todo modo, incompatível com a realização de atividades religiosas no local. Diante desse episódio, e do choque de interesses envolvidos, manifestamente, o direito individual de propriedade, o direito à liberdade religiosa e o bem “patrimônio cultural”, os profs. J. J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado foram convidados a emitir um parecer a respeito, em que ressaltaram alguns aspectos de suma importância para o caso que de maneira geral, têm utilidade para outras situações do genero. Lembram que, diante de uma situação de conflito de direitos fundamentais, “não é admissível uma metódica de resolução que venha acentuar unilateralmente um dos bens em presença em detrimento de todos os outros, afinal tal atitude comprometeria a própria ideia de unidade da Constituição.”²⁰⁶

Os professores ressaltam a diferença que existe entre a beleza e o uso de um edifício, devendo este ser controlado pelo Poder Público apenas quando incompatível com a fruição estética dele. Insistem no argumento da igualdade material, especificamente no tratamento administrativo dispensado às confissões religiosas minoritárias, e recomendam uma análise individualizada dos casos concretos através de um processo *ad hoc* de ponderação de bens (*balancing*) e demonstração de argumentos concludentes e incontornáveis, de modo a alcançar a solução menos agressiva aos direitos postos.²⁰⁷

No Brasil, caso semelhante foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por via do Recurso Extraordinário nº 219.292-1/MG de 07/12/1999, Ministro Relator Octávio Gallotti, onde o Município de Belo Horizonte, com o intuito de proteger e preservar o edifício do “Cine Brasil”, emitiu notificação aos seus proprietários dando conhecimento do tombamento do imóvel e determinando o seu uso para “atividades artístico-culturais.”²⁰⁸ Os seus proprietários, inconformados com o ato da Administração, que não se limitava a tomba o imóvel, mas também vinculava o seu uso a determinado fim, recorreram ao poder judicial que, em sentença de segundo grau confirmada pelo STF, decidiu pela manutenção do tombamento com a retirada, entretanto, do trecho que determinava o uso do imóvel para a atividade artístico-cultural.

No caso brasileiro, os argumentos adotados pelos ministros do STF, apoiam-se em dizer que o poder de polícia da Administração limita-se a averiguar se as atividades prati-

cadavres no imóvel, sejam elas quais forem, são adequadas ou não à preservação de suas características culturais materiais, não sendo possível depreender da leitura do Art. 216 da CF que o uso do bem cultural edificado também será objeto de tutela.²⁰⁹ É que o Inciso IV, do Artigo em comento prescreve que constitui patrimônio cultural brasileiro “as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais”, isso, no entanto, não deve ser confundido, ou seja, o pressuposto da preservação dos prédios com a atividade desenvolvida pelo próprio. Assim, de modo mais pragmático e se limitando a dar a correta interpretação do dispositivo objeto da lide (o Art. 216 da CF), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de abrir o uso do bem cultural edificado a diversos fins, desde que adequados à preservação da edificação, ainda que diversos da concepção de uso originária do imóvel.

Tanto os juristas portugueses como a Corte Suprema brasileira se valem de métodos diferentes para a resolução destas lides análogas, mas que, ao final, conduzem à mesma solução. Nos exemplos citados, o trabalho de ponderação de princípios e busca de máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos é importante, não obstante a fixação de um conteúdo preciso da norma fundamental, de modo a assegurar plenamente o seu “núcleo essencial (o domínio garantido)”²¹⁰ seja num ponto que sempre deve ser almejado. De certo modo, ambos os esforços se completam, exercício que deve ser posto em prática nos demais casos, especialmente quando envolverem pequenos proprietários, moradores dos núcleos históricos. O prof. Queiroz Telles descreve como danoso, ao princípio da isonomia, o fato de a “comunidade ser beneficiada pela preservação do bem tombado, enquanto o particular arca sozinho com os custos daí decorrentes”.²¹¹ Como já foi mencionado alhures, nem sempre o tombamento ou a consideração de um imóvel como sendo de valor cultural implica um ônus para o proprietário, podendo inclusive tornar-se um bônus, entretanto, visto o que se passa na realidade brasileira, seja com impopularidade local do IPHAN e das medidas de proteção do patrimônio cultural, seja nas centenas de processos judiciais movidos contra os proprietários, seja com a deterioração lenta e contínua do nosso patrimônio cultural, fica evidente que existe uma desproporção de tratamento ao abordar a matéria.

A prof^a. Vera Palladim, do Departamento de Arquitetura da USP, ressalta ainda que a proteção do bem cultural não deve ser posta apenas sob a ótica do mercado.²¹² Seria como dizer que a preservação se justifica de acordo com o retorno financeiro que se pode obter. Essa visão de cultura cuja dimensão política não está preocupada nem com a cidadania e nem com a luta contra a exclusão e a desigualdade é irracional e incompatível com as diversas realidades sociais onde se encontram, e se originaram, o nosso patrimônio cultural. Um dos exemplos mais citados no Brasil de “insucesso” na preservação dos bens

²⁰⁹ Inclusive o ministro Sepúlveda Pertence, ainda que lamentoso da decisão, pois belo-horizontino que era, gostava de ver o Cine Brasil vinculado ao seu uso originário, acompanha o voto do Relator e destaca que, caso a Administração quisesse vincular o uso deste bem, deveria então promover a sua devida desapropriação: “Sr. Presidente, sentimentalmente condoído, como belo-horizontino de décadas atrás, não vejo argumento a opor à evidência de que (...) a Constituição, só não tendo previsto o tombamento no uso deixa para salvaguardá-lo o apelo à desapropriação”. PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. RExt nº 219.292-1/MG. Julgado em 07/12/1999. Relator: Min. Octávio Gallotti.

²¹⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. Op. cit. p. 288, em que o professor administrativista alerta para “os perigos das teorias “principais” ou “princípios” que levam ao enriquecimento axiológico do sistema, concebendo os direitos fundamentais como imperativos de otimização, como se não houvesse, à partida, valores intocáveis”.

²¹¹ A respeito do tombamento, o professor da Universidade de São Paulo afirma que “sobre o proprietário incidem, apenas seus efeitos negativos, que se revelam através das imposições de ordem pública, restritivas à livre conservação, demolição, alienação e de outras formas de utilização do bem tombado”. TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 98.

²¹² Cf. CANTARINO, Carolina. Reportagem: *Monumenta Muda pelos Moradores dos Centros*. In: Revista Eletrônica do IPHAN, n. 2. Novembro/dezembro de 2005.

²¹³ Segundo o autor, “o centro, que era uma área viva, se transformou num museu, um polo para turistas. Esse princípio da conservação, de fazer do centro um museu, é uma síndrome de morte da cidade. Ele petrifica a cidade. As pessoas que moravam no Pelourinho foram expulsas, isso quer dizer que o aspecto vivo da cidade desaparece com a patrimonialização. Havia uma mistura da população, a região era partilhada por todos”. JEUDY, Henri-Pierre. Op. cit. 2005.

culturais, segundo Henri-Pierre Jeudy, está ligado ao plano de revitalização do pelourinho de Salvador. Após 10 anos de intervenção física e uma política voltada exclusivamente para o turismo, o que ocorreu foi a “elitização da região, a exclusão da população mais pobre e a reprodução das desigualdades sociais locais”.²¹³

Visto que, por enquanto, estamos mantendo a discussão apenas sob a ótica constitucional, o mais importante, neste nível de debate, é procurar não generalizar as muitas situações fáticas onde se dão os conflitos de interesse, criando *standards* predefinidos de solução sobre o matéria, ao mesmo tempo em que devem ser reforçados os valores constitucionais fundamentais, principalmente o da isonomia e o do pleno desenvolvimento da pessoa e do livre acesso e fruição cultural, enquanto corolários diretos do valor “dignidade da pessoa humana”. Os princípios norteadores do direito ao patrimônio cultural sempre devem ser considerados em conjunto e, finalmente, é preciso, ao final de todo esse exercício, que haja um trabalho de fundamentação racional das preferências, condicionadas aos princípios divergentes.²¹⁴

Sobre as medidas concretas em que se coloca em prática todo o exercício de conformação à ordem constitucional dos princípios fundamentais, da legislação ordinária e dos atos do Poder Público, isso será matéria do capítulo seguinte. Como aplicar, em cada realidade, dentre outros, o disposto no Art. 170, da CF, que mesmo sem fazer referência expressa ao patrimônio cultural, estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, ou seja, como possibilitar a distribuição equitativa do ônus de preservar os bens culturais edificados e o bônus da sua criação e fruição, assegurando a sua gestão democrática²¹⁵ e a sua autossustentabilidade.

²¹⁴ É o que nos recomenda Alexy: “De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos”. ALEXY, Robert. 1993. Op. cit.

²¹⁵ Uma das formas de alcançar, pelo menos parte, as soluções para esse desafio está justamente no maior envolvimento popular nos projetos públicos de conservação do patrimônio cultural. A esse respeito, os profs. Bruno Frey e Felix Oberholzer-Gee recomendam três possibilidades: 1) Os cidadãos devem participar na distribuição dos recursos destinados à preservação histórica; 2) Os cidadãos devem ter garantido o direito de aprovar ou rejeitar grandes projetos de proteção e promoção dos bens culturais, por meio de referendo; 3) Os cidadãos devem ter a oportunidade de propor leis e projetos públicos de conservação por via de iniciativas populares. Cf. FREY, Bruno S. e OBERHOLZER-GEE, Felix. *Public Choice, Cost-Benefit Analysis, and the Evaluation of the Cultural Heritage*. In: *Does the Past Have a Future? The Political Economy of Heritage*. The Institute of Economic Affairs. Wiltshire, 1998.

4 Conformidade Constitucional da Legislação de Proteção ao Patrimônio Cultural

A principal questão posta em debate nesse item refere-se à aferição de constitucionalidade da legislação ordinária brasileira sobre patrimônio cultural²¹⁶ tendo em vista o seu caráter intrínseco restritivo dos direitos e garantias fundamentais.²¹⁷ Trata-se de uma discussão em nível abstrato legislativo do principal dispositivo de regulação do patrimônio cultural nacional, o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, “que de tão antigo merecia o seu próprio tombamento”. A começar, tal dispositivo, se comparado a outras legislações nacionais de patrimônio cultural mostra uma imensa desfasagem não apenas temporal, mas também de substância, sendo que muito do seu conteúdo, por incompatibilidade direta com a ordem constitucional vigente, já está, inclusive, derogado.²¹⁸ Países como Portugal e Espanha possuem uma legislação bem mais moderna e, ainda que a sua doutrina insista em apontar algumas falhas,²¹⁹ não resta dúvida de que esses textos são bem mais adequados à realidade contemporânea daqueles países. A Itália aprovou inclusive, em 2004, o seu “*Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*”²²⁰ que traz num único diploma toda a legislação de salvaguarda dos bens culturais, o que evita, inclusive, a remissão constante a outros dispositivos legais, por vezes, de natureza distinta e incompassa.

O Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937 estabelece uma série de limites ao direito do proprietário de usar, fruir e alienar o seu bem, mas mesmo antes, em nível abstrato, impõe limites a direitos fundamentais constitucionalmente previstos²²¹ e, neste caso, talvez pela antiguidade e desadequação do instrumento, restrições que, por vezes, são indevidas, tanto em desfavor do proprietário como também em desfavor do próprio bem “patrimônio cultural”. Como um todo, o pressuposto de termo ao domínio, posto pela norma, se justifica em razão do interesse social,²²² não obstante alguns pontos da lei ofenderem o núcleo essencial de alguns direitos fundamentais estabelecidos, ou a sistemática constitucional em sua globalidade. Visto tais desencontros, e enquanto não é editada nova lei de organização e proteção do patrimônio cultural brasileiro, cabe adequar e interpretar a atual legislação em consonância com o Texto Magno.²²³

²¹⁶ Nos dizeres do prof. Canotilho é verificar “as imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 342.

²¹⁷ Neste sentido, comungamos da opinião do prof. Vieira de Andrade, no sentido de que a ponderação e harmonização de valores expressos por direitos não pode ser tão ampla ao ponto de conformar um conflito de direitos fundamentais com a legislação ordinária regulamentadora, devendo esta sempre se submeter ao controle de constitucionalidade daquela, sendo importante distinguir as situações de “restrição legislativa e as de solução”. Ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. Op. cit. p. 286 e ss.

²¹⁸ Atualmente, não existe sequer uma previsão de reforma da atual legislação federal, que limita as nossas casas legislativas a indicarem propostas voltadas para o aumento da pena nos casos de dano ao patrimônio cultural (PL 47/2004 - Autor: Senadora Rosena Sarney); para conferir ao Ministério Público a função institucional de tutela do futebol como patrimônio cultural brasileiro (PL 286/2005 - Autor: Senador Rodolpho Tourinho) e, ainda, para considerar a seleção brasileira de futebol patrimônio cultural brasileiro (PL 1429/2007 - Autor: Deputado Sívio Torres).

²¹⁹ Com relação a atual LPC portuguesa, o prof. Casalta Nabais critica o fato de ela “remeter para numerosa legislação complementar e de desenvolvimento que ainda não foi aprovada”, e também aponta a impossibilidade de remissão ao direito internacional posta pelo Art. 15º, 7. NABAIS, José Casalta. 2006. Op. cit. p. 727-745.

²²⁰ Um complexo instrumento legal composto de 184 artigos e que compila num único código a legislação específica dos bens culturais (*Decreto*

Legislativo 22 gennaio 2004, n° 42.

²²¹ Sendo que “a dogmática constitucional dá sobretudo relevo às restrições feitas através da lei no âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia (leis restritivas).” (CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. Op. cit. p. 345-346). Não obstante reconhecemos o âmbito das intervenções restritivas impostas concreta e individualmente ao titular de um direito fundamental.

²²² Inclusive, o STF já se manifestou a favor da constitucionalidade desta lei, em tempo, quando solicitado a manifestar-se a respeito, diante o *leading case* envolvendo o tombamento compulsório do “Arco do Teles” no Rio de Janeiro (CRETELLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit. p. 58), sendo que, mesmo hoje, o Tribunal Superior ainda recorre ao Decreto-Lei 25/37 para estruturar e articular suas decisões, o que denota a sua validade e vigência.

²²³ Valendo da distinção posta pelo prof. Canotilho, nos referimos, por enquanto, apenas ao âmbito de “proteção” dos bens protegidos pela Constituição e pela LPC, sem adentrarmos o mérito do âmbito de garantia efetiva desses direitos. CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. Op. cit. p. 346-347.

²²⁴ O próprio direito de “Ação Popular” previsto no Inciso LXXIII, do Art. 5º, da CF, regulamentado pela Lei 4.717/65, prevê a sua interposição contra ato lesivo aos bens de valor artístico, estético, histórico ou turístico independentemente do seu próprio tombamento.

²²⁵ A título de comparação, o código italiano de patrimônio cultural utiliza a expressão “*patrimonio culturale*”, que alcança tanto o “*beni culturali*” como o “*beni paesaggistici*”, ou seja, utiliza uma expressão abrangente mas que ao mesmo tempo diferencia quanto à sua natureza, aos bens culturais (reduzidos ao seu núcleo próprio) e aos bens naturais.

²²⁶ Tal como já teve oportunidade de expor o prof. Casalta Nabais ao tratar da terminologia adequada para o tema “Direito do patrimônio cultural”. NABAIS, José Casalta. Op. cit. 2006. p. 728.

²²⁷ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina. Coimbra, 2003.

²²⁸ O Art. 19 da LPC fala que as obras de conservação e reparação da coisa tombada ocorrem às custas do proprietário que, somente nos casos em que não dispôr de recursos suficientes, deverá comunicar ao Poder Público a necessidade de as providenciar, para que então este as realize às suas expensas.

Um bom exemplo dessa desatualização legal é encontrado já no § 1º, do Art. 1º, da LPC, que restringe os bens tidos como integrantes do patrimônio cultural a somente aqueles inscritos num dos quatro livros do tomo de que trata a mesma lei. Ora, conforme já foi salientado anteriormente, não é o tombamento que pressupõe o valor cultural de determinado bem. Ademais, a nossa Constituição conceitua o patrimônio cultural nacional de modo à parte ao tombamento, se referindo a este apenas como um dos meios possíveis de seu acautelamento, o que faz inaplicável esse § 1º.²²⁴ A propósito, a própria expressão utilizada pela lei quando fala em “patrimônio histórico e artístico” é inadequada, pois reduz sobremaneira o conceito abrangente posto pelo texto fundamental (Art. 216),²²⁵ sendo que o mais adequado seria utilizar o termo “patrimônio cultural” ou “bens culturais”,²²⁶ que reportam a uma ideia não excludente do seu conteúdo, susceptível de abranger todas as manifestações culturais relevantes, sejam elas históricas, artísticas ou de outra natureza.

Seguindo essa mesma linha crítica, iremos destacar outros três pontos de desarmonia entre as restrições postas pelo Decreto-Lei 25/37 ao estatuto dos direitos fundamentais envolvidos, nomeadamente o direito individual de propriedade e o direito ao patrimônio cultural, *in verbis*, edificado. 1º) As restrições postas aos proprietários e que contrariam o direito à igualdade, 2º) As restrições postas ao patrimônio cultural que violam o princípio democrático e 3º) As restrições postas aos proprietários e que ofendem o princípio da proporcionalidade. Tal como recomenda o prof. Claus Wilhelm Canaris,²²⁷ o ponto de partida será sempre o teor literal da Constituição, não obstante esse trabalho de conformação significar adequar a “legislação” à sistemática fundamental como um todo.

O primeiro ponto, que diz respeito ao direito individual de propriedade e a ofensa legal ao princípio isonômico, decorre do ônus que se põe aos proprietários de bens culturais edificados em preservar, conservar e valorizar tais objetos às suas próprias custas e em detrimento à sua livre vontade.²²⁸ Ora, não é preciso ser nenhum arquiteto ou engenheiro para ver que os encargos necessários para manter uma casa do século XVIII não são os mesmos que aqueles necessários para manter uma casa “normal”. Falamos em mão de obra especializada, em material de construção adequado, em atividades de restauração de elementos, até mesmo no dispêndio necessário para conseguir as licenças exigidas pelos órgãos de gestão e tutela desses bens. Para além disso, o ônus de não poder modificar, ampliar ou mesmo destruir o seu imóvel, significa uma excessiva obrigação para uns mas que implica um grande benefício para todos. O dever de atender à função social da propriedade dirige-se a todo e qualquer proprietário e o seu cumprimento decorre do normal exercício do domínio, entretanto, falamos aqui de um *plus* substancial que atinge, proporcionalmente, apenas um pequeno número de pessoas, e sem nenhuma espécie

de compensação por isso.²²⁹ O prof. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta sapiente e oportuna lição ao afirmar que “a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento”.²³⁰ Desse modo, entendemos que o Decreto-Lei 25/37 peca, juntamente com toda a ordem legal sobre tombamento, por impor ônus excessivo aos proprietários de bens culturais, sem oferecer qualquer tipo de compensação por isso, em completo desacordo com o princípio constitucional isonômico.

Outro ponto de incompatibilidade entre a legislação ordinária (Decreto-Lei 25/37) e a ordem constitucional diz respeito à restrição posta ao próprio bem “patrimônio cultural” e que ataca o direito à sua gestão democrática, esculpida, constitucionalmente, pelos Arts. 5º, LXXIII (ação popular); Art. 215, § 3º, IV (as ações do poder público devem conduzir à democratização do acesso aos bens de cultura); e o Art. 216, § 1º (o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro). A grande preocupação aqui é com uma leitura da norma em que se extrai que somente o IPHAN, e seu corpo técnico, é competente para dizer o que é, ou não, um bem cultural, excluindo desse modo a opinião e a vontade da comunidade envolvida. O Art. 7º da LPC diz que proceder-se-á o tombamento se “a coisa”²³¹ se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.” De acordo com o Anexo I, Art. 6º, do Decreto nº 5.040, de 7 de abril de 2004, o Conselho Consultivo é composto por representantes de diversos órgãos e membros da sociedade civil com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN (como arquitetos, historiadores, museólogos, antropólogos, urbanistas). O ponto relevante é a conclusão de que no processo de tombamento de determinado bem, especialmente dos núcleos urbanos, não há a participação, em momento algum, da população afetada que reside em tais locais.

Neste ponto, a restrição posta pelo legislador, limitando a participação da comunidade na promoção e proteção do patrimônio cultural, atenta diretamente contra o direito fundamental de gestão democrática dos bens culturais.²³² O Art. 216, § 1º, quando estabelece que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro” não está aconselhando a Administração a trabalhar em conjunto com a sociedade, está sim, ordenando o Governo a ouvir e a inserir a população civil no âmbito da administração desses bens. Historicamente a população dos núcleos históricos nunca foi ouvida ou teve participação no processo de tombamento, e ainda que esse não seja o único instrumento de proteção dos bens culturais, é, sem dúvida, na sua

O princípio da igualdade, que, no nosso entendimento, resta ferido pela LPC é um sucedâneo do princípio proporcional em sentido *lato*, ou seja, significa dizer que é desproporcional exigir dos proprietários de bens culturais edificados que arquem sozinhos com o todo o encargo que envolve sua preservação.

²²⁹ Diferente do que ocorre em outros países, onde o ônus da manutenção do patrimônio cultural, por parte dos proprietários, é reconhecido pela própria legislação, que estabelece medidas efetivas de compensação desse encargo. Vide Arts. 8º, 10º, 7º, 31º, 3º, 60º, 97º e 9º da LPC portuguesa (Lei 107/2001).

²³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2004. Op. cit. p. 42.

²³¹ Importante sublinhar que o Art. 7º da LPC refere-se à hipótese do tombamento voluntário, em que o proprietário requer espontaneamente a classificação do seu bem. Nesse caso, utilizando a terminologia empregada pelo artigo; caso o Conselho Consultivo do SPHAN (atual IPHAN) rejeite o pedido, a propriedade do requerente mantém-se não como bem cultural, mas como mera “coisa”.

²³² Jürgen Habermas, a propósito, recomenda um moderno modelo de democracia (distinto do modelo liberal e do modelo republicano) que leva em consideração a opinião e a vontade comum sobre temas relevantes para o conjunto da sociedade e sobre matérias que requerem uma regulação. Segundo o autor, trata-se de uma teoria do discurso que vai mais além do ato individual de votar e que não pretende substituir o Estado pela opinião pública, entretanto, implica reconhecer um poder produzido comunicativamente ca-

paz de transformar o poder utilizado administrativamente. HABERMAS, Jürgen. *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*. Paidós Básica. Barcelona, 1999. p. 231-243.

²³³ A prof. Sônia Rabello de Castro lembra ainda que também o Art. 23 da LPC não foi recepcionado constitucionalmente, pois exclui os municípios da competência concorrente de legislar em matéria de proteção dos bens culturais, em contrariedade ao disposto no Art. 30, da CFB. CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Renovar. Rio de Janeiro, 1991. p. 19.

²³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. 2003. Op. cit. p. 34.

²³⁵ Em termos comparativos, a atual LPC portuguesa (Lei 107/01) dedica um título exclusivo às sanções aplicáveis nos casos de dano ao patrimônio cultural, dividindo-o em “tutela penal” e “tutela contra-ordenacional”. Essas são classificadas em graus de lesão: “especialmente graves”, “graves” e “simples”, considerando inclusive a hipótese de negligência. A legislação lusitana estabelece diversos critérios para fixação das multas (coimas), bem como atribui responsabilidades específicas aos agentes responsáveis, prevê ainda a fixação de penas acessórias como a suspensão dos subsídios ou benefícios concedidos pelo poder público e estabelece inclusive responsabilidade solidária para os responsáveis pela obra indevida, quando for o caso.

²³⁶ A Lei 9.605/98 prevê uma série de situações que são perfeitamente cabíveis em se tratando dos bens naturais, mas que se forem aplicadas aos bens culturais edificados podem ter efeitos ilógicos, como a punição de um proprietário que dá destinação de moradia a uma “casa tombada” e que a danifica pelo desgaste normal do uso ou por acidentes domésticos como quebra de algum elemento arquitetônico (podendo, nesse caso, a pena ser agravada se isso ocorrer em um domín-

aplicação e concepção clássicas, o que mais diretamente afeta os direitos dos sujeitos envolvidos, por impor restrições administrativas diretamente e imediatamente aplicáveis. Como já foi dito, o fundamentalismo na preservação sem ter em consideração os demais interesses em jogo, especialmente dos principais responsáveis pela proteção, é um contrassenso com prognóstico ao fracasso.²³³

Quanto ao último ponto, relacionado ao direito de propriedade e a ofensa legal ao princípio da proporcionalidade, podemos, aqui, montar um esquema à base da “proibição do excesso”. Claus Wilhelm Canaris afirma que as leis ordinárias podem representar simultaneamente intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais de outra, devendo essas duas funções serem controladas. Por um lado, deve-se “indagar se a intervenção nos direitos fundamentais de uma parte onera esta de forma que ofenda a ‘proibição do excesso’, e, por outro lado, averiguar se a lei fica, por exemplo, aquém daquele mínimo que a Constituição impõe para a proteção da outra parte”.²³⁴ Voltando ao nosso caso, o Decreto-Lei 25/37 prescreve, em seu Art. 20, que “as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do SPHAN” (atual IPHAN); já o Art. 19 prevê a aplicação de multa equivalente ao dobro do valor do dano causado àquele que, não tendo condições financeiras para promover, por si próprio, a reforma do imóvel, deixa de notificar o IPHAN a necessidade de reparação do bem. Ora, é absurda e totalmente desproporcional a redação do Art. 19 que impõe multa igual ao dobro do valor do dano àquele proprietário que, sem ter condições financeiras de reparar a coisa tombada, deixa de comunicar ao SPHAN a necessidade de obras de reparo.²³⁵ Como pode querer o Poder Público exigir o dobro do valor do dano causado àquele que não teve condições econômicas sequer de o evitar? E como pode punir aquele que deixa de comunicar uma necessidade de reparação a um “bem tombado”, que, por lei, “deveria” estar sob permanente vigilância do Poder Público?

Tal desproporção – ofensa à “proibição do excesso” – é encontrada também na Lei de Crimes Ambientais brasileira (Lei 9.605/98). A começar, esse diploma é absolutamente inadequado à tutela penal do patrimônio cultural, ou seja, por ser uma norma essencialmente voltada para a proteção do meio ambiente natural (e não o construído), os artigos específicos de tutela dos bens culturais (Arts. 62 a 64) ficam totalmente deslocados e sujeitos a situações esdrúxulas, como a possibilidade de punição daquele que simplesmente mora em um bem cultural edificado.²³⁶ Para ter um exemplo desse descompasso, recentemente, a Lei 11.284/06 inseriu, na Lei de Crimes Ambientais, o Art. 50-A, estabelecendo que aquele que causa pequenos danos ao meio ambiente, em razão “de conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família”, não pratica conduta criminosa; no entanto, a mesma lei nada diz ao se referir

àqueles que deterioram um bem cultural em razão de o utilizarem como meio de subsistência ou morada; nesse caso, deve-se aplicar a punição, ainda que o dano decorra do normal uso do bem como moradia. Como se não bastasse, atualmente, encontra-se em fase final de tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 47/2004, de autoria da senadora Roseana Sarney.²³⁷ A nova proposta, dentre outras mudanças, insere o § 2º no Art. 62 da LCA, que dita: “nas mesmas penas incorre o proprietário que deixar de zelar pela conservação do bem, com o fim de obter para si ou para outrem vantagem de qualquer natureza”. Desse modo, se ainda restava alguma dúvida de que aos proprietários de bens culturais edificados, no exercício normal do seu direito de moradia, se aplicavam as penas da Lei 9.605/98, a atual proposta de mudança dissolve a incerteza e os condena.²³⁸

O princípio da proporcionalidade é, na verdade, o limite dos limites, devendo o legislador, “ao fixar restrições a direitos e garantias constitucionais, está jungido a limites materiais da não-contrariedade, da adequação de meios a fins, da justa medida na imposição de cargas coativas e da intervenção mínima”,²³⁹ e, infelizmente, não é o que ocorre com o Decreto-Lei 25/37, tampouco com a Seção IV da Lei 9.605/98, restando apenas a oportunidade de refazer todo o modelo de tutela aos bens culturais, ainda que impondo restrições aos direitos fundamentais, mas de modo que tais medidas sejam adequadas a alcançar o fim proposto, e da maneira menos gravosa possível aos sujeitos envolvidos.

4.1 A inconstitucionalidade por omissão na tutela do patrimônio cultural

O prof. J. J. Gomes Canotilho anota que, por vezes, há quem entenda que a intervenção legislativa ordinária é somente e necessariamente restritiva, o que de certo modo já bastaria, desde que cumprida a estipulada vinculação do legislador à Constituição. No entanto, salienta que sua atividade vai bem além, sendo uma ação “clarificadora”, “densificadora” e “constitutiva” dos direitos fundamentais.²⁴⁰ A Constituição, ao atribuir autonomia política ao legislador, está conferindo-lhe o poder/dever de densificar os seus preceitos fundamentais, sendo que o inércia do órgão legiferante contraria, *a priori*, a própria realização das Normas Máximas. No entanto, sendo a autonomia uma faculdade reconhecida normativamente, é importante, e, até certo ponto, óbvio dizer, que nem todo silêncio legislativo implica uma inconstitucionalidade.²⁴¹ A esse respeito, o prof.

go).

Para completar, o Decreto nº 3.179 de 21 de setembro de 1999 que estabelece as sanções administrativas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente fixa multa de R\$ 10.000,00 a R\$ 500.000,00 (aproximadamente € 3.500,00 a € 180.000,00) para aquele que deteriora bem integrante do patrimônio cultural (Art. 49).

²³⁷ Projeto de Lei (47/2004) que se encontra atualmente em fase final de tramitação já tendo sido aprovado no Senado Federal e agora aguarda votação na Câmara dos Deputados.

Para maior desenvolvimento dessa questão e uma análise do referido Projeto de Lei, V. nosso: *(Comemoração) dos 70 anos da Lei de Proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro. O Projeto de Lei 47/2004 e os Criminosos Mineiros*. In: Estado de Minas. Caderno Direito e Justiça. Edição de 17/12/2007.

²³⁸ O autor francês Henri-Pierre Jéudy, em sua obra *Espelho das Cidades*, critica justamente a preocupação das autoridades em proteger a qualquer custo os bens culturais, se esquecendo de que ali existem seres humanos que, antes de mais nada, tornam o patrimônio um patrimônio vivo e constantemente atualizado. JÉUDY, Henri-Pierre. 2005. Op. cit.

²³⁹ Cf. BARRÓS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Jurídica. Brasília, 1996. p. 176-179.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. Op. cit. p. 354

²⁴¹ Diferentemente da inconstitucionalidade por ação, o que é uma infração ao disposto na Constituição, já no “juízo da inconstitucionalidade por omissão, é imperativo indagar do sentido de actos concretos, praticados ou em vias de serem praticados, para saber se eles cabem na previsão da norma constitucional de cuja exequibilidade se

cura.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 36/90. *Inconstitucionalidade por omissão. Consultas directas aos cidadãos a nível local*. In: O Direito. Ano 122, I. Lisboa, janeiro-março de 1990. p. 413 e ss.

²⁴² V. VILLAVARDE, Ignacio. *La Inconstitucionalidad por Omisión de los Silencios Legislativos*. In: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. nº 9. Año 1996. Murcia. p. 119. E completa o professor espanhol: “*El silencio del legislador se transforma en una omisión inconstitucional si el incumplimiento se convierte en infracción constitucional*”.

²⁴³ O prof. Canotilho aponta que tanto as omissões legislativas em sentido restrito como o incumprimento do fins e objetivos da constituição constituem omissões legislativas inconstitucionais, no entanto, a concretização desta depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que aquelas podem originar uma ação de inconstitucionalidade. CANOTILHO, J.J. Gomes. 2006. Op. cit. p. 1034.

²⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. 2006. Op. cit. p. 1035.

²⁴⁵ Art. 215 (...): “§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do país e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais.”

²⁴⁶ Art. 216 (...): “§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.”

²⁴⁷ Nesse sentido, temos a Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais); O Código Penal Brasileiro (Arts. 165 e 166); e o Decreto 3.179/99 (Das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente).

²⁴⁸ Mais conhecida como “Lei Rouanet” em virtude do seu idealizador, o então secretário de Estado da Cultura, no governo Fernando Collor, Sérgio Paulo Rouanet.

²⁴⁹ De acordo com os dados fornecidos pelo Ministério da Cultura, em 2006, a captação de recursos, por meio do incentivo fiscal posto pela Lei Rouanet, foram da ordem de oitocentos e quarenta milhões de reais (aproximadamente trezentos milhões de euros). Dados obtidos em:

Ignacio Villaverde deixa claro que “*el silencio del legislador solo se transforma en una omisión contraria a la constitución (...), si ello entraña un desplazamiento del poder constituyente, al significar esa actitud silente una alteración del contenido normativo de la Constitución*”²⁴²

Essa colocação do prof. Villaverde é verdadeiramente oportuna à medida que, em se tratando do direito ao patrimônio cultural, em especial o edificado, devemos avaliar até que ponto o silêncio legislativo compromete a realização desse direito, e isso, conforme dois níveis distintos postos em análise: primeiramente nos casos em que o legislador está obrigado expressamente a atuar e não o faz, e, em seguida, nas hipóteses em que, ainda que não esteja formalmente obrigado, a sua inação implica resultados contrários à ordem constitucional.²⁴³ Uma terceira suposição admissível é suscitada pelo prof. Canotilho e tem aplicabilidade direta ao nosso estudo, pois fala da “omissão legislativa pelo não cumprimento da obrigação do legislador em melhorar ou corrigir as normas de prognose (=prognóstico, previsão) incorrectas ou desfasadas perante circunstâncias supervenientes – omissão por falta de actualização ou aperfeiçoamento de normas. A omissão consiste agora não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes.”²⁴⁴

No Brasil, as hipóteses constitucionais em que o legislador está expressamente obrigado a legislar, em matéria de patrimônio cultural edificado, estão previstas no Art. 215, § 3º;²⁴⁵ e Art. 216, § 3º e § 4º.²⁴⁶ São três situações em que, efetivamente, somente em uma delas o legislador se propôs a atuar, editando normas penais de tutela aos bens culturais.²⁴⁷ Em relação ao Plano Nacional de Cultura, previsto no § 3º do Art. 215, apesar do dispositivo ter sido inserido por via de Emenda Constitucional em agosto de 2005 (EC 48), até o momento, não existe nenhuma proposta concreta em trâmite visando dar cumprimento à cláusula constitucional, em especial no que tange à “defesa e valorização do patrimônio cultural”, nem tampouco alguma lei a respeito, publicada e em vigor. Quanto ao § 3º do Art. 216, que dispõe que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”, existe em vigor no país a Lei 8.313/91 (Lei do Mecenato)²⁴⁸ que estabelece o Programa Nacional de Cultura (PRONAC) e que prevê a captação de recursos, além da fixação de incentivos, àqueles que financiam projetos culturais, dentre os quais, aqueles voltados para a preservação “dos bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro” (Art. 1º, VI). Trata-se de um importante instrumento de fomento à cultura, sendo verdade que boa parte da produção artística nacional recebe significativos recursos provenientes desse programa.²⁴⁹ Entretanto, cabe fazer aqui um aparte, no que toca o tratamento dispensado por esta lei aos bens

culturais.

Basicamente, o PRONAC estabelece duas frentes de apoio a projetos culturais que atendam aos objetivos estabelecidos pela lei (Art. 3º), sendo que o primeiro deles vincula-se ao repasse de recursos diretamente do FNC (Fundo Nacional de Cultura) a instituições públicas e privadas que submetem projetos ao parecer técnico do Ministério da Cultura, que, aprovando-os, passa então a supervisionar todo o andamento dele.²⁵⁰ A segunda modalidade de apoio é uma espécie de incentivo aos agentes privados que financiam projetos culturais no país. A esses, a União faculta deduzirem do seu imposto de renda doações e patrocínios feitos tanto no apoio direto a projetos culturais, como através de contribuições ao FNC. Também, aqui, para que os projetos possam receber recursos (posteriormente dedutíveis), devem ser aprovados e supervisionados pelo Ministério da Cultura.

Como se vê, trata-se de uma lei que beneficia projetos culturais de promoção artística realizados por instituições públicas e privadas, mas que em nada se enquadra na situação dos proprietários dos bens culturais edificados. Na verdade, existe um dispositivo, o Art. 24, que equipara, às doações próprias da lei (posteriormente dedutíveis), as despesas efetuadas por pessoa física com o objetivo de conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade tombados pelo Governo Federal, desde que atendidas uma série de disposições enumeradas na norma. Seria uma boa medida não fosse o *quantum* possível de ser deduzido do montante das doações feitas. De acordo com o Decreto nº 5.761/06, os valores dedutíveis em razão de doação ou despesas com projetos de conservação e restauração de bens tombados, aos quais nos referimos, será de 80% do valor da doação ou despesa, cumprido o limite de seis por cento do total do imposto devido.²⁵¹

Art. 29. Os valores transferidos por pessoa física, a título de doação ou patrocínio, em favor de programas e projetos culturais enquadrados em um dos segmentos culturais previstos no Art. 26 da Lei nº 8.313, de 1991, poderão ser deduzidos do imposto devido, na declaração de rendimentos relativa ao período de apuração em que for efetuada a transferência de recursos, obedecidos os limites percentuais máximos de oitenta por cento do valor das doações; (...)

Sendo assim, não é difícil imaginar que os proprietários de bens culturais edificados, especialmente os moradores de núcleos históricos, não são contemplados por essa lei, ou o são de forma ínfima, afinal, aqueles cidadãos isentos do imposto de renda não se enquadram no “incentivo” proposto e, mesmo para os que pagam o tributo, o valor da dedução acaba por ser insignificante.

[<http://desenv.cultura.gov.br/salicnet/conComparativoCaptacaoAnoArea/conComparativoCaptacaoAnoArea.php>]. Acesso em: 19 de dezembro de 2007.

²⁵⁰ O Art. 6º estabelece que o FNC financiará até 80% do projeto, e o proponente deve demonstrar meios de arcar com o restante das despesas envolvidas.

²⁵¹ “Art. 29. Os valores transferidos por pessoa física, a título de doação ou patrocínio, em favor de programas e projetos culturais enquadrados em um dos segmentos culturais previstos no Art. 26 da Lei nº 8.313, de 1991, poderão ser deduzidos do imposto devido, na declaração de rendimentos relativa ao período de apuração em que for efetuada a transferência de recursos, obedecidos os limites percentuais máximos de: I oitenta por cento do valor das doações; (...)

Parágrafo único. O limite máximo das deduções de que tratam os incisos I e II é de seis por cento do imposto devido, nos termos do disposto no Art.

22 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997".

²⁵² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição Brasileira de 1988 - aspectos gerais*. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 49. Lisboa, dezembro de 1989. p. 948-945.

²⁵³ Cf. QUARESMAS, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. 2. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro. 1995. p. 49.

²⁵⁴ Lembrando que o § 2º do mesmo artigo equipara os direitos e garantias expressos na Constituição com outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁵⁵ Trata-se de dois instrumentos processuais constitucionais distintos: o "mandado de injunção" e a "ação direta de inconstitucionalidade". Sobre a origem desses institutos, sua aplicabilidade e eficácia, por se tratarem de uma inovação jurídica da Constituição de 1988, muito se escreveu, recentemente, a respeito. Cf., dentre outros: *Mandados de segurança e de injunção: estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva. São Paulo: 1990; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*. In: O Direito. Ano 126. n. 1 e 2. Lisboa, 1994. p. 83-107; QUARESMAS, Regina. 1995, Op. cit.

"Art. 5º (...) LXII — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 103 (...) § 2º Dedarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

²⁵⁶ Não obstante o "mandado de injunção" seja um instrumento em vigor no Brasil, a doutrina faz duras críticas à forma como os tribunais vêm lidando com a matéria, fazendo-o tornar-se cada vez menos eficaz pelo Poder Judiciário. STRECK, Lênio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à Jurisdição Constitucional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. v. 41. n. 2. Coimbra, 2000. p. 872-873.

²⁵⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. 1994. Op. cit. p. 98. Em razão do princípio da separação de poderes, o Judiciário não pode nem legislar no lugar do Poder Legislativo, tampouco ordená-lo a fazer. Daí a necessidade do particular recorrer ao "mandado de injunção" que poderá ser interposto contra qualquer órgão da administração direta e indireta, desde que

Se por um lado vemos a inconstitucionalidade da omissão legislativa diante de um mandamento expresso constitucional, podemos inferir ainda outra ilegalidade jusfundamental frente a sua inércia em integrar harmonicamente todas as categorias dos direitos e garantias fundamentais com normas regulamentadoras eficazes. Nesse aspecto, tanto o descumprimento dos fins e objetivos da Constituição como a recusa de atualização e aperfeiçoamento de normas obsoletas constituem também inconstitucionalidades materiais. Em se tratando das normas desfasadas, já demonstramos, no item anterior, o grande descompasso que é o relacionamento da atual ordem constitucional com a LPC, lembrando que, entre as duas normas, existe um lapso temporal de meio século. Agora, em relação às "normas-fim ou normas-tarefas", ainda que essas, em termos culturais, assumam um caráter mais programático, próprias também de uma "constituição-plano",²⁵² a inação legiferante não pode fragilizar os avanços alcançados na Constituição de 1988. "Para evoluir é essencial manter os patamares elevados, daí para melhor, sob pena de *reformatio in pejus*."²⁵³

O § 1º do Art. 5º, da CF prescreve que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."²⁵⁴ Ora, também já tivemos oportunidade de falar que o "direito ao patrimônio cultural" integra a categoria dos direitos e garantias fundamentais, o que significa que o seu exercício não está condicionado a nenhum juízo de oportunidade por parte do legislador ao regular a matéria, tanto que o próprio poder constituinte tratou de instituir remédios constitucionais específicos para eventuais lacunas normativas.²⁵⁵ Sendo assim, entendemos que no Brasil é possível, e necessário, tanto o manejo da «Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão» (nos moldes esculpidos pelo Art. 103, da CF) como do «Mandado de Injunção»²⁵⁶ (Art. 5º, LXXI, da CF), e declarada a omissão, a partir daí, segundo o prof. Adhemar Ferreira Maciel, aquele que seria beneficiado pela norma não feita deve interpor o mandado de injunção e só no seu caso particular, concreto, pedir ao judiciário que legisle (efeito interpartes).²⁵⁷

Em termos práticos, entendemos que seria oponível o Mandado de Injunção com vistas a tornar possível o exercício do direito ao patrimônio cultural em algumas hipóteses como:²⁵⁸ A) Edição de lei de proteção e promoção dos bens culturais atribuindo obrigações específicas ao Poder Público, que passaria a ter, não apenas o papel de «poder de polícia», e sim, o de agente ativo, com obrigações de salvaguarda positivas, haja vista, ser o principal destinatário do dever de proteção dos bens culturais (Art. 23, III; Art. 30, IX; Art. 215; e Art. 216, § 1º, da CF); B) Edição de lei visando à democratização na eleição e na gestão do patrimônio cultural, haja vista que, no caso dos bens culturais edificados, seus proprietários são tidos como meros espectadores,²⁵⁹ sem direito a participar desse processo e contrariando o disposto nos Arts. 215, § 3º, IV e 216, § 1º da CF; C) Edição de lei

regulamentando as medidas de incentivo e os instrumentos de apoio aos proprietários de bens culturais edificados, tendo em vista, principalmente o *Caput* do Art. 215 que preceitua que “o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; e D) Edição de lei que garanta a distribuição equitativa do encargo posto pela preservação e conservação do patrimônio cultural, com base, especialmente, nos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade; E) Reformulação da atual LPC, por razões óbvias anacrônicas, estabelecendo políticas públicas específicas dedicadas aos bens edificados, como: 1. Fixação de outros meios de acatamento, além do tombamento,²⁶⁰ e, sendo esse o caso, estabelecendo um procedimento administrativo específico, participativo e justo; 2. Promoção da integração do patrimônio cultural com o meio ambiente e o urbanismo, pensando ainda em medidas preventivas; 3. Estabelecimento de prioritariamente, medidas que visem ao uso e desenvolvimento sustentável dos bens culturais edificados; 4. Disponibilidade de critérios específicos de tratamento quanto aos pequenos proprietários de bens culturais edificados; 5. Instituição de regras de acessibilidade a esses bens; 6. Montagem de uma rede de comunicação e integração “político-social”²⁶¹ entre os diversos agentes envolvidos, como urbanistas, historiadores, ambientalistas, Poder Público, população civil e proprietários; 7. Fixação de expropriação como última medida necessária; 8. E, finalmente, e, acima de tudo, reconhecendo que a defesa do patrimônio cultural deve se dar de comum acordo com os valores da existência digna e do pleno desenvolvimento da pessoa humana.

4.2 O direito ao patrimônio cultural e a arguição de descumprimento de preceito fundamental

Antes de passarmos ao capítulo seguinte e enquanto ainda estamos no âmbito do direito constitucional, seria interessante fazer uma breve referência à Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), nos termos do § 1º, do Art. 102, da Constituição Federal. Trata-se de mais um remédio processual constitucional, dirigido aos atos do poder público (Art. 1º) e que segundo os profs. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, enquadra-se no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. O ponto de distinção aqui, no entanto, baseia-se numa real e direta ameaça ou lesão a preceito constitucional fundamental com significativa relevância e que afete, ao mesmo tempo, grande número de pessoas.²⁶² Aproxima-se, no direito comparado, segundo o prof. Lênio Streck, do recurso constituio-

encarregado da elaboração de norma genérica.

²⁵⁸ O prof. J. M. Othon Sidou, a propósito, salienta de modo oportuno que: “es una característica de la ley, de toda ley, su eficacia inmediata, sin dilaciones. La ley no surge de la nada, tiene siempre una motivación superior dictada por la conciencia colectiva, y de la misma manera, so se expide sin una finalidad, como si fuese un objeto de adorno”. SIDOU, J. M. Othon. *Mandado de Injunção y Habeas Data*. Trad. Héctor Fix-Lamud. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año 24. n.º 70. México, 1991. p. 168.

²⁵⁹ Problema esse que é identificado não somente no Brasil, como também em outros países. Na Alemanha, “the heritage authorities, Hoffmann-Axthelm argues, use the existing planning and building laws and regulations to impose strict conditions on ever more private clients. In that process they come across as authoritarian, self-righteous, and unable to take into account the view of the owners and users of heritage”. HOLTORF, Cornelius. *What Does Not Move Any Hearts - Why Should It Be Saved? The Denkmalpflegediskussion in Germany*. In: International Journal of Cultural Property, n.º 14. 2007. p. 35.

²⁶⁰ O próprio Art. 216, § 1º da Constituição fala na criação de “outras formas de acatamento e preservação”.

²⁶¹ Cf. SABATER, José Asensi. *Cultura y Constitución. Una Propuesta Cultural en la Crisis*. In: Revista de Estudios Políticos. n.º 35. Nueva Época. Madrid. Septiembre-October - 1983. p. 257-272.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: RDE. ano 1. n. 1. Rio de Janeiro: janeiro/março de 2006. p. 37-57.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. In: Revista Jurídica Virtual. v. 2. n. 13. Brasília: junho, 1999.

²⁶⁴ O prof. Lênio Streck defende que a ADPF deve ser manejada independentemente de terem se esgotado as demais vias judiciais, sempre que suceder prejuízo grave e irreparável para o impetrante em razão de violação de preceito fundamental. STRECK, Lênio Luiz. 2000. Op. cit. p. 874.

Já o ministro Gilmar Ferreira Mendes enoca a expressão “meio eficaz de sanar a lesão” para dizer que não é preciso exaurir, antecipadamente, todas as instâncias judiciais, bastando a verificação da ADPF como sendo o meio mais eficaz de solver a lesão ou a ameaça em curso. MENDES, Gilmar Ferreira. 1999. Op. cit.

²⁶⁵ De acordo com o Art. 103, da CF: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado

Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; I - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

²⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. 2006. Op. cit. p. 40.

²⁶⁵ O prof. Lênio Luiz Streck possui o mesmo entendimento quanto ao grau de importância da jurisdição constitucional, no entanto, argumenta que justamente por esse motivo é preciso “discutir as formas de acesso do cidadão à jurisdição constitucional”. STRECK, Lênio Luiz. 2000. Op. cit. p. 870.

²⁶⁶ Ou seja, acaba que os meios de atuação tutelar do patrimônio cultural vão bem além dos apontados pelo prof. José Afonso da Silva, que afirma que esses são apenas os previstos no Art. 216 da CF: “I - inventário; II - registros; III - vigilância; IV - tombamento; V - desapropriação; VI - outras formas de acautelamento e preservação.” SILVA, José Afonso. 2001. Op. cit. p. 155.

²⁶⁷ Afinal é dever fundamental do Estado proteger o patrimônio cultural, que também possui obrigação legal de o fazer quando o proprietário do bem em causa não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que o patrimônio requer (Art. 19, § 1º, da LPC).

²⁶⁸ Critérios mínimos, que entretanto, não podem significar qualquer hipótese de padronização das decisões e sentenças referentes às lides envolvendo o direito individual de propriedade e o patrimônio cultural (bem como suas variações), sendo que o extremo oposto também não pode ser tolerado, com um elevado grau de discricionariedade que implique uma total imprevisibilidade de solução para os casos análogos.

²⁶⁹ Na Alemanha, uma das grandes autoridades em Patrimônio Cultural, o Dr. Hoffmann-Axthelm expõe e critica o modo como são construídas as decisões a respeito do patrimônio cultural, citado por Cornelius Holtorf, “as it stands, heritage management is not based on the existing principles and values meant to govern its practice but is de facto politically negotiable. When their own financial interests are affected, the state and local councils as well as individuals with connections either to politicians or to the media find heritage authorities much more lenient than others. The same goes for businesses who can plausibly argue that jobs may be at stake. Hoffmann-Axthelm thus claims that the burden of the costs for the preservation of heritage is largely – and unfairly – carried by all those ordinary citizens without much political leverage”. HOLTORF, Cornelius. 2007. Op. cit. p. 35-36.

nal (*Verfassungsbeschwerde*) alemão ou ainda do “recurso de amparo espanhol”²⁶³

Por ter caráter subsidiário, ou seja, só cabe a ADPF quando não houver nenhum outro meio eficaz de sanar a lesividade²⁶⁴ (§1º, Art. 4º), possui âmbito de aplicação bastante limitado, ainda mais considerando que os legitimados ativos a manejarem esse instrumento são somente os elencados no Art. 103, da CF.²⁶⁵ Além disso, segundo salienta a doutrina,²⁶⁶ a ADPF precisa ser rigorosamente limitada, sob pena de banalização do instituto, aos “casos em que estejam em jogo questões relacionadas, por exemplo, ao núcleo duro dos direitos fundamentais e com grande repercussão social.”²⁶⁷ Ademais, por ser um instrumento em que se recorre diretamente ao STF, ultrapassando as instâncias ordinárias, o seu uso deve ser em casos em que “for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (Art. 1º, Parágrafo Único, Inciso I), especialmente na interpretação de conceitos gerais indeterminados, em que determinado juízo ou autoridade administrativa constrói entendimento próprio, totalmente contrário à ordem constitucional, ao mesmo tempo em que abre precedentes para outras decisões do gênero.

Trazendo o instituto para as questões pertinentes ao patrimônio cultural edificado, acreditamos ser essa uma boa oportunidade, ainda que não aproveitada, para se questionar lesões a direitos fundamentais postos em jogo, em especial, nas decisões administrativas dos órgãos de proteção e gestão do patrimônio cultural em nível municipal, estadual e federal, além das decisões proferidas nas diversas instâncias jurisdicionais, quando colocados em causa o interesse dos proprietários de bens culturais edificados e também a salvaguarda do patrimônio cultural.²⁶⁸ Dois exemplos em que se poderia trabalhar a ADPC seriam: A) obrigando a União a arcar com as despesas de recuperação de um conjunto de bens culturais edificados em deterioração, no caso de seus proprietários não possuírem meios de o fazer²⁶⁹ e B) estabelecendo critérios mínimos a serem respeitados nos procedimentos e decisões a respeito de sua salvaguarda, visto a divergência de tratamento encontrada em múltiplos casos diametralmente semelhantes, mas com soluções totalmente opostas,²⁷⁰ o que implica a triste constatação, reconhecidamente comum no Brasil, e também em outros países, de que, em matéria de patrimônio cultural, se aplicam “dois pesos e duas medidas”.²⁷¹ É que existem decisões sobre a matéria, administrativas e jurisdicionais, que muitas vezes são decisões políticas negociáveis, pouco preocupadas com os valores e os princípios que regem os bens culturais, sendo, inclusive, financeiramente influenciáveis; um exemplo é a anuência ou mesmo o aval do Poder Público que cede espaço dentro da legislação de proteção do PC em favor de grandes corporações, que sob o pretexto da geração de renda e emprego ou do progresso econômico, acabam por agredir o que deveria se proteger.

Capítulo II

O Patrimônio Cultural Edificado em Nível Administrativo

1 Os Instrumentos Ordinários de Proteção

Podemos considerar que os meios jurídicos de proteção do património cultural, basicamente, se dividem em constitucionais e ordinários, sendo que os primeiros referem-se, essencialmente, ao direito subjetivo de ingressar em juízo requerendo, por via de um instrumento processual constitucional, a salvaguarda dos bens culturais.²⁷² É o que se passa com a “ação popular” (Art. 5º, LXXIII, da CF), com a “ação civil pública” (Art. 129, III, da CF), com o “mandado de injunção” (Art. 5º, LXXI, da CF) e com a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Art. 102, § 1º, da CF). Na verdade, tais instrumentos valem como remédios constitucionais de abrigo dos interesses fundamentais ou de um “interesse público geral”, sendo que a “ação popular” e a “ação civil pública” trazem mesmo, expresso no seu escopo, o préstimo a resguardarem também o “meio ambiente” e o “património histórico e cultural”.²⁷³

Já os meios ordinários de tutela dos bens culturais (que podem decorrer de ato administrativo ou medidas legislativas) são aqueles que, ainda que especificados no Texto Magno, são manejados e regulados na esfera infraconstitucional exclusivamente para a salvaguarda e a promoção do património cultural, inclusive o edificado. Numa escala de afetação pública, no caso dos bens serem privados,²⁷⁴ poderíamos dizer que esses são em nível ascendente de intervenção: 1) os registros; 2) os inventários; 3) o zoneamento; 4) a servidão; 5) o tombamento (concepção clássica) e 6) a desapropriação. Temos ainda os “meios repressivos” de tutela, que são as sanções administrativas e penais que fixam multas e penas restritivas de direito e liberdade para os agentes causadores de dano aos bens culturais; e, por fim, os meios de incentivo, que estabelecem compensações para os proprietários que têm seus bens afetados por limitações de ordem pública; também os que criam um estímulo para os entes privados e públicos que investem na sua proteção; e as iniciativas públicas de promoção e valorização dos bens culturais, *in verbis*, os edificados.²⁷⁵ Quanto aos outros meios de proteção, apontados pelo prof. José Afonso da Silva, “como a vigilância, a fiscalização, os reparos, a restauração, as restrições à imodificabilidade e à alienabilidade”,²⁷⁶ entendemos que não se trata de meios de proteção propriamente ditos, senão consequências diretas dos atos e medidas elencados como

²⁷² Carla Amado Gomes entende que “verdadeiramente, ninguém tem um direito subjetivo à proteção e valorização do património cultural — pois este consubstancia-se num valor, por natureza inapropriável —, antes todos partilham de um interesse colectivo na sua preservação e dinamização.” Cfr. GOMES, Carla Amado. *O património cultural na constituição*. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Separata do v. I. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 342-343.

²⁷³ Nesse sentido, também o prof. José Afonso da Silva considera que a “ação civil pública” e a “ação popular” são “típicos e importantes meios processuais de defesa do património cultural”. SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 172.

²⁷⁴ E, hoje, a principal discussão em torno do património cultural edificado é justamente envolvendo as construções pertencentes a particulares, tal como salienta HOLTORF, Cornelius. 2007. Op. cit. p. 35.

²⁷⁵ Tal como o que se passa na Europa com os planos de reabilitação urbana e que “envolve diferentes dimensões de política urbanística e do património cultural.” Para uma visão geral do que venham a ser esses planos, cf. SILVA, Suzana Tavares da. *Reabilitação urbana e valorização do património cultural*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXXII. Coimbra, 2006.

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 156.

²⁷⁷ Registro, como um conceito amplo, do qual são espécies o inventário e o catálogo (registro exaustivo dos bens de uma determinada coleção). Não se trata do registro a que se refere o Art. 13, do DL 25/37, em que os proprietários de imóveis tombados são obrigados a providenciar a respectiva averbação do tombamento junto ao cartório de registro de imóveis. Apesar de não estar regulamentado, o registro foi a forma encontrada pelo Poder Público para proteger os bens culturais de natureza imaterial. Aqui a expressão “registro” tem o mesmo sentido que tombamento, sendo que o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, fala que os bens culturais imateriais de relevância nacional serão inscritos e devidamente documenta-

dos em um dos Livros de Registro de Bens de Natureza Imaterial e então declarados “Patrimônio Cultural do Brasil”.

²⁷⁸ Mencionados inclusive como meios de proteção do patrimônio cultural no Art. 216, § 1º, da Constituição Federal.

²⁷⁹ Em Portugal, a Lei 107/2001 tanto especifica o procedimento de inventariação (Art. 19), como estabelece medidas próprias de proteção para os bens inventariados (Arts. 61, 62 e 63). Já na Espanha, o Real Decreto 11/1986, alterado pelo Real Decreto 64/1994, estabelece também todo o procedimento de inventariação, bem como a sua definição, no caso, para os bens móveis.

²⁸⁰ “Dadas às dimensões continentais do Brasil e as rápidas transformações sociais por que passa, um inventário de seus bens culturais deve ter características próprias. Na atual etapa de desenvolvimento do país, quando já se tombaram os mais notáveis monumentos brasileiros, o que se impõe é a realização de um inventário de proteção mais amplo, que contemple as manifestações culturais não necessariamente excepcionais, mas que tenham importância como testemunha, o patrimônio não monumental. Tal inventário deverá ser programado de modo a proporcionar, em médio prazo, insumos que possibilitem salvaguardar categorias de bens culturais atualmente sem qualquer proteção. Mas esta preocupação imediatista de cobertura horizontal não deve relegar para uma etapa remota a necessidade de um aprofundamento vertical. Os dois trabalhos devem ser concomitantes e complementares.” AZEVEDO, Paulo Ormindo de, *apud* NAKAMUTA, Adriana Sanajotti. *A trajetória de preservação dos bens culturais móveis e integrados sob a ótica dos inventários: algumas reflexões*. In: Cadernos de Trabalhos. Anais do IX Cidade Revelada - I Fórum Nacional de Conselhos de Patrimônio Cultural. Ed. Maria do Cais: Itajai, 2006.

²⁸¹ Usando como parâmetro a legislação portuguesa, podemos ter uma ideia da utilidade e amplitude do sentido legal da inventariação, que, de acordo com o Art. 19º, da LPC, é “o levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação”, sejam eles classificados (tombados) ou não.

²⁸² Pelas próprias características do Brasil, como país em desenvolvimento, acreditamos que a intervenção do Estado na proteção do patrimônio cultural edificado ainda é uma necessidade, entretanto, isso não deve acontecer da forma

verdadeiros instrumentos de tutela do patrimônio cultural.

O registro²⁷⁷ e o inventário²⁷⁸ não têm ainda formas regulamentadas no Brasil, o que é lamentável, pois se, por um lado, estes instrumentos não asseguram, como o tombamento – numa acepção clássica – uma proteção tão efetiva dos bens culturais, por outro, servem como informações valiosas na fixação de políticas públicas de salvaguarda²⁷⁹ e conseguem, de maneira bem mais ágil e desburocratizada, localizar e especificar o patrimônio cultural nacional (inclusive contribuem substancialmente para prevenir o comércio ilegal de bens culturais).²⁸⁰ Ademais, evitam especulações, mesmo no âmbito judicial, sobre o valor cultural de um bem que ainda não foi tombado, mas que, ao mesmo tempo, é digno de proteção.²⁸¹

Já os demais meios de acautelamento, ou seja, o zoneamento, as servidões, o tombamento e a desapropriação serão, a partir de agora, mais bem analisados e discutidos sob a perspectiva do seu regime legal, considerando ainda as consequências jurídicas que se seguem à adoção de cada um deles. Por ser o tombamento o meio de proteção mais comum no Brasil, dedicaremos especial atenção ao seu estudo, não obstante, entendemos, e desde já explicitamos que não necessariamente seja essa a melhor ferramenta legal de proteger o nosso patrimônio cultural.²⁸²

1.1 O instituto do tombamento

O instituto do tombamento é relativamente atual no direito brasileiro, sendo que a primeira Lei (na verdade Decreto-Lei²⁸³) a tratar do tema data de 1937, decorrência das estipulações postas pelas Constituições de 1934 e 1937. Aquele foi o primeiro texto fundamental a fazer referência às belezas naturais e aos monumentos de valor histórico ou artístico, ao prescrever, no Art. 10º, que “compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) III. proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte.” Já a Constituição de 1937 amplia substancialmente o âmbito de tutela da matéria e determina, em seu Art. 134, que “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.” A esses fatores (âmbito e elevação do PC ao *status* constitucional) soma-se a criação, também em 1937, do Serviço do Patrimônio

Histórico e Artístico Nacional (SPHAN, atual IPHAN) – Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937 – e ainda a tipificação do crime de dano ao patrimônio cultural posta pelo Código Penal de 1940 (Arts. 165 e 166). Assim, e somente a partir de então, é que se estrutura o modelo brasileiro de promoção e proteção ao patrimônio cultural nacional, que em termos normativos permanecerá praticamente inalterado até os dias atuais, sendo que seu principal pilar de apoio sempre foi, e ainda o é, o instituto do tombamento.

No Brasil, a entidade responsável, em nível federal, pela apreciação dos pedidos de tombamento dos bens culturais edificados e sua respectiva inscrição no “Livro do Tombo” é o IPHAN – que no decorrer do tempo já possuiu inúmeras denominações distintas²⁸⁴ –, no entanto, como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também têm competência para legislar a respeito e tombam os bens culturais circunscritos a seus territórios, estes possuem seus próprios organismos e procedimentos de tutela.²⁸⁵ Considerando que o Brasil é uma federação composta por 26 Estados, 1 Distrito Federal e 5.562 Municípios, é impossível fazer aqui uma análise de todos esses casos, o que nos obriga a tecer alguns comentários apenas sobre as legislações do estado de Minas Gerais e da cidade de Ouro Preto, que atualmente representam os locais com maior número de bens edificados tombados.²⁸⁶

1.1.1 Definições e objeto

A expressão “tombamento”, que em Portugal equivale a “classificação”,²⁸⁷ na Espanha *declaración de interés cultural*,²⁸⁸ e na Itália *dichiarazione dell'interesse culturale*,²⁸⁹ tem sua originalidade própria do Brasil, que, no entanto, buscou inspiração em terras lusitanas, onde desde o século XV a designação “tombo” – que equivale a registro – já era empregada para se referir aos documentos significativos do Estado português que eram guardados e registrados na torre do Castelo de São Jorge, que, por esse motivo, era conhecida como “Torre do Tombo”.²⁹⁰ Atualmente no Brasil, a expressão é utilizada para se referir ao registro realizado dos bens de interesse cultural e, segundo o prof. José Afonso da Silva, “a inscrição no Livro do Tombo é, pois, o tombamento. Tombam, aqui, significa lançar nos Livros do Tombo.”²⁹¹

Delimitar o tombamento a um ato único e específico «a inscrição» tem sua utilidade à medida que os procedimentos que antecedem esse ato, ainda que já capazes de produzir alguns efeitos jurídicos peculiares,²⁹² não se consumam à tutela específica que sugere o próprio tombamento e que implica consequências tais que somente serão pos-

rígida e impositiva que o atual procedimento de tombamento implica. Tal como coloca o sociólogo Henri-Pierre Jeudy, o excesso na conservação e a petrificação do patrimônio, “o dever de não esquecer”, suscitam a repulsa e o ódio popular e os objetivos tidos de início tornam-se ainda mais distantes. JEUDY, Henri-Pierre. 2005. Op. cit. p. 15 e ss.

²⁸³ Decreto-Lei por ter sido editado pelo Presidente da República, logo em seguida ao golpe do Estado Novo (10 de novembro de 1937), quando então o Congresso foi encerrado.

²⁸⁴ A esse respeito, o prof. Antônio A. Queiroz Telles monta uma linha cronológica que é inaugurada em 1937, com a sanção da Lei nº 378 que cria o “SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL”; Em 2 de janeiro de 1946, por via do Decreto-Lei nº 8.534, esse órgão passa a se chamar “DIRETORIA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL”; Já em 1970, com a edição do Decreto 66.967, a diretoria passa a denominar-se “INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL”, autarquia ligada ao Ministério da Cultura que mantém essa nomenclatura até 1979, quando o Decreto 84.198 cria, na estrutura do Ministério da Educação e Cultura, a “SECRETARIA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL”; que é sucedida pelo “INSTITUTO BRASILEIRO DE PATRIMÔNIO CULTURAL”, constituído pelo Decreto nº 99.492, em 1990, (TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 23 e ss); e que, finalmente, antecedeu o atual “INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL”, que voltou a ter essa denominação por força da MP 610, de 8 de setembro de 1994, mantendo a mesma natureza e competência jurídica, cuja estrutura registral atual foi aprovada pelo Decreto 5.040 de 2004.

Apesar das muitas denominações e da sua vinculação, por vezes, ao Ministério da Educação e Cultura, por outras, ao Ministério da Educação e Saúde Pública e, por fim, ao Ministério da Cultura, suas atribuições sempre foram a de “promover, em todo o país e de forma permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional” (Art. 46, da Lei 378 de 13 de janeiro de 1937).

²⁸⁵ Sobre a competência dos Estados (além do Distrito Federal) e Municípios para protegerem administrativamente e legislar em matéria de patrimônio cultural e tombamento, ver o Item 2.1.2 do Capítulo I.

²⁸⁶ “Tanto legislar como declarar o tombamento é competência de qualquer das pessoas políticas

(União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município), observadas, naturalmente, suas respectivas competências. Todas podem registrar e declarar o tombamento". GASPARINI, Diógenes. 1995. Op. cit. p. 427.

²⁸⁶ V. OLIVEIRA, Vicente del Rio Livia. *Percepção ambiental: a experiência brasileira*. São Carlos: UFSCAR, 1996. p. 143.

²⁸⁷ Em Portugal, Art. 18, da Lei 107/01 "Lei do Património Cultural".

²⁸⁸ Na Espanha, *Artículo 21*, do Real Decreto 111/1986 "*desarrollo parcial de la Ley del patrimonio histórico Español*".

²⁸⁹ Na Itália, *Artículo 14*, do Decreto Legislativo nº 42/2004 "*Código dei beni culturali e del paesaggio*".

²⁹⁰ TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 20-21.

²⁹¹ Cf. SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 158.

²⁹² Nesse sentido, também a prof.ª da UFMG, Maria Coeli Simões Pires, coloca o tombamento como sendo "o ato final de um procedimento administrativo resultante do poder discricionário da Administração". PIREZ, Maria Coeli Simões, *apud* MUKAI, Toshio. 2003. Op. cit. p. 8.

²⁹³ De acordo com o Art. 4º, do DL 25/37, os bens culturais são registrados em quatro diferentes Livros do Tombo, quais sejam: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico — onde estão inscritos os bens culturais edificados; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes; e Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

²⁹⁴ Tanto Hely Lopes Meirelles como o prof. Diógenes Gasparini entendem que a intervenção na propriedade privada é sempre um ato público compulsório, entretanto, podendo o tombamento ser também voluntário (Art. 6º, do DL 25/37), acreditamos então ser esse uma típica exceção ao conceito posto pelos juristas paulistas. V. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. Cit. p. 551 e ss; GASPARINI, Diógenes. 1995. Op. cit. p. 422-423.

²⁹⁵ Ao contrário do que pensam alguns autores que entendem o tombamento como uma limitação de direito, sujeita a uma indenização do proprietário. V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1987. Op. cit.

²⁹⁶ Nesse sentido, podemos dizer que as leis sobre tombamento não deixam de ser um tipo de norma que visa regular a relação da Administração com outros sujeitos de direito. Pois, concomitantemente, conferem poderes de autoridade à Administração Pública, submetem a Administração a deveres impostos por motivos de interesse público e atribuem direitos

síveis após o dito assentamento no respectivo livro do tomo.²⁹³ O tombamento é pois uma forma única de intervenção administrativa na propriedade²⁹⁴ que implica encargos "gratuitos"²⁹⁵ positivos, negativos e permissivos, não somente para os administrados, mas também para o administrador que os obriga e se obriga a uma série de compromissos voltados em prol do valor cultural que representa determinado bem edificado.²⁹⁶

O tombamento é um ato do Poder Público²⁹⁷ que declara o valor cultural de um determinado bem que, no entanto, deve ser precedido por um processo administrativo. Assim, a começar pelo pedido de tombamento, em que qualquer sujeito é titular para o formular,²⁹⁸ haverá todo um procedimento público preparatório, inclusive sujeito à contestação dos interessados, que culminará com a homologação, ou não, do parecer positivo do IPHAN, pelo Ministro de Estado da Cultura,²⁹⁹ com a consequente inscrição do bem cultural edificado no Livro do Tombo correlato. Tal procedimento deve atender a todos os pressupostos formais e materiais de validade que, se não observados, implicam a nulidade do ato praticado.³⁰⁰

O tombamento pode ser praticado tanto por ato legislativo³⁰¹ como por ato do executivo,³⁰² entretanto, nos dois casos, deve ser obedecido o respectivo procedimento preparatório que visa especialmente averiguar o mérito cultural do objeto em causa, possibilitar o contraditório para os sujeitos afetados, além de precisar as medidas necessárias para a sua preservação. A prof. Sônia Rabello entende que, por se tratar a atividade legislativa de um processo de criação de normas abstratas e genéricas, possibilitar que o poder legiferante individualize e concretize seus atos, como seria o caso do tombamento particularizado de um bem edificado, significaria ferir o princípio da repartição de poderes, além de ofender o princípio constitucional da isonomia, possibilitando que a norma jurídica distinga ou faça distinções aleatórias e abstratas.³⁰³ A professora da UERJ, ressalta entretanto, que não há nenhum problema quando a lei especifica uma proteção genérica a toda uma categoria de bens, mesmo porque, é mais que sabido, que o poder legislativo ordinário é competente para trabalhar a matéria.

Ora, não obstante a autora tenha razão em suas observações, acrescentando ainda o fato de a própria lei estabelecer que o tombamento, em nível federal, se dá por homologação do Ministro de Estado da Cultura (Art. 1º, da Lei 6.292/75),³⁰⁴ o que o caracteriza, não de outro modo, como um ato típico do poder executivo, não se pode escusar que, sendo também os Estados e Municípios entes competentes para legislar a respeito e tombam bens culturais, não existe nenhum impedimento legal para que as Câmaras Municipais ou as Assembleias Legislativas Estaduais promovam o tombamento de determinado bem cultural edificado, próprio de suas circunscrições, se assim o convierem.³⁰⁵ A Lei

9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, inclusive, estabelece que os preceitos daquela Lei também se aplicam aos órgãos do Poder Legislativo, quando no desempenho de função administrativa,³⁰⁶ ou seja, se o tombamento é ato (ou procedimento) que decorre da função administrativa exercida pelo Poder Executivo, estando autorizado o Poder Legislativo a realizá-lo, bastando observar os procedimentos próprios discriminados seja na “lei de tombamento” seja na “lei que regula o processo administrativo” para que seja válida a declaração de interesse cultural decretada por esse Poder.

Essa preocupação, em verificar a possibilidade jurídica do poder legislativo promover o tombamento, tem alguma utilidade prática, a nosso ver, principalmente no contexto municipal, visto que nessa esfera, mesmo as leis de salvaguarda puramente abstratas e genéricas acabam assumindo um elevado grau de individualização e concretude. Em alguns Municípios, principalmente os de médio e pequeno porte, é possível que uma lei de proteção ao patrimônio cultural edificado acabe por se direcionar a uns poucos imóveis, o que não seria muito diferente do seu tombamento por um ato do poder legiferante. Ademais, o processo legislativo significa a participação não apenas de especialistas e técnicos das áreas de História e Artes (como ocorre no âmbito do executivo), e sim de representantes eleitos da própria comunidade onde estão esses bens e que melhor conhecem os anseios populares em termos de proteção do seu patrimônio.³⁰⁷

Bem, partindo agora para uma definição doutrinária do instituto e considerando a posição de alguns dos principais administrativas nacionais, vemos que José Cretella Júnior entende que o “tombamento” é uma “restrição parcial ao direito de propriedade, realizada pelo Estado com a finalidade de conservar objetos móveis e imóveis, considerados de interesse histórico, artístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico”³⁰⁸. Nessa ideia proposta pelo professor da USP, há que ser ressalvado que a limitação posta pelo tombamento diz respeito ao domínio e não ao direito do proprietário, que é constituído sobre um conceito já demarcado pela função social do bem cultural. Ademais, voltamos novamente a um dos primeiros pontos abordados neste estudo (Capítulo I) que se refere ao próprio conceito de bens culturais e aos inconvenientes de os limitar a caracteres rígidos e preestabelecidos como bens “arqueológicos” ou “bibliográficos”, sendo mais apropriado falar em «bens de relevante valor cultural».

Já a profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o tombamento como sendo “o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico”³⁰⁹. Aqui, além da questão terminológica, suscitada anteriormente,

subjetivos ou reconhecem interesses legítimos dos participantes em face da Administração. Cf. DIAS, José Figueiredo e OLIVEIRA, Fernanda Paula. 2003. Op. cit. p. 11.

²⁹⁷ “O tombamento é o ato material da inscrição, praticado pelo funcionário público responsável, no exercício da administração.” CRETELLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit. p. 52.

²⁹⁸ De acordo com o Art. 2º, da Portaria do SPHAN nº 11, de 11 de setembro de 1986, que regula a instauração do processo de tombamento em nível nacional: “toda pessoa física ou jurídica será parte legítima para provocar, mediante proposta, a instauração do processo de tombamento”.

²⁹⁹ Art. 21, da Portaria do SPHAN nº 11, de 11 de setembro de 1986, culminado com o Art. 1º, da Lei n.º 6.292, de 15 de dezembro de 1975.

³⁰⁰ Conforme já se pronunciaram os tribunais brasileiros: EMENTA: Administrativo. Tombamento. Imóvel não inscrito no livro do SPHAN. Sem a observância dos ritos inscritos no DL 25/37, para a efetivação do tombamento, principalmente a notificação do proprietário, não se pode consumir a limitação do direito de propriedade. Não provimento dos recursos. Processo: 91.01.13980-0/BA, APELAÇÃO CIVEL — Relator: Juiz Leite Soares — Publicação em: 07/12/1992.

Devem ser observados tanto o procedimento administrativo específico para o tombamento, previsto no Decreto-Lei 25/37 e na Portaria do SPHAN nº 11/86, como as disposições gerais que regulam o processo administrativo federal, Lei 9.784/99: “Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das imposições legais regulamentares.” MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 552.

³⁰¹ Da mesma forma, entendem que o tombamento pode ser, não apenas regulado, mas também promovido por lei, os profs. Paulo Afonso Leme Machado (MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 763 e ss), Antônio A. Queiroz Telles (TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 81) e Toshio Mukai (MUKAI, Toshio. 2003. Op. cit. p. 13).

³⁰² No caso da promoção do tombamento por iniciativa do poder legislativo, este deve respeitar, da mesma forma, o processo administrativo adequado, haja vista que, conforme § 1º, do Art. 1º, da Lei 9.784/99, os preceitos que regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de

função administrativa.

³⁰³ CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 65-71.

³⁰⁴ Lei Federal n.º 6.292, de 15 de dezembro de 1975: "Art. 1.º O tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), previsto no Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, dependerá de homologação do ministro de Estado da Educação de Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo."

³⁰⁵ Em Minas Gerais, nosso caso exemplar, o legislador estadual também optou por deixar exclusivamente a cargo do Conselho Curador do IEPHA o poder de decidir sobre o tombamento estadual de bens culturais (Art. 9.º, da Lei 11.726, de 30 de dezembro de 1994), o que acaba excluindo, a não ser que haja uma reforma legislativa, a possibilidade do legislativo estadual tomar os bens de relevante valor cultural. Entretanto, recentemente, a Assembleia Legislativa do Estado aprovou a Lei 16.688, de 11 de janeiro de 2007, que dedara patrimônio cultural de Minas Gerais o processo tradicional de fabricação, em alambique, da cachaça de Minas, determinando que o Poder Executivo providencie a sua respectiva inscrição no Livro do Tombo próprio.

³⁰⁶ O prof. Caio Tácito se refere aos atos praticados pelo Poder Legislativo no exercício de funções administrativas, disciplinando matéria própria do Executivo, como sendo verdadeiros atos administrativos materiais. TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 287 e ss.

³⁰⁷ Essa opinião reflete a ideia central da democratização na eleição e gestão do patrimônio cultural, no caso, em nível municipal. Entendemos inclusive que esse princípio deve sempre ser considerado no que diz respeito à interpretação dos institutos de regulação e proteção afins. A prof. Maria Cecília Londres Fonseca ilustra essa necessidade dentro do processo evolutivo de tutela aos bens culturais no Brasil. Cf. FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo. trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.

³⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 452-453.

³⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2003. Op. cit. p. 134.

³¹⁰ Concordamos com a prof. Sônia Rabello de Castro, que considera o tombamento um ato composto, ou seja, "aquele que resulta da vontade de um órgão, mas que depende da

ousamos discordar da professora, também da USP, apenas para dizer que entendemos o tombamento como sendo um ato "único" de declaração do valor cultural do bem,³¹⁰ *in verbis*, edificado, e não o procedimento como um todo.³¹¹ Tal como aponta o prof. Caio Tácito ao se referir aos atos administrativos de maneira geral, o procedimento necessário para que se proceda o ato de tombamento equivale

aos fatos administrativos que representam o processo de exteriorização do substrato jurídico dos atos administrativos. São atos de preparação que traduzem, objetivamente, o elemento subjetivo da manifestação administrativa, produzindo os efeitos jurídicos decorrentes desse relacionamento.³¹²

Sobre o conceito do instituto, Caio Tácito coloca que o tombamento é "o ato administrativo constitutivo mediante o qual o Estado passa a exercer o poder de vigilância sobre o bem tombado, de modo a garantir a intangibilidade do motivo determinante da limitação administrativa da propriedade."³¹³

Essa definição peca, entretanto, e em nossa opinião, por colocar o ato do tombamento como um ato constitutivo, quando na verdade trata-se de um ato meramente declaratório,³¹⁴ e também esse ponto já foi discutido no capítulo anterior em que restou claro que o bem cultural não tombado, embora sujeito a maiores dificuldades práticas-jurídicas de efetivação da sua proteção, está igualmente salvaguardado e sujeito à permanente vigilância do Poder Público.³¹⁵

Dentre tantas definições possíveis, abordando os mais diversos aspectos do instituto, entendemos que a ideia posta pelo prof. José Afonso da Silva é, ao final, a mais atualizada e adequada às causas e ao fim que orientam o conceito de tombamento. Segundo o constitucionalista paulista, o tombamento é o

ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade.³¹⁶

Diante da amplitude desse raciocínio, ousaríamos apenas acrescentar que essa subordinação, a que está sujeita o bem, se dá de forma gratuita, ressalvando ainda que a

destinação a que se refere o conceito não pode ser de todo prefixada, já que o que se tomba, e se almeja resguardar (pelo menos no caso dos bens culturais edificados), é o suporte físico e não o seu uso ou “destinação”.³¹⁷ Postas essas considerações, entendemos, e concluímos, que o tombamento é ato declaratório do Poder Público, que reconhecendo o valor cultural de um bem material, mediante sua inscrição no Livro do Tombo correlato, especifica o seu regime jurídico especial, estabelecendo vínculos, a título gratuito, destinados à sua preservação, conservação e valorização.

Da leitura do Art. 1º, do DL 25/37, culminado com o Art. 216, da Constituição da República, podemos influir que o objeto³¹⁸, ou objetos, do tombamento serão os bens móveis e imóveis, com especial valor a ser preservado, componentes do conjunto do patrimônio cultural brasileiro; o que pode envolver bens de natureza das mais diversas, mas sempre com um representativo valor cultural, “não econômico e insusceptível de apropriação individual.”³¹⁹ Diante de um leque tão amplo de elementos, nos interessa, entretanto, um objeto específico desse patrimônio, qual seja, “o bem cultural edificado”, seja ele individualizado ou considerado dentro de um conjunto.³²⁰ Aqui, é importante destacar que, como a finalidade do ato administrativo declaratório do interesse cultural é, antes de tudo, a preservação deste bem se faz especificar precisamente o objeto que está sendo tombado, seja ele um edifício isolado ou um conjunto. Nesse caso, é preciso especificar os limites e os valores que se quer preservar. E ainda em relação a esse último ponto, é imprescindível compreender que não basta, para a definição do objeto do tombamento, a descrição pormenorizada do componente físico do bem em causa. Devem ser ressaltados, também, e de modo ainda mais enfático, os valores que se pretende sejam salvaguardados, visto que, ao final, serão esses os principais norteadores dos processos de harmonização e modernização dos bens tombados e do seu entorno, especialmente quando se tratar dos conjuntos edificados.

1.2 Enquadramento e natureza jurídica do tombamento

Tanto o tombamento como os demais instrumentos de tutela do patrimônio cultural são matérias específicas do Direito Público, mais propriamente do Direito Administrativo³²¹ e, em relação a isso, é interessante notar, desde já, como que justo o ramo do Direito que surge para proteger o cidadão contra as intervenções do Poder Estatal³²² é aquele que acaba autorizando a ingerência do “Poder Público” sobre a propriedade privada. Ora, na verdade, o Direito Administrativo objetiva evitar justamente o desvio de poder

verificação por parte de outro para se tornar exequível.” CASTRO, Sônia Rabello. 1991. Op. cit. p. 49. Esse outro ato, entretanto, entendemos ser o procedimento de notificação do proprietário, aferição do mérito cultural do bem e oportunidade do tombamento realizado pelo órgão público competente de gestão e promoção do patrimônio cultural e disciplinado pelo DL 25/37 e Portaria do SPHAN, 11/86.

³¹¹ A título de comparação, em Portugal, onde a questão também é suscitada, a jurista Suzana Tavares destaca que “a classificação do bem resulta de um acto administrativo emanado pelas autoridades administrativas competentes para a sua prática, na sequência do respectivo procedimento.” SILVA, Suzana Tavares da. 2006. Op. cit. p. 372.

³¹² Cf. TÁCITO, Caio. 1997. Op. cit. p. 298-299.

Também é enfática a prof. Lúcia Valle Figueiredo ao reclamar o *status* constitutivo do ato de tombamento quando afirma que é por meio deste que se apontam “as características que distinguem tais bens, dando-lhes valor artístico ou histórico.” *Disciplina urbanística da propriedade*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1980.

³¹³ TÁCITO, Caio. 1997. v. 2. Op. cit. p. 1828.

³¹⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 551. O professor paulista deixa claro que o “tombamento é a declaração do Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”.

Para outros autores, entretanto, é importante destacar que apesar de o tombamento ser ato declaratório e não constitutivo do valor cultural do bem tombado, “o mesmo tem natureza constitutiva, modificativa do conteúdo do direito de propriedade.” TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. 2004. Op. cit. p. 240.

³¹⁵ A respeito desse ponto, é clara a lição do administrativista italiano, Massimo Severo Giannini: “*In effetto è vera, già allo della legislazione vigente, la tesi meno recente, che il bene culturale è tale indipendentemente dalla «dichiarazione».* Questa, como ogni atto di accertamento, costituisce una certezza legale circa l'essere il bene culturale, ed il suo effetto à la certezza in ordine all'esercitabilità della potestà dell'amministrazione. Però indipendentemente da essa, l'amministrazione può vietare l'esportazione e acquistare all'esportazione beni d'interesse storico, artistico (ed altresì archivistico e librario), può disporre ricoveri coattivi e distacchi di beni d'interesse artistico e storico, mentre per

i beni ambientali à chiamata ad intervenire in sede di adozione di strumenti urbanistici, in particolare dei piani di lottizzazione. Per cui per i beni non dichiarati la potestà di tutela, seppur in misura più limitata, esiste, mentre non esiste quella di valorizzazione." GIANNINI, Massimo Severo. *I Beni Culturali*. In: RTDP. n.º 26. 1976. p. 36.

³¹⁴ SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 159.

³¹⁷ Sobre a impossibilidade do chamado "tombamento de uso", já se manifestou o STJ: "Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação a atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no Art. 216, § 1º, da Constituição". RE 219292/MG. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Publicação: DJ 23-06-2000 PP-00031.

³¹⁸ Por ser um ato administrativo, o tombamento é, mesmo antes, um ato jurídico, do que decorre que o seu objeto deve preencher, obviamente, os requisitos alusivos à licitude, moralidade, possibilidade e certeza. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 93, também TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 67.

³¹⁹ Cf. CASTRO, Sônia Rabello de, 1991. Op. cit. p. 68.

O Decreto-Lei 25/37 especifica que somente os bens móveis e imóveis serão objeto do tombamento, não se referindo aos bens imateriais, ademais, o Decreto 3.551/00 determina que os bens de natureza imaterial serão declarados "Patrimônio Cultural do Brasil" mediante não o seu tombamento e, sim, o seu assentamento no "Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial" (Art. 1º).

³²⁰ Cf. o Art. 1º, do Decreto 80.978/77, que promulga a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 e conceitua os "conjuntos" como sendo grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor do ponto de vista da história da arte ou da ciência. Interessante notar que o objeto do tombamento, no caso dos conjuntos, não é cada bem individualizado. O que interessa é "o valor, o bem imaterial susceptível de interesse público, não é a individualidade, mas aquilo que as coisas representam em seu conjunto". CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 70.

da Autoridade em desfavor do interesse individual ou coletivo, indicando, em termos gerais, os limites da sua atuação e, no presente caso, com vistas a tutelar um valor cultural que é comum a todos. E

apesar de ser tema específico da órbita privatística, o direito de propriedade passa a interessar ao Estado, cogitando-se da intervenção da administração na fiscalização, vigilância e publicidade que deve cercá-lo, cabendo ao Direito Administrativo indagar até que ponto se legitima a ingerência estatal.³²³

O tombamento, o zoneamento, a servidão administrativa ou a desapropriação são instrumentos próprios do Direito Administrativo e a ele se submetem, por isso a leitura desses institutos deve sempre ser norteada pelos princípios e valores elementares que orientam a estrutura organizacional da Administração e principalmente a sua atuação com o particular, ou seja, tais meios de intervenção devem, sobremodo, obedecer aos princípios, ditados pela Constituição, da legalidade, da supremacia do interesse público, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência. No caso específico do tombamento, em que "o domínio e a posse de um bem não se alteram, mas sua disponibilidade e gozo ficam alcançados pela limitação ou restrição que se estabeleça quanto à livre utilização do bem,"³²⁴ temos o caso mais delicado, afinal este é o instituto onde é mais difícil precisar o âmbito legítimo de alcance da atuação pública, sem que isso implique em prejuízo ao "direito do proprietário".

Como dito anteriormente, somente em casos excepcionais o tombamento de um bem cultural edificado deve ser indenizável³²⁵ e, ainda assim, poderíamos discutir se nesse caso estamos mesmo diante de um ato de tombamento, haja vista que sua natureza implica necessariamente uma limitação administrativa sobre a propriedade (e não sobre o direito do proprietário), não indenizável.³²⁶ Hoje, na doutrina brasileira, existem algumas divergências quanto à natureza jurídica que assume esse ato declaratório. Há autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini, que o consideram uma servidão administrativa,³²⁷ razão pela qual deveria inclusive haver uma indenização para o proprietário de um bem edificado tombado.³²⁸ Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior enquadram o instituto como sendo uma restrição parcial ao direito de propriedade,³²⁹ e os profs. Antônio Queiroz Telles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro entendem que o tombamento sugere uma categoria própria do Direito Administrativo, *sui generis*.³³⁰ Diante de tais posições, que não excluem ainda outros pontos de vista,³³¹ preferimos ver o tombamento como um ato declaratório que afirma uma vinculação pública gratuita sobre o conteúdo do direito de propriedade.³³²

Ao que tudo indica, a principal questão em causa, ao determinar a natureza jurídica desse instituto, e que, desde logo, é apontada pelo prof. José Afonso da Silva, é saber se A) o ato de tombamento é um ato constitutivo ou declarativo e B) se o tombamento constitui limitação administrativa, servidão administrativa ou desapropriação.³³³ Ora, para que a lógica do “Patrimônio Cultural” seja, desde o início, precisa e coerente, temos primeiro que considerar o tombamento um ato duplamente declarativo: que declara (e não constitui) o valor cultural de um bem edificado; e que declara (e não constitui) que esse bem passa a estar sob a tutela e a vigilância da Administração Pública.³³⁴ Tal como foi discutido no Capítulo I, hoje o entendimento mais adequado do “Patrimônio Cultural” é aquele que o encara sob uma ótica dinâmica e aberta, de modo algum excludente ou condicionada. A Constituição Brasileira garante toda proteção, incentivo e valorização aos bens culturais independentemente de serem tombados ou não, e ainda que se verifique, na realidade, que somente os bens tombados gozam de determinadas prerrogativas distintivas de seu mérito cultural, não há como ignorar que determinado bem cultural edificado, mesmo que não inscrito no livro do tomo, pode ser objeto de lide processual que objetive todas as medidas de salvaguarda que “em tese” somente os bens tombados teriam.³³⁵ Ousamos dizer que esse entendimento é relativamente novo no âmbito jurídico brasileiro, visto que não encontramos precedentes doutrinários entre algumas das principais expressões do Direito Administrativo, entretanto, nota-se que nas Cortes Nacionais a ideia já é posta em prática, com decisões garantidoras das prerrogativas dos bens tombados mesmo àqueles que não estão inscritos nos respectivos Livros do Tombo.

Tal entendimento, sobre a natureza declaratória do instituto, é reforçado com a aferição dos motivos e da finalidade do ato de tombamento. A Constituição Federal em seu Art. 215 determina que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” Já no Art. 216, estabelece que: “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

A profa. Sônia Rabello aponta que “a CR de 1988 não deixou dúvidas quanto à concepção ampla do que seja bem de valor cultural, e, nesse sentido, o Decreto-Lei 25/37

³³¹ Significa dizer que tanto “os bens que pertencem ao próprio Estado como os bens pertencentes a particulares estão sujeitos às limitações administrativas impostas pelo Estado.” MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 489. Tais limitações (dentre elas as de proteção do patrimônio cultural) são regidas principalmente pelo Direito Administrativo (podendo ser também o Direito Penal, Constitucional) o que, desde já, condiciona a sua natureza jurídica.

³³² Cf. TÁCITO, Caio. 1997. v. I. Op. cit. p. 40.

Ressalvamos, entretanto, a posição do prof. Eros Roberto Grau que critica a doutrina jus-publísta brasileira que comumente cinge Estado e Sociedade, quando, na verdade, esses constituem uma mesma unidade. O professor paulista enfatiza que o “Poder Estatal” na verdade é o poder da própria sociedade, que não se confunde, entretanto, com o poder de um determinado governo. GRAU, Eros Roberto. 2002. Op. cit. p. 259.

³³³ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit. p. 51-52.

“Apesar da Administração estar aqui na prossecução directa de fins ou interesses públicos e, como tal, estar em causa o próprio exercício da função administrativa, é possível que as atribuições das pessoas colectivas públicas sejam desempenhadas através de meios de direito privado”. DIAS, José Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. 2003. Op. cit. p. 84.

³³⁴ TÁCITO, Caio. 1997. v. 2. Op. cit. p. 1828.

³³⁵ É como aponta o prof. Hely Lopes Meirelles ao dizer que no tombamento há a indenização “quando as condições impostas para a conservação do bem acarretam despesas extraordinárias para o proprietário.” MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 554.

³³⁶ Entendemos, tal como a prof. Lúcia Valle Figueiredo que “se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada mercê do tombamento, mais do que mera restrição ter-se-á uma desapropriação indireta, a se resolver pela indenização plena. Decorrendo da medida sensível tolhimento ao uso do bem, estará constituída uma servidão administrativa, passível de indenização, na proporção da significativa perda de valor da coisa.” Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. RT. São Paulo, 1980. p. 18-19.

³³⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1987. Op. cit. p. 65-73. Ainda, GASPARINI, Diógenes. 1995. Op. cit. p. 427.

³³⁸ De acordo com o Art. 40, do Decreto-Lei 3.365/41 (que dispõe sobre as desapropriações

por utilidade pública): “o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”.

³²⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. 1999. Op. cit. p. 452. Também MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 552.

³³⁰ O prof. Antônio Queiroz Telles entende que o tombamento é apenas uma denominação para o que, na verdade, pode ser tanto uma limitação administrativa como uma servidão administrativa, dependendo do caso concreto. (TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 46). Já a prof. Maria Sílvia considera o tombamento uma categoria própria que se assemelha com a limitação administrativa, por ser imposta em favor do interesse público, e com a servidão administrativa, por individualizar o bem. (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 142.

³³¹ Para Eduardo Tomasevicius Filho, o tombamento é um instituto jurídico decorrente da função social da propriedade e que lhe dá concreitude, de natureza declaratória, no sentido de reconhecer o caráter intrínseco do bem que dá ensejo ao tombamento, e constitutiva, modificativa do conteúdo do direito de propriedade, ao impor determinados ônus, deveres e sujeições ao proprietário do bem tombado. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. 2004. Op. cit. p. 240.

³³² Preferimos o uso da expressão “vinculação”, ao invés de simples “restrição”, visto que o tombamento implica um conteúdo de ordem não apenas negativo, tal como “o dever de não fazer” próprio das restrições administrativas, e, sim, ademais, um conteúdo positivo, qual seja, o de preservar, restaurar, valorizar o bem em causa.

Trabalho português que especifica as distinções entre servidão pública e limitação pública. Cf. AZEVEDO, Bernardo. *Servidão de Direito Público: contribuição para o seu estudo*. Coimbra Editora. Coimbra, 2005. p. 75 e ss.

³³³ SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 160.

³³⁴ Países como Espanha e Itália estabelecem desde logo a natureza declaratória desse ato, ao invocarem, no próprio nome conferido à atuação estatal, a sua natureza: “*Declaración de Bienes de Interés Cultural*” e “*Dichiarazione dell’Interesse Culturale*” respectivamente.

³³⁵ Ousamos dizer que esse entendimento é relativamente novo no âmbito jurídico brasileiro, visto que não encontramos precedentes doutrinários dentre algumas das principais expressões do Direito Administrativo; entretanto, nota-se que, nas Cortes Nacionais, a ideia já é posta em prática, com decisões garantidoras das prerrogativas dos bens tombados mesmo àqueles que não estão inscritos nos respectivos

foi por ela recepcionado, sendo que a conceituação dos motivos especificamente apontados nessa norma deve ter agora o sentido *lato* que a Constituição de 1988 necessariamente lhe imprime.³³⁶ A razão que impulsiona o ato de tombamento não é o bom senso do Administrador sujeito à sua arbitrariedade de eleição³³⁷ e sim o que a Carta Magna estabelece expressamente como sendo o Patrimônio Cultural Brasileiro – a existência fática de valor cultural no bem –³³⁸, não condicionada somente a uma prévia manifestação do Poder Público. Por outro lado, a finalidade do tombamento é a proteção daquilo que já foi identificado como componente do conjunto dos bens de relevante valor cultural, de modo a garantir o interesse público cultural expresso por esse objeto.

Sendo o tombamento um ato declaratório, que identifica os bens culturais, afirmando a necessidade de sua tutela pela sociedade e pelo Poder Público com vistas a uma finalidade pública cultural, entendemos que seu principal objetivo não é o de selecionar o que deve e o que não deve ser protegido e, sim, dissipar controvérsias sobre o que à primeira vista se caracteriza como manifesta expressão cultural de uma sociedade³³⁹. Chamamos entretanto a atenção para essa opinião que não é a mais comum encontrada na doutrina *jus publicista* brasileira, que entende o tombamento como sendo um ato essencialmente constitutivo, como se existissem dois momentos distintos: o de não proteção, antes do tombamento, e o de proteção após, o tombamento.

O segundo ponto-chave, levantado pelo prof.³ José Afonso da Silva, determinante para a caracterização da natureza jurídica do tombamento, diz respeito ao seu enquadramento como A) restrição administrativa, B) servidão administrativa ou C) desapropriação. Desde logo, entendemos que se trata de uma vinculação pública do próprio conteúdo da propriedade, entretanto, façamos algumas considerações sobre as três possibilidades, caracterizando-as e distinguindo-as como instrumentos próprios de proteção do patrimônio cultural edificado.

1.2.1 Por que não uma servidão administrativa

Sobre as servidões administrativas, salienta o prof. João Caupers:

Através da expropriação por utilidade pública, o proprietário vê-se privado do bem, que reverte para a colectividade, mas recebe em sua substituição uma quantia em dinheiro, uma indemnização, que irá ser paga pelo erário público. (...) Sucede, porém, que existem

circunstâncias em que o interesse público não exige essa cessação radical das utilidades prestadas pelo bem ao proprietário, bastando-se com uma determinada restrição a algumas utilidades. É o que ocorre com as chamadas servidões administrativas, situações em que um prédio priva o seu proprietário de certas utilidades, somente as necessárias à satisfação de um interesse público.³⁴⁰

Com base na observação feita pelo professor português e levando em consideração apenas esse aspecto das servidões administrativas³⁴¹, fica evidente, à primeira vista, que o tombamento é uma espécie de servidão, afinal, aqui o proprietário mantém a posse do bem edificado ficando, entretanto, limitado ao exercício de seu domínio, tal como ocorre com os bens tombados. Entretanto, existem outros aspectos que não podem ser relevados. Nas servidões administrativas, o que se limita não é o exercício da propriedade, delimitando o seu conteúdo de acordo com sua função social, intrínseca ao domínio, existe, sim, um verdadeiro “sacrifício de direito” que incide diretamente sobre o interesse do proprietário.³⁴² A própria expressão servidão, que segundo a prof^a. Maria Sylvania Zanella Di Pietro decorre do vocábulo *servitudinem* – escravidão –³⁴³ põe em evidência esse elemento de sujeição da coisa serviente em relação à coisa dominante. Ademais a servidão é um verdadeiro ônus real sobre coisa alheia que fica sujeita, no caso do patrimônio cultural, à finalidade social prestada por esses imóveis.³⁴⁴

Isso posto, não é difícil visualizar que, muito mais que o tombamento, o que, de fato, se aproxima das servidões administrativas não é esse instituto e, sim, o regime dos bens imóveis que se situam no entorno daquele bem tombado. Esses passam a “servir” a um prédio dominante, implicando um encargo de um imóvel em proveito da utilidade pública do bem cultural edificado.³⁴⁵ O Decreto-Lei 25/37 estabelece, em seu Art. 18, que

sem prévia autorização do SPHAN, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se nesse caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

No Brasil, não existe norma que regulamenta a fixação das servidões em razão do tombamento de um imóvel, sendo importante que o próprio ato de tombamento especifique as regras e os locais que estarão sujeitos a tal restrição.³⁴⁶ O Art. 40, do Decreto-Lei 3.365/41 apenas estabelece que “o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”, o que significa que, por razões de utilidade pública,

Livros do Tombo.

A respeito, Manifestou o Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

“Ministério Público. Legitimidade. Ação civil pública. Patrimônio artístico. 1. Para ser objeto de ação civil pública não é necessário que o dano tenha sido causado contra coisa tombada, entretanto, o especial valor da obra tem que ficar demonstrado nos autos. 2. Na ausência dessa prova, a presunção é de que pertença ao domínio predominantemente particular. Processo: AC 89.01.16076-5/DF. Relator: Juiz João Batista Moreira. Publicação 03/02/1994 DJ p.2911.”

Na Itália, cabe aos representantes regionais fornecer um elenco descritivo dos bens culturais que estão localizados em suas respectivas alçadas, entretanto “*la giurisprudenza del Consiglio di Stato, unitamente a buona parte della dottrina, ha considerato gli elechi indicati nell’art. 4 della l. 1089/39 come meramente descrittivi e non aventi natura costitutiva del vincolo*”. Implica dizer que não é somente o que a Administração elenca como “*beni culturali*” que passa a ter regime diferenciado de proteção. ZANELLI, Pietro. *Regime Giuridico dei Beni Storico Artistico Appartenenti ad Enti Pubblici*. In: Contratto e Impresa. Ano 15. n.º 2. Padova, 1999. p. 396-397.

³³⁸ CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 84.

³³⁷ De acordo com Henri-Pierre Jeudy, o princípio da reflexibilidade não permite que os bens culturais salvaguardados sejam arbitrariamente escolhidos a cargo da Administração. Isso colocaria em risco o nexo entre o patrimônio e a sociedade de que emanou, o que equivale a uma crise de identidade e à rejeição social dele. JEUDY, Henri-Pierre. *Espelho das Cidades*. 2005. Op. cit. p. 22.

³³⁸ CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 90.

³³⁹ Tanto deve ser esse o entendimento que a moderna LPC portuguesa (Lei 107/01) deixa claro, em seu Art. 16, que “a aplicação de medidas cautelares previstas na lei não depende de prévia classificação ou inventariação de um bem cultural.” O caso português, com suas particularidades próprias, acaba, nesse aspecto, sustentando nossa opinião de que o tombamento não pode ter natureza constitutiva.

³⁴⁰ Cf. CAUPERS, João. *Estado de Direito, Ordenamento do Território, Direito de Propriedade*. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. n.º 3. Coimbra, Junho de 1995. p. 99.

³⁴¹ Puxando apenas por esse aspecto da restrição parcial, também o prof. António Queiroz Telles afirma que “a servidão administrativa

importa a incidência da relação de administração sobre uma parte somente das utilidades, de que uma coisa determinada é susceptível". TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 40.

³⁴² A esse respeito, o prof. Bandeira de Mello aponta para a realidade conceitual visceralmente distinta entre a categoria tipológica denominada "sacrifícios de direito" e as "limitações à propriedade." MELLO, Celso Antônio Bandeira. 1987. Op. cit. p. 66.

³⁴³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 142.

³⁴⁴ Para Hely Lopes Meirelles, a servidão administrativa é "um ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário." MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 600.

³⁴⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. 1996. Op. cit. p. 412.

³⁴⁶ Essa determinação precisa, no ato do tombamento do edifício a ser tuteado bem como a definição das regras de vinculação ao seu entorno, evita discussões como a que ocorreu recentemente no Tribunal Regional Federal da Primeira Região que decidiu, absurdamente, a favor da construção de um ginásio poliesportivo, pelo próprio Município, junto ao núcleo histórico da cidade de Mariana.

"1. O alcance da norma prevista no art. 18 do Decreto-Lei 25/37 é realmente bem mais abrangente do que o mero significado literal das expressões "impedir" e "reduzir" nela constantes, devendo ser entendido como a própria incompatibilidade entre a obra pretendida e a ambiência do bem tombado. Busca-se, com a proteção do entorno, harmonizar as construções modernas com o espaço urbano no qual se insere o monumento objeto de proteção especial, evitando-se qualquer tipo de obra que, pelo seu estilo ou característica, promova a quebra do equilíbrio do conjunto arquitetônico. 2. A norma pretende resguardar a própria atmosfera ambiental e urbana que imprime sentido ao bem tombado, delimitando critérios que evitem a descaracterização não só do monumento em si, mas igualmente daquelas construções que originalmente fizeram ou ainda fazem parte do contexto do seu surgimento. 3. O tombamento da cidade de Mariana/MG, feito em 14 de maio de 1938, se limitou ao núcleo colonial da cidade, situado na margem direita do Ribeirão do Carmo. A construção de ginásio poliesportivo, na margem esquerda do mencionado ribeirão e distante do centro

dentre elas a proteção do patrimônio cultural,³⁴⁷ todos os entes federados podem constituir servidões administrativas mediante o pagamento de indenização.

Em se tratando da proteção e promoção do patrimônio cultural edificado, a servidão administrativa tem por objetivo manter o *status quo* da propriedade vizinha em razão de um outro bem, esse com relevante valor cultural. O imóvel que é atingido pela servidão não possui o mesmo mérito, pois, se fosse o caso, seria objeto também do tombamento. Aqui, os efeitos jurídicos que incidirão sobre os direitos de seus detentores/proprietários decorrem do valor alheio, o que pode implicar inclusive a demolição de eventuais construções tidas nessa propriedade, quando é o caso de impedirem a visão do bem tombado, ou prejudicarem a harmonia do contexto onde se localizam.³⁴⁸ Interessante colocar que os bens imóveis, edificados ou não, sujeitos à servidão pública, a cargo de um bem cultural edificado, não estão sujeitos às mesmas regras de constante preservação, proteção e valorização postas aos bens tombados, razão pela qual entendemos ser coerente o pagamento de uma indenização aos proprietários dos imóveis servientes que efetivamente forem prejudicados pelo encargo público, suprimindo-lhes total ou parcialmente o direito de disponibilidade desse imóvel. Entretanto, isso suscita uma questão: por que os proprietários sujeitos à servidão fazem *jus* a uma justa indenização³⁴⁹ pelos eventuais danos sofridos e os proprietários de bens tombados não (pelo menos em nosso entendimento)? A resposta a essa questão passa por quatro argumentos de natureza distinta, sendo que o primeiro deles é de ordem normativa, afinal, a lei estabelece que as servidões públicas são indenizáveis (Art. 40, do Decreto-Lei 3.365/41)³⁵⁰, ao passo que nada diz sobre o tombamento. Segundo, em razão da maior possibilidade de desvalorização venal do bem serviente que do bem tombado, afinal, como se verá adiante, o tombamento, em alguns casos, pode, ao contrário do que se espera, valorizar o imóvel – "ser proprietário de um bem imóvel classificado pode vir a ser sinônimo de oportunidade de negócio e não apenas ônus"³⁵¹ – enquanto nas servidões, a não ser em casos excepcionais, a desvalorização é quase certa, afinal, o seu proprietário está obrigado a não fazer (ou desfazer) tudo o que possa comprometer a harmonia ou mesmo a visibilidade do bem dominante (Art. 18, do DL 25/37), o que, inevitavelmente, atingirá, nesse caso, o núcleo essencial do direito de propriedade. O terceiro argumento é de ordem doutrinária: todos os requisitos elencados pela doutrina brasileira como sendo próprios das servidões administrativas são encontrados no regime dos bens localizados no entorno do imóvel tombado. A) a presença dos elementos coisa serviente e coisa dominante;³⁵² B) a possibilidade legal de indenização nos casos de dano ao direito do proprietário; C) a natureza pública; D) a individualização dos imóveis sujeitos à servidão; e E) a finalidade pública. Por fim, o quarto e principal argumento a justificar o pagamento de uma indenização aos proprietá-

rios dos imóveis sujeitos à servidão e não aos donos de bem tombados vincula-se à própria finalidade do tombamento e à sua incompatibilidade com o instituto indenizatório. Discorremos então um pouco sobre esse ponto.

Renato Alessi, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca que “a imposição de limites à propriedade individual não representa uma verdadeira limitação ao direito propriamente, uma lesão a ele, mas apenas sua definição, uma aposição de seus necessários confins.”³⁵³ Visto por esse aspecto, as restrições postas tanto pelas servidões públicas aos imóveis do entorno como pelo tombamento são, na verdade, a configuração do domínio sobre o qual incidirá o direito do proprietário, sendo certo que a propriedade deve atender à sua função social;³⁵⁴ logo, não caberia falar em lesão ao direito do proprietário em nenhum dos dois casos. No entanto, a discussão no primeiro Capítulo sobre a existência de um núcleo essencial do direito de propriedade, que deve ser respeitado, sob pena de se esvaziar o próprio conteúdo de um direito e garantia fundamental é aqui colocada em questão, afinal, não olvidamos que existem casos em que o direito de propriedade torna-se mais um ônus que um privilégio.³⁵⁵ Nessas hipóteses, estamos mesmo falando em uma forma de desapropriação,³⁵⁶ tanto que, pelo menos no caso das servidões, elas são tratadas, inclusive, na própria lei de “desapropriação por utilidade pública” (Decreto-Lei 3.365/41).

A indenização “destina-se a remover ou reparar um dano ou prejuízo sofrido por outrem.”³⁵⁷ A compensação da qual tratamos aqui, entretanto, tem por base uma conduta lícita,³⁵⁸ que, ainda assim, destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se não fosse o acontecimento produtor do dano. Ora, o tombamento, por ser ato declaratório, e não constitutivo, coloca os sujeitos, proprietários de bens culturais, no mesmo *status* anterior, ou seja, com a mesma obrigação de preservar e proteger os bens tombados. Logo, não é o ato em si que provoca um dano, entretanto, esse mesmo ato público acaba por constituir uma situação diversa para os donos de imóveis do entorno, que veem sua situação alterada, podendo até mesmo serem obrigados a destruir eventuais construções que obstruam a visibilidade do bem dominante ou descaracterizem o seu contexto.

As servidões postas ao entorno do bem cultural implicam “tão somente” um dever de suportar, ou seja, uma restrição negativa que implica um *non facere*, enquanto o tombamento reafirma uma obrigação de não fazer (alterar, alienar, reparar, mutilar, destruir) e também um dever de fazer (proteger, preservar e restaurar).³⁵⁹ O pagamento de uma prévia e justa indenização em dinheiro (Art. 5º, XXIV da CFB), no primeiro caso, é condizente com o prejuízo causado em razão de uma provável desvalorização do imóvel que não poderá ser mais utilizado livremente. No entanto, essa mesma indenização é

colonial, não depende de autorização do IPHAN e não interfere na visibilidade da coisa tombada. 4. Apelação desprovida.” Processo: AC 89.01.22653-7/MG. Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves. Publicação: 15/09/2005 DJ p.121.

A Lei Estadual 11.726/94, de Minas Gerais (Lei Estadual do Patrimônio Cultural), ao tratar dos bens arqueológicos, estabelece no seu Art. 13, Parágrafos 1º e 2º que: “§ 1º. O dever de proteção estende-se às áreas de entorno, até o limite necessário à preservação do equilíbrio ambiental, dos ecossistemas e do fluxo das águas e à manutenção da harmonia da paisagem local; § 2º. Os limites das áreas de entorno devem ser definidos mediante estudos técnicos específicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso”. Para o caso dos bens culturais, não existe no âmbito estadual (MG) ou federal dispositivo equivalente.

³⁴⁷ O Art. 5º, Alínea k, da mesma lei, prevê a possibilidade de constituição de servidões em razão da “preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza”.

³⁴⁸ Nos dizeres da profª Sônia Rabello, “entende-se, hoje, que a finalidade do Art. 18 do Decreto-Lei 25/37 é a proteção da ambiência do bem tombado, que valorizará sua visão e sua compreensão no espaço urbano”. CASTRO, Sônia Rabello. 1991. Op. cit. p. 118.

³⁴⁹ A ideia de “justa indenização” decorre da Norma Fundamental, que estabelece em seu Art. 5º, XXVI: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro”. A lei que trata da desapropriação por utilidade pública, inclusive estabelecendo as hipóteses de servidão pública, é o Decreto-Lei 3.365/41.

³⁵⁰ Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 602) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 147) entendem, e também nós concordamos, que só é cabível uma indenização nos casos em que a constituição da servidão causar efetivamente prejuízo ou dano à propriedade particular.

³⁵¹ Cf SILVA, Suzana Tavares da. 2002. Op. cit. p. 72.

É o caso simples da possibilidade de captação de recursos em razão de maior atração turística ou da possibilidade, ainda que futura, de receber benefícios fiscais e incentivos finan-

ceiros para a proteção do bem cultural edificado tombado.

³⁵³ A esse respeito, Bernardo de Azevedo destaca o que seria uma possibilidade de substituição do fundo dominante por um interesse público preeminente. “Dito de outra forma, da primitiva aceção de servidão administrativa apenas permaneceria, intacto, o seu lado passivo (o encargo imposto a um prédio), uma vez que, do lado activo, o interesse público ou, se se preferir, a utilidade pública, tomaria, em definitivo, o lugar do prédio (ou coisa dominante)”. AZEVEDO, Bernardo. 2005. Op. cit. p. 79. Entretanto, retoma o autor português e enfatiza que “o instituto da servidão administrativa é, hodiernamente, indiscutivelmente caracterizado pela ligação necessária, intrínseca e permanente entre fundos” (A. Pubusa), não sendo possível prescindir da nota da predialidade para lograr uma sua adequada configuração”.

³⁵³ ALESSI, Renato, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1987. Op. cit. p. 67.

³⁵⁴ “É hoje comumente aceite pela doutrina jurídica comparada, que o direito de propriedade está subordinado a um limite imanente à sua estrutura, designado por *função social* ou *vinculação social* (*Sozialbindung*).” OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Medidas Preventivas de Planos Urbanísticos e Indemnização*. In: CEDOUA. Ano I. n.º 1. Coimbra, 1998. p. 54.

³⁵⁵ “*La rentabilidad del propietario es el *á*minimum *á*minorum* del derecho de propiedad. Si el propietario no puede obtener rentabilidad de su derecho éste ha dejado de ser derecho de propiedad y aquél propietario.” V. OLIVER, José Maria Boquera. *La Limitación de la Propiedad Urbanística segun la Constitución*. In: Revista de Derecho Urbanístico. n.º 118. XXIV. Mayo-Junio/1990. p. 531-532.

³⁵⁶ A doutrina fala em desapropriação indireta. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. Cit. p. 177. Fernanda Paula de Oliveira salienta que a jurisprudência e doutrina alemãs vieram, no entanto, alargar o conceito de expropriação, ao enquadrar nele também as situações em que a Administração imponha ao particular sacrificio que despoja o direito de propriedade dos seus caracteres fundamentais (núcleo essencial), embora ele se mantenha intocável na sua titularidade. OLIVEIRA, Fernanda Paula. 1998. Op. cit. p. 54.

³⁵⁷ Cf. COSTA, M. J. Almeida. *Reflexões sobre a Obrigação de Indemnização - Confrontos Luso-Brasileiros*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 134. N.º 3931 e 3932.

incompatível com o ônus permanente de preservação e manutenção do bem tombado. O pagamento de uma justa quantia, prévia e em dinheiro, não garantirá a conservação futura do bem cultural, tampouco compensará o encargo permanente de manutenção deste, mesmo porque o domínio pode ser transferido, o que não suscita o pagamento de uma nova indenização para o proprietário seguinte, ainda que esse mantenha o dever de recuperação³⁶⁰ do imóvel e os encargos que isso implica.

Reconhecemos que o tombamento pode, em algumas situações, implicar um ônus para o seu proprietário que contraria o próprio direito e garantia fundamental representado pelo direito de propriedade,³⁶¹ além de se mostrar como flagrante desrespeito ao princípio da isonomia e da repartição equânime dos encargos públicos. No entanto, não é admissível, ainda que por esses justos motivos, subverter a lei ou criar ficções jurídicas aceitando que haja uma indenização que na realidade não está em momento algum prevista na norma³⁶² e de nenhum modo é compatível com a finalidade daquele instituto. Não se trata de deixar ao desamparo aqueles que suportam a carga de manter um bem cultural que interessa a todos, mesmo porque acreditamos piamente que esse ônus deve ser sustentado igualmente por toda a sociedade.³⁶³ Entretanto, a necessidade de se manter um raciocínio lúdico e coerente em favor tanto dos bens culturais edificados como dos seus proprietários nos leva a afirmar que uma eventual compensação por isso deve ser feita sempre com base em critérios objetivos e em atenção especial ao imóvel, independentemente de quem seja o seu proprietário, e utilizando os instrumentos hábeis para tanto. Para os casos extremos, a indenização dos proprietários/detentores de direitos reais sobre bens culturais edificados deve ocorrer somente na hipótese em que se repara a “totalidade o dano”,³⁶⁴ no caso, desapropriando.

1.3 A questão da desapropriação

No Brasil, a desapropriação é tida como uma das formas legais de perda da propriedade. Trata-se de instituto típico do direito público, e o prof. Caio Mário assinala que “sua principal consequência jurídica é a cessação da relação jurídica dominial para o *dominuse* a integração da *res* no acervo estatal.”³⁶⁵ Em relação a essa transferência da propriedade para o Estado, é interessante voltar às considerações do prof. Eros Roberto Grau que critica a visão doutrinária ultrapassada e opõe as concepções de Estado e sociedade.³⁶⁶ Por se tratar de um bem comum a todos, o “patrimônio cultural”, é importante ter em mente que o objeto expropriado está, na verdade, passando para o domínio coletivo

e não para o domínio do governo, sendo que a destinação dada pelo Poder Público a esses bens deve, inclusive, verter diretamente para o seu livre acesso e fruição cultural.³⁶⁷ Caio Mário assinala que “o expropriante tem o dever de empregar a coisa dentro na finalidade específica do expropriadamento.”³⁶⁸ No caso dos bens culturais edificados expropriados, esses assumem a categoria de “bens de uso especial” (Art. 99, II, do CCB), passando a ser inalienáveis (Art. 11, DL 25/37) e com destinação pública vinculada ao livre acesso e fruição (Art. 215, da CFB), sendo que a sua administração passa a ser do ente expropriante (União, Estado-Membro e Município) que fixará as suas regras de utilização pública (horários, preço, regulamento).

Em nosso ordenamento jurídico, as possibilidades de desapropriação estão rijamente elencadas e disciplinadas pela Constituição Federal e pela legislação administrativa. As hipóteses admissíveis são por utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.³⁶⁹ Em se tratando do patrimônio cultural edificado, vislumbram-se duas situações legais de expropriação: 1) por “interesse social” desde que a utilização de áreas, locais ou bens, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas;³⁷⁰ e 2) por “utilidade pública”, visando à

preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza. (Decreto-Lei 3.365/41, Art. 5º, Alínea K).

Nos dois casos, é imprescindível que o ato público seja motivado, ainda que tais motivos não possam ser discutidos pelo desapropriado.³⁷¹

Posto isso, podemos verificar que o objetivo do instituto expropriatório não encontra um fim em si mesmo, esse é mero instrumento na persecução do interesse público, que confere a razão de existir a esse ato de poder do Administrador, que entretanto, está vinculado ao princípio da legalidade (em que se inclui a motivação) e também aos princípios da “adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*”.³⁷² Sendo o patrimônio cultural um interesse indiscutivelmente social, a legitimidade e a eficácia do ato que retira a propriedade do indivíduo e a transfere para o Poder Público só terá validade quando atendidos esses pressupostos, haja vista que se trata de uma medida deveras radical e que somente deve ser considerada caso não haja outra hipótese a garantir os direitos próprios que implicam os bens culturais, sem que isso cause um ataque ao direito fundamental que o é o direito à propriedade.

Coimbra, 2002. p. 291.

³⁶⁸ Ainda que derivada de uma conduta lícita, aqui, a indenização está sujeita ao mesmo nexo causal entre o “fato” e o “dano”. Entretanto, no Brasil, diante das possibilidades de causalidade indireta e mediata, o Código Civil (Art. 403) não prevê essa reparação. Implica dizer que o dano causado pela servidão afere-se apenas em razão do prejuízo imediato causado e não em razão de eventuais prejuízos futuros que uma possível valorização da área serviente, decorrente do próprio tombamento, pudesse implicar (dano mediato e indireto). Cf. COSTA, M. J. Almeida. 2002. Op. cit. p. 293. Isso levanta o problema sobre a legitimidade do dispositivo, visto que a Constituição Federal fala em pagamento de justa indenização, no entanto, por fugir do tema do nosso estudo, deixemos o debate sobre a determinação da “justa indenização” para uma outra oportunidade.

Só para encerrar o raciocínio, o prof. Canotilho observa que “O montante de indemnização correspondente às mais valias não é pago pela simples razão de que, objectivamente, ele pertence à colectividade e não ao proprietário.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Almedina. Coimbra, 1974. p. 325.

³⁶⁹ “Os bens deverão ser conservados, vigiados, cuidados pelo proprietário que, nesse mister, procederá como um *bonus paterfamilias*.” CRETELLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit. p. 56.

³⁷⁰ Para um melhor entendimento da ideia jurídica de “reconstrução” e “recuperação” de um edifício tombado (classificado) e dos ônus que isso implica, ver o caso paradigmático da reconstrução do Teatro Romano de Sagunto na Espanha. ÁVILA, Juan Manuel. *Reconstrucciones de Monumentos e Interpretación Legal*. In: REDA. n° 116. Madrid, Octubre/Diciembre 2002. p. 591 e ss. Também MACHADO, Santiago Muñoz. 2002. Op. cit.

³⁷¹ Para autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, o tombamento é uma espécie de desapropriação parcial em que “expropria-se tão-só o direito verdadeiramente perdido pelo titular”, devendo esse ser indenizado. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1987. Op. cit. p. 69. Diógenes Gasparini e Maria Silvia, entretanto, discordam desse posicionamento, alegando que, no Brasil, a desapropriação sempre retira o domínio do proprietário. (GASPARINI, Diógenes, 1995. Op. cit. p. 423 — DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 134). Sendo o caso de graves restrições sobre o direito de uso, gozo e disposição da coisa ou mesmo a perda da

utilidade a que se presta, outra saída não há senão a transferência para o domínio público.

³⁴² Nos dizeres do prof. Canotilho: “a entendermos a indemnização como uma condição reentrante no tipo do *Tatbestand* normativo constitucional, isso implicará a necessidade de os actos normativos disciplinadores de procedimentos expropriatórios incluírem sempre a previsão de indemnização pelos sacrifícios impostos - ao legislador estará vedado quer o silêncio, quer a recusa expressa de indemnizar.” CANOTILHO, J. J. Gomes. 1974. Op. cit. p. 139.

³⁴³ Queiroz Telles coloca nestes termos: “A coletividade, também, deverá arcar com o custo pelas restrições impostas ao proprietário do bem tombado. Há que se repartir entre as partes esses ônus, devendo o Poder Público conceder aos particulares certos privilégios, destinados a compensar os seus reais prejuízos”. — TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 100. — Entendemos, entretanto, que esses “privilégios” devem ser postos em favor dos bens culturais edificados, mediante critérios objetivos, e não dos particulares, mesmo porque o tombamento pode atingir também os bens de propriedade pública, — “não obstante seja comum definir-se a servidão administrativa como aquela constituída sobre bens privados, elas também podem gravar os de domínio público”. — Idem. p. 40.

³⁴⁴ Cf. Canotilho, “a atenção do interesse geral conduz à não indenizabilidade dos danos não especiais nem de suficiente gravidade, mas assentes estes dois requisitos, o dano deverá ser integralmente reparado”. CANOTILHO, J. J. Gomes. 1974. Op. cit. p. 322. Acrescentando o raciocínio do professor português, vê-se na doutrina francesa que o dever de indenizar do Estado vincula-se a “*modification de l'état ou de l'utilisation des lieux entraînant un préjudice direct, matériel et certain*”. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. *Propriété Privée et Protection du Patrimoine Culturel*. In : L'Actualité juridique - Droit administratif. n° 20. Juin/1992.

³⁴⁵ Cf. SILVA, Caio Mário Pereira da. 2005. p. 235.

³⁴⁶ “Assim, porque ingénua ou maliciosamente atuam como autêntica ‘linha auxiliar’ dos que detêm os poderes de fato hegemônicos, juristas que se recusam a praticar o pensamento crítico nutrem uma concepção do princípio da supremacia do interesse público que resulta por privilegiar não o que se poderia supor ser o interesse do Estado [= sociedade], mas os interesses, privados daqueles que detêm o controle do Estado, usado o vocábulo ‘controle’, aqui, sob o sentido de dominação.” GRAU,

1.3.1 A desapropriação por interesse social

São, portanto, três os requisitos elementares necessários para que se promova qualquer expropriação, inclusive aquela vinculada ao patrimônio cultural: o interesse público, a legalidade e a proporcionalidade da medida. A desapropriação por “interesse social” é a hipótese menos comum, já que somente é cabível quando para a “utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas” (Art. 2º, VII, da Lei 4.132/62). Ora, indiretamente e quase que inevitavelmente, a proteção dos bens culturais implica um interesse ligado ao desenvolvimento turístico, principalmente quando se trata dos bens culturais edificados. Ademais, a própria Constituição explícita no seu Art. 180 que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”, no entanto, por maior que seja a relevância pública em torno da matéria (geração de empregos, desenvolvimento econômico), o fator turístico não é suficiente para que se quebre a relação dominial do *dominus* privado. A expropriação, nesse caso, mesmo que cumprido os requisitos de legalidade, incluindo o interesse público e a motivação,³⁷³ deve ser ainda proporcional, à medida que não haja outro meio razoável capaz de sanar a questão.³⁷⁴ Ademais, no caso da desapropriação por “interesse social”, a doutrina entende que essa é cabível quando

a expropriação se destina a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo, em geral, pela melhoria das condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais.³⁷⁵

No caso, a desapropriação de proprietários de bens culturais edificados, com fins ao desenvolvimento de atividades turísticas, não é, em princípio, medida que pareça nem proporcional – justamente por ser possível a promoção do turismo, *in verbis*, cultural, sem que haja necessariamente a expropriação; e também por implicar um custo – benefício financeiro e social elevado, visto o pagamento de indenizações e remoção de eventuais moradores –, nem adequada a atingir uma melhor distribuição da riqueza, principalmente se estivermos nos referindo aos conjuntos urbanos e os seus residentes.

1.3.2 A desapropriação por utilidade pública

A segunda hipótese de expropriação, tendo em vista o interesse coletivo “patrimônio cultural” é justamente a “desapropriação por utilidade pública”, que no Brasil é regulamentada pela Lei 3.365/41. Essa norma estabelece que “mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal” (Art. 2º). O Art. 5º especifica como sendo caso de utilidade pública a preservação e conservação de bens culturais edificados, além das medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos. Já o Art. 19, § 1º, do DL 25/37 (LPC), estabelece que, caso o proprietário do bem cultural não disponha de recursos para a conservação e reparação deste, a União deverá, às suas expensas, executar tais obras ou providenciar para que seja feita a desapropriação da coisa. Aqui, nota-se, desde logo, que a desapropriação com fins de preservação e conservação dos bens culturais é um ato tipicamente discricionário,³⁷⁶ tendo o Administrador, tal como no tombamento, a liberdade para expropriar ou não, bem como a faculdade de escolher a ocasião mais apropriada para a edição do ato.³⁷⁷

A questão que se põe, entretanto, *a priori*, é saber qual a real utilidade da desapropriação quando o assunto é a tutela de bens culturais edificados. Seria esse ato público a melhor opção em termos de salvaguarda dos interesses culturais coletivos e, também, dos direitos dos proprietários de imóveis com relevante valor cultural? Acreditamos que a resposta a essa questão tem um peso político reforçado, sem solução legal ou jurisprudencial a trilhar.³⁷⁸ Os profs. Bruno S. Frey e Felix Oberholzer-Gee propõem uma avaliação do tema “patrimônio cultural” juntamente com uma análise do seu custo-benefício no momento de se fazer uma *public choice*.³⁷⁹ Ressaltam que não é possível ignorar o fato de que a preservação implica pesado dispêndio financeiro e social e ponderam esse ônus com as demais prioridades sociais da Administração. Um primeiro ponto levantado é com relação ao que deve ser preservado e quais as externalidades positivas e negativas que isso implica no caso concreto. Provavelmente há situações em que, verificadas as externalidades positivas que recomendam a preservação do patrimônio cultural edificado, a desapropriação é a única solução possível, seja pela total incapacidade do proprietário em manter o imóvel seja pelo tamanho do sacrifício que isso representa para ele.

Antes de se tomar qualquer decisão, os professores, suíço e americano, sugerem um estudo preocupado não apenas com as possibilidades econômicas, mas também

Eros Roberto. 2002. Op. cit. p. 257.

³⁶⁷ A Instrução Normativa nº 1, do IPHAN, de 25 de novembro de 2003, a propósito, estabeleça as diretrizes, critérios e recomendações para a promoção das devidas condições de acessibilidade aos bens culturais imóveis acatueledos em nível federal, de modo a possibilitar o seu livre acesso e fruição a todas as pessoas. Já o DL 25/37, em seu Art. 11, estabelece que os bens públicos tombados são inalienáveis.

³⁶⁸ SILVA, Caio Mário Pereira da. 2005. Op. cit. p. 238.

³⁶⁹ Por necessidade pública, entendam-se as situações de emergência que requerem a transferência urgente de bens de terceiros para o domínio público. A desapropriação por utilidade pública, segundo Hely Lopes Meirelles, ocorre quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível. Já o interesse social, para o mesmo autor, decorre de circunstância que impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 584.

³⁷⁰ A Lei 4.132/62 estabelece que: “Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do Art. 147 da Constituição Federal. (Art. 5º, XXIII e XXIV da CF/88). Art. 2º Considera-se de interesse social: (...) VIII. A utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas”.

³⁷¹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2005. Op. cit. p. 236.

³⁷² Sobre a relação entre o poder de desapropriação e a discricionariedade do Administrador, Cf. CABRAL, Margarida Olazabal. *Poder de expropriação e discricionariedade*. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. n. 2. dez.1994.

O princípio da proporcionalidade dos atos da Administração Pública está previsto no Art. 2º, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

³⁷³ O Art. 17º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressalta a “motivação” como requisito elementar para o ato expropriatório ao proclamar que “Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.”

³⁷⁴ Desse modo, a desapropriação, para que seja válida e eficaz, deve ser: 1) adequada, de

modo a ser um meio utilizado capaz de atingir o fim legal pretendido pela Administração; 2) necessária, ou seja, quando não seja possível atingir a utilidade pública pretendida através de outros meios menos gravosos para o particular; e 3) proporcional em sentido *stricto*, tendo em vista o balanço entre os benefícios e custo social e financeiro que implica o ato expropriatório. Cf. CABRAL, Margarida Olazabal. 1995. Op. cit. p.121 e ss.

³⁷⁵ CRETILLA JÚNIOR, José *apud* GASPARINI, Diógenes. 1995. Op. cit. p. 441.

³⁷⁶ Na Administração Pública, discricionariedade não se confunde com liberdade plena de agir, aquela, é na verdade, “a chave do equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. Atlas. São Paulo, 2001. p. 14.

³⁷⁷ Cf. CRETILLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei da Desapropriação. 4. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1995. p. 203.

³⁷⁸ Trata-se de uma decisão puramente discricionária do Administrador, que, no entanto, no nosso entender, torna-se tanto mais legítima e eficaz quanto maior a participação civil na decisão final. Nos dizeres da prof. Di Pietro: “A todos os setores da sociedade deve ser dada oportunidade de participação, diminuindo ainda mais as barreiras entre Estado e sociedade, daí falar-se em sociedade pluralista, aquela em que os representantes dos vários setores, e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação nas decisões.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2001. Op. cit. p. 53.

³⁷⁹ FREY, Bruno S. e OBERHOLZER-GEE, Felix. 1998. Op. cit.

³⁸⁰ A considerar esse método, que é dividido em três fases, uma delas denominada *Travel Cost Method* implica avaliar quanto dinheiro e especialmente “tempo” os visitantes estão dispostos a gastar para visitar os mais diversos sítios históricos de determinada região. Idem. p. 33-34.

³⁸¹ Citam os autores, inclusive, que já foram realizados mais de 1.700 estudos utilizando o método de *Contingent Valuation*, em mais de 40 países diferentes, descrevendo, entretanto, os inconvenientes oriundos de entrevistas mal feitas ou tendenciosas. Idem. p. 35.

³⁸² FREY, Bruno S; OBERHOLZER-GEE, Felix. 1998. Op. cit. p. 45.

³⁸³ CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 115.

³⁸⁴ Art. 19 O proprietário da coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às

considerando os benefícios (e custos) culturais, históricos e principalmente sociais da preservação e a necessidade e conveniência da intervenção estatal.³⁸⁰ Ressaltam inclusive um conhecido método de estudo que avalia o quanto os indivíduos estão dispostos a pagar, no caso, pela preservação dos bens culturais – *Contingent Valuation*–.³⁸¹ Ora, bem sabemos que, em um país como o Brasil, deficiente em atender a algumas das necessidades básicas dos indivíduos, e com uma população pouco instruída, um método de estudo como esse não possui a mesma relevância que em países mais “instruídos” como os EUA ou os países europeus. Entretanto, isso não exclui a possibilidade de ouvir também os brasileiros (envolvidos diretamente, ou não, com o patrimônio cultural) sobre o modo como entendem devem ser geridos os bens culturais edificados: *It is important to recognise the gains in efficiency that result from the division of labour between politicians, preservation experts and the public at large.*³⁸²

De nossa parte, entendemos que qualquer compensação monetária feita diretamente aos proprietários de bens culturais deve ser ao máximo evitada, afinal, os valores repassados se esgotam e o ônus de preservar se mantém. No caso da desapropriação, essa é duplamente dispendiosa para o Poder Público, que precisa pagar tanto pelo bem cultural (indenizando o seu dono) quanto pela preservação e restauração permanente dele. É nesse sentido que acreditamos que os incentivos, benefícios ou compensações devem ser conferidos com base em critérios exclusivamente objetivos, ou seja, em atenção ao bem cultural e não ao seu proprietário. A LPC dispõe que, não tendo recursos, o proprietário, para promover as obras necessárias de conservação e reparação do bem tombado, deve a União executá-las às suas expensas (Art. 19, § 1º). A profª. Sônia Rabello, ao comentar tal dispositivo, entende ser bastante razoável a medida, já que o interesse cultural quanto ao bem pertence a todos,³⁸³ no entanto, da mesma forma que não é justo que apenas o *dominus* arque com o ônus de manutenção do bem cultural edificado, da mesma forma, fere o princípio da equidade o ato que prevê o emprego de recursos públicos em um bem de modo a beneficiar, primordialmente, apenas um ou uns indivíduos. Ademais a redação do Art. 19 da LPC³⁸⁴ é incompatível com o entendimento de uma possível despesa pública na conservação do imóvel sem que haja qualquer ônus para o seu proprietário. O *Caput* desse Artigo dispõe que se o proprietário (sem recursos) não comunicar ao SPHAN a necessidade das referidas obras de conservação incorrerá em “multa no valor do dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa”. Ora, porque aplicar uma pena tão elevada³⁸⁵ para um mero dever de comunicação que, em princípio, implica até um benefício para o proprietário (a Administração irá reparar o imóvel às suas

expensas)? Na verdade, entendemos que esse modelo é posto já considerando como certo que o *dominus* que não possui recursos para manter o bem tombado será, nesse caso, desapropriado, ainda que o artigo fale em uma «discricionariedade» do Administrador em expropriar ou não, pois é óbvio que o proprietário que não possui recursos para arcar com a reparação dos danos também não conseguirá pagar uma multa igual ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

A desapropriação por utilidade pública, prevista no Decreto-Lei 3.365/41, deve ser precedida de um Decreto do Poder Executivo ou de uma Lei do Poder Legislativo (Arts. 6º e 8º) declarando a utilidade pública do prédio (Art. 7º) e, a partir daí, providenciar-se-á definitivamente a desapropriação do imóvel mediante acordo administrativo ou por via judicial, em que será fixado o valor da indenização a ser paga. Não cabe, dentro do processo judicial, avaliar o mérito da questão (juízo de valor sobre a utilidade pública),³⁸⁶ devendo apenas serem discutidas, por essa via, questões relativas a preço ou a vício processual.³⁸⁷

1.3.3 Seria o tombamento uma forma de desapropriação indireta?

A desapropriação indireta figura, na verdade, como um ato ilícito praticado pela Administração.³⁸⁸ No caso dos bens culturais edificados, significa que o Poder Público impõe proibições e restrições graves à utilização normal de determinado bem,³⁸⁹ visando salvaguardá-lo, mas que acaba comprometendo seriamente, ou mesmo esvaziando, o seu conteúdo econômico. Obviamente, tal conduta não encontra amparo legal e pode ser originada de ato, em princípio, tido com lícito. Entretanto, sentindo-se prejudicado, o expropriado pode acionar o poder judiciário em ação própria de desapropriação indireta e exigir o pagamento de uma justa indenização, mediante a transferência do domínio.³⁹⁰

O ato que declara o tombamento de um bem edificado deve conter, também, as medidas necessárias para que se promova a sua devida proteção e uso adequado. O Art. 15, da Portaria nº 11, do SPHAN (atual IPHAN), que trata do processo administrativo de tombamento, estabelece que a notificação feita ao proprietário do bem deve conter “as implicações decorrentes do tombamento” e, por se tratar de uma limitação pública, é conveniente que se especifique todos os aspectos físicos e o tratamento necessário que passa a estar sujeito ao poder de polícia.³⁹¹ É com base nessas medidas estabelecidas, sobre o comportamento que se deve dispensar ao bem tombado, que será possível avaliar

obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondendo ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º - Recebida a comunicação e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.”

³⁸⁵ Chega a ser, em princípio, incoerente o raciocínio do dispositivo que fixa uma pena igual ao dobro do valor do dano sofrido pelo imóvel para aquele que não possui recursos sequer de evitar o próprio dano.

³⁸⁶ O poder judiciário pode verificar se existe a “Utilidade Pública” conforme as hipóteses previstas em lei (rol taxativo), o que se veda, entretanto, é o juízo valorativo sobre tal utilidade. A esse respeito, o STJ já se manifestou da seguinte maneira: “Administrativo e Processo Civil. Desapropriação para fins de Utilidade Pública. Mandado de Segurança. Desvio de Finalidade. Direito Líquido e Certo. Prazo Decadencial. Verificação. Impossibilidade. Pré-Questionamento. Súmula nº 284 do STF. I. Submete-se ao conhecimento do Poder Judiciário a verificação da validade de utilidade pública da desapropriação e o seu enquadramento nas hipóteses previstas no Decreto-Lei 3.365/41. O que rege ao controle jurisdicional é o juízo valorativo da utilidade pública. Recurso Especial 0035893-1/1996. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data da Publicação: DJ 30.05.2005. p. 266.

³⁸⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 160.

³⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 577.

³⁸⁹ Aproveitando o modo como a LPC portuguesa (Lei 107/2001) se refere às indenizações devidas em decorrência da classificação que resulta numa “proibição ou uma restrição grave à utilização habitualmente dada ao bem”. (Art. 20).

³⁹⁰ Na desapropriação indireta, não precisa haver, necessariamente, o apossamento público do objeto para que seja possível manejar ação em que se pleiteie a respectiva indenização. Também assim o entende a prof. Maria Sylvia Di Pietro. Idem. p. 177.

³⁹¹ Nesse ponto, o prof. José Cretella Júnior chega mesmo a afirmar que “o fundamento

jurídico do tombamento está no poder de polícia do Estado”. CRETELLA JÚNIOR, José. 1999. Op. cit. p. 455.

O Art. 15, da Portaria nº 11, do IPHAN, no entanto, é um tanto vago e não traz expressa a necessidade de notificação do proprietário contendo todas as medidas e restrições individualizadas necessárias para a tutela apropriada do bem cultural.

³⁹² STJ. Recurso Especial nº 1999/0057694-2. Relator: Ministro José Delgado. Data da Publicação: DJ 25.09.2000. p. 72.

³⁹³ “Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há um equívoco nesse procedimento. O tombamento não é instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna.” Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 552.

³⁹⁴ A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional de meio ambiente, elenca os vários instrumentos de regulação e proteção ao meio ambiente, como o zoneamento ambiental, a avaliação de impacto ambiental, o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente, dentre outros.

Já a Lei 4.771/65, que fixa o Código Florestal Brasileiro, prevê, como forma específica de proteção das florestas, a criação de parques nacionais, estaduais e municipais ou de reservas biológicas.

³⁹⁵ Assim consta nos olhares do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: EMENTA: Desapropriação indireta. Tombamento. Parque florestal. Natureza de ação: real. Foro da situação do imóvel. Prescrição: vintenária. Direito à indenização. Juros compensatórios indevidos. Cobertura vegetal. Exclusão. Verba honorária. Súmula nº 7. - “A jurisprudência vem firmando o entendimento de que as restrições de uso de propriedade particular impostas pela Administração, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser buscada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário.” (REsp 149.834/SP, Relator Ministro José Delgado, DJU 21.03.1999, pág. 81). REsp. 307535/SP – Relator: Ministro Francisco Falcão – Data da Publicação: DJ 13.05.2002 p. 156.

se estamos diante de um ato típico de tombamento, gratuito, como deve ser, ou diante uma desapropriação indireta, que ensejará a transferência do bem para o domínio público mediante o pagamento de uma justa e prévia indenização em dinheiro (CF/88 Art. 5º, XXII).

A esse respeito, a jurisprudência brasileira mostra-se, outra vez, bem mais adiantada que o legislador pátrio, ao entender, justamente, que desconfigura o tombamento o ato que resulta em proibições e restrições graves ao uso, gozo e disponibilidade do imóvel em causa, conforme já se posicionou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Tombamento. Indenização. Bem gravado em cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso.

1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado.

2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogy.

3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvazia-se, economicamente, de modo total, transformase, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo.³⁹²

No Brasil, o que se verifica, de modo geral, ainda que haja algumas exceções, é que o tombamento implica, sim, um considerável gravame econômico para o proprietário, quando esse se refere à proteção de áreas florestais. Inclusive, o prof. Hely Lopes Meirelles³⁹³ critica o emprego desse instituto com fins à proteção dos bens naturais, já que a legislação ambiental já prevê ferramentas específicas para a sua tutela³⁹⁴. Gravar, por via do tombamento, uma área de florestas com regras restritivas de aproveitamento e impositivas de preservação, via de regra, é negar as possibilidades econômicas de uso do solo, aproveitamento dos recursos naturais e seu potencial edificativo. Sendo assim, caso mais recorrente nas cortes nacionais diz respeito à propositura de ações de “desapropriação indireta” em situações em que se deu o tombamento de áreas ambientais e, em várias decisões, os tribunais confirmam o pedido pleiteado.³⁹⁵

Independentemente de se tratar de um tombamento de bens culturais (reduzidos

ao seu núcleo próprio) ou de bens naturais, esse ato administrativo não é uma forma de desapropriação indireta. Como dito, essa refere-se a um ato ilícito praticado pelo Poder Público e caso a hipótese do tombamento se aproximar disso, o proprietário possui, desde logo, o direito de ingressar em juízo requerendo, não a indenização pelo tombamento realizado, e sim a compensação financeira pela desapropriação promovida em desacordo com o procedimento legal cabível, mediante o pagamento de justa indenização e a consequente transferência do domínio, sendo cabível ainda o pagamento de indenização por perdas e danos nos moldes do Art. 7º, do DL 3.365/41.³⁹⁶

De modo geral, entendemos que o emprego da desapropriação como mecanismo de tutela dos bens culturais edificados deve se dar em última *ratio*. Deve-se, primeiramente, recorrer a todos os meios legais, de incentivo ao mérito cultural e de repressão ao dano, antes de adotar essa medida. O prof. Brandão Cavalcanti realça que a proteção do patrimônio cultural não justifica o desaparecimento e a subversão do direito de propriedade, “mas a conciliação com os interesses privados que precisam atender ao interesse coletivo. Prevalendo este, à coletividade cabe indenizar a propriedade privada através da desapropriação.”³⁹⁷

³⁹⁶ “Art. 7º. (...) Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.”

³⁹⁷ Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Patrimônio Histórico - Tombamento - Notificação - Registro*. In: Revista de Direito Administrativo. v. 119. Rio de Janeiro, jan/mar de 1975. p. 430.

2 O Processo de Tombamento e os Efeitos pré, durante e pós o Ato

2.1 O processo administrativo³⁹⁸

O processo administrativo de tombamento é regulado, no Brasil, em nível federal, pelas seguintes normas: Portaria 11, do IPHAN, de 11 de setembro de 1986 (do processo de tombamento); Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937 (LPC); Lei 6.292, de 15 de dezembro de 1975 (homologação do tombamento pelo Ministro da Cultura); Decreto-Lei 3.866, de 29 de novembro de 1941 (cancelamento do tombamento); e Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

Tal processo pode ter caráter voluntário ou compulsório, conforme estabelece o Art. 6º (LPC) e tem “início” com a abertura do devido processo pelo IPHAN, logo após recebimento da proposta de tombamento de um bem cultural, *in verbis*, edificado.³⁹⁹ Como visto, qualquer pessoa física ou jurídica pode requerer o tombamento de um objeto,⁴⁰⁰ que será, desde já, devidamente instruído pelo interessado, contendo toda a descrição física dele, registros imobiliários, bem como a fundamentação do mérito cultural em causa e ainda as informações precisas sobre a sua localização e o seu entorno (Art. 4º, Portaria 11/86 do IPHAN). Aspecto importante destacado pela regulamentação do IPHAN diz respeito à necessidade de instrução do feito apontando o estado de conservação atual do objeto em causa.

Aberto o processo, e verificada a viabilidade do tombamento pela Coordenadoria de Proteção do IPHAN,⁴⁰¹ será então notificado o proprietário,⁴⁰² seja ele um ente público ou privado, sobre o devido início do procedimento.⁴⁰³ No caso desse último, existem três possibilidades de continuação do feito: A) sendo o requerente o próprio proprietário do bem (tombamento voluntário) será notificado para que se cumpram os efeitos normais do tombamento (Inciso I, Art. 15, Portaria 11/86, do IPHAN); B) sendo o requerente terceiro,

³⁹⁸ A respeito do emprego da expressão “processo administrativo” e não “procedimento administrativo”, o prof. Sérgio Ferraz faz uma análise do uso dessas expressões pela legislação e doutrina do país, concluindo que, apesar de uma tradição nacional que opta pelo termo “procedimento administrativo” (cita-se, TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 75.) de modo a distingui-lo do “processo judicial”, existem razões etimológicas, normativas e ideológicas suficientes para afirmar que, sendo o processo a relação jurídica entre o Estado e o cidadão e adotando a CF/88 a expressão “processo”, melhor mesmo é referirmo-nos ao tombamento empregando o termo processo administrativo e não procedimento. Cf. FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo: prazos e preclusões*. In: As Leis de Processo Administrativo. Malheiros. São Paulo, 2000. p. 280 e ss.

³⁹⁹ Art. 2º ao Art. 9º da Portaria 11/86, do IPHAN.

José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 164) entende que o processo de tombamento tem início a partir da notificação do proprietário do bem cultural. Já o prof. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 552) afirma que o mesmo ocorre com a abertura do processo de tombamento, por deliberação do órgão competente. O prof. Queiroz Telles entende que o procedimento se inicia com a sua abertura pelo órgão competente, no entanto, o tombamento provisório só tem início com a notificação do proprietário. Cf. TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 76.

O Art. 10, do DL 25/37, preceitua que o tombamento será provisório a contar do início do processo, que ocorre com a notificação do proprietário. Já o Art. 4º, da Portaria 11/86, do IPHAN, estabelece que, requerido o tombamento, esse será encaminhado à Coordenadoria de

será notificado o proprietário, que poderá anuir expressa ou tacitamente com o ato (tombamento voluntário); ou C) ainda impugná-lo (tombamento compulsório).⁴⁰⁴ A respeito da notificação dos interessados, muito se discutiu no Brasil sobre a possibilidade de os vizinhos afetados também poderem contestar o tombamento e, a esse respeito, já há entendimento, nos tribunais superiores, favorável a essa intervenção, ao decidir que:

Dispõe o artigo 18, do Decreto-Lei nº 25/37, que “sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto”. 5. No caso, o IPHAN, ora apelante, por intermédio do procedimento administrativo nº 1.528-T-05, está promovendo o tombamento da Igreja de Nossa Senhora da Vitória, na cidade de Salvador, bem como de seu acervo móvel integrado. A apelada é proprietária do imóvel denominado “Mansão Verena Wildberger” localizado na vizinhança do bem a ser tombado. 6. Destarte, qualquer limitação, por menor que seja, no exercício do direito de propriedade da impetrante, evidencia sua qualidade de interessada, condição que lhe garante o direito de participação no referido procedimento administrativo, com amplo direito de defesa, inclusive cópia e vistas dos autos, o que equivale a dizer que no presente caso aplicam-se as disposições da Lei nº 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelecendo normas básicas em conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

7. Sentença que determinada à autoridade impetrada que oportunize à impetrante o direito de apresentar defesa no Processo de Tombamento nº 1.528-T/2005, com os meios e recursos a ela inerentes, bem como o de obter vistas e cópias dos autos, confirmada. 8. Apelação do IPHAN e remessa oficial improvidas.⁴⁰⁵

De nossa parte, entendemos que quanto maior a participação popular (especialmente dos indivíduos afetados) nesse processo administrativo, mais efetivas e legítimas serão as decisões que importem o tombamento do bem cultural edificado, tanto que, o Art. 31, da Lei 9.784/99, que regula, em geral, o processo administrativo no âmbito federal, estabelece que

quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.⁴⁰⁶

Tal dispositivo, pouco utilizado (se é que alguma vez já foi empregado em matéria de

Proteção para a abertura do competente processo de tombamento. Tal conflito aparente de normas poderia trazer maiores consequências, visto que o início do processo é decisivo como marco do tombamento provisório, entretanto, visto que estamos nos referindo a uma disposição de Lei Federal e a outra de Portaria, evidente que esta não pode contrariar aquela, razão pela qual torna-se inaplicável nesse aspecto. Portanto, o início da relação processual e consequente tombamento provisório se dá com a notificação do proprietário do bem em causa.

⁴⁰⁰ Art. 2º (Portaria 11/86, IPHAN): “Toda pessoa física ou jurídica será parte legítima para provocar, mediante proposta, a instauração do processo de tombamento”.

⁴⁰¹ Pronunciando-se contrariamente à requisição, a Coordenadoria de Proteção encaminhará o processo ao Secretário do IPHAN para que este se manifeste, determinando o arquivamento da requisição ou o seu reestudo (Art. 13, Portaria 11/86, do IPHAN).

⁴⁰² A prof. Sônia Rabello de Castro, ao analisar o DL 25/37, chama a atenção para o fato de a norma não fixar se a notificação do proprietário deve ser pessoal ou não, o que poderia causar divergências sobre a legalidade do procedimento (CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 57 e ss). No entanto, a Portaria 11/86, do IPHAN, no Art. 15, Parágrafo único, estabelece que “a notificação do proprietário será feita por edital ou individualmente, a critério da Coordenadoria Jurídica, conforme recomende a natureza do bem objeto do tombamento e/ou a documentação de propriedade constante do processo”.

⁴⁰³ Sendo o bem cultural de propriedade da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, o processo é abreviado e, após o parecer do Conselho Consultivo do IPHAN, esse é diretamente encaminhado ao ministro de Estado da Cultura para que seja homologado (Lei 6.292/75). Não é dada, nesse caso, hipótese para que o ente público impugne a notificação, que, nesse caso, é efetuada apenas com o fim de produzir os necessários efeitos (Art. 5º, LPC). O prof. José Afonso da Silva denomina essa modalidade como sendo “tombamento de ofício”. SILVA, José Afonso. 2001. Op. cit. p. 159.

⁴⁰⁴ Art. 8º, do DL 25/37 combinado com o Art. 17, da Portaria 11/86, do IPHAN.

⁴⁰⁵ Processo:AMS 2006.34.00.007763-6/DF. Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Publicação: 05/10/2007 DJ, p.99.

⁴⁰⁶ E não somente o Art. 31 da referida norma.

Também os Artigos 32 a 34 estabelecem formas de participação popular nos processos administrativos de relevante interesse social.

⁴⁰⁷ Bem da verdade é que o patrimônio cultural, em muitas hipóteses, decorre de um sentimento subjetivo único, individual. Cada um possui sua própria percepção do que o venha a ser e é a junção dessas muitas noções que acabam por compor um patrimônio comum. A participação popular na eleição e gestão do seu patrimônio cultural, muito mais que um princípio que rege a matéria, é uma necessidade real e imprescindível para uma boa prática em termos de proteção e promoção dele. Nos dizeres do especialista americano Graeme Aplin “*Each individual belongs to a different set of overlapping and interacting groups; each of us have a life and a personality reflecting, and reflected in, our membership of such groups; and each of us assembles the “pieces” of group associations in a unique way. So it should come as no surprise that we each have our own, idiosyncratic perception of what is important in heritage terms, and what should be preserved for future generations.*” APLIN, Graeme. *Heritage - Identification, Conservation and Management*. Oxford University Press. New York, 2002. p. 7.

⁴⁰⁸ A Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito federal), determina que “a Administração tem de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência” (Art. 48). Caso o Conselho Consultivo não se manifeste nos 60 dias previstos, sendo o seu parecer obrigatório e vinculante, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso (Art. 42, § 1º).

⁴⁰⁹ A título de exemplo, o conjunto arquitetônico e urbanístico de Ouro Preto (MG) está inscrito simultaneamente no Livro Histórico (Inscrição 512, 15/09/1986), no Livro de Belas Artes (Inscrição 39, 20/04/1938) e no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico (Inscrição 98, 15/09/1986).

⁴¹⁰ O DL 3.866/41 estabelece que da decisão que homologa o tombamento cabe recurso para o Presidente da República.

⁴¹¹ Ademais, a Lei 9.784/99, estabelece, no seu Art. 50, que todos os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, sempre que “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”.

⁴¹² “Os tombamentos provisório e definitivo

patrimônio cultural), deveria ser, por mais vezes, posto à prova, visto que, em todo o procedimento vigente, não há nenhuma estipulação que prevê a participação popular nos processos que envolvem o tombamento seja no caso de imóveis isolados seja quando se trata de conjuntos urbanos. Isso só contribui para a petrificação do nosso patrimônio, tornando cada vez mais distante da memória e identidade popular.⁴⁰⁷

Nas hipóteses de tombamento voluntário, após a notificação do proprietário, o processo é imediatamente encaminhado ao Conselho Consultivo do IPHAN para que haja a deliberação final sobre a matéria. O prazo estabelecido pelo Inciso 3º, Art. 9º, do DL 25/37 é de 60 dias para a decisão do Conselho. Havendo a impugnação do requerimento (tombamento compulsório), que deve ser apresentada em 15 dias a contar da notificação, abrir-se-á vistas ao ente requerente, à Coordenadoria de Proteção e à Coordenadoria Jurídica, para que, também em 15 dias, sustentem o mérito da iniciativa e os aspectos legais do feito (Art. 9º, III, DL 25/37, cominado ao § 2º, Art. 17, da Portaria 11/86 do IPHAN). Tal como na hipótese voluntária, impugnado o tombamento e após a sustentação do seu mérito e legalidade, o Conselho Consultivo terá sessenta dias para emitir a sua decisão final.⁴⁰⁸ Nas duas hipóteses, sendo favorável o parecer desse Conselho, encaminha-se o processo ao ministro de Estado da Cultura, a quem compete a homologação, ou não, do tombamento, determinando a respectiva inscrição do bem no “Livro do Tombo” correlato⁴⁰⁹ (Art 1º, Lei 6.292/75)⁴¹⁰.

Nem a LPC, nem o regulamento do processo de tombamento (Portaria 11/86, do IPHAN) especificam a necessidade do “ato” determinar as restrições específicas e medidas necessárias para a proteção do bem em causa. O DL 25/37 fala nos efeitos do tombamento, no entanto, entendemos que tais efeitos não significam uma tutela efetiva e individualizada do patrimônio, ainda que o Art. 17 determine que qualquer alteração no bem cultural tombado careça de prévia autorização do IPHAN. A importância de uma decisão, que confirme o tombamento, trazer de antemão as medidas e restrições necessárias para a preservação do objeto, tem, *a priori*, três justificativas: A) apontar se há a necessidade de expropriação, seja em razão do grande sacrifício que representa a preservação do bem para o proprietário seja em razão da conveniência da medida, visto ser a forma mais adequada à tutela; B) delimitar o âmbito da vizinhança sujeito às restrições de harmonia com o bem tombado; e C) dar segurança jurídica ao proprietário que passa a saber qual o comportamento necessário a despender junto ao bem cultural.⁴¹¹

Um último aspecto a ser considerado, ainda sobre o processo de tombamento, diz respeito ao tombamento provisório. Apesar de o prof. José Afonso da Silva entender que esse somente ocorre nas hipóteses de tombamento compulsório,⁴¹² de nossa parte, acre-

ditamos que, também no caso do tombamento voluntário, é verificável, afinal, o ato somente se torna definitivo com a homologação desse pelo ministro de Estado da Cultura, e ainda que seus efeitos sejam almeçados pelo proprietário. Não podemos nos esquecer que esse ato implica efeitos (positivos e por vezes negativos) à vizinhança, ao Poder Público e mesmo a toda a coletividade, podendo os envolvidos, inclusive, impugnar o ato quando forem diretamente afetados. Discutiremos adiante alguns aspectos do tombamento provisório, adiantando, por hora, que esse possui o mesmo efeito do tombamento definitivo e que se aplica desde a notificação do(s) proprietário(s) do requerimento de tombamento até a inscrição definitiva do bem no respectivo Livro do Tombo (Art. 10º, DL 25/37).

2.2 Os efeitos prévios ao tombamento

Visto que desde o início deste estudo mantivemo-nos firmes à ideia de que o tombamento é um ato declaratório e não constitutivo, poderia soar, em princípio, estranho falar em efeitos prévios e posteriores a esse ato praticado pelo Poder Público. Dentro da doutrina nacional ligada ao tema, vários autores trazem um capítulo à parte dedicado aos “efeitos do tombamento”,⁴¹³ e de fato, reconhecemos que o tombamento possui um papel significativo na tradição brasileira de proteção aos bens culturais e que assume grande importância como dissipador de dúvidas sobre o mérito cultural do objeto em causa, além de definir o grau de proteção apropriado a esses bens, *in verbis*, edificados, bem como seu entorno (esse sim, sujeito à constituição de um novo estatuto jurídico). Entretanto, se elencarmos os pontos tidos por essa parte da doutrina (que se fundamenta no DL 25/37) como sendo os efeitos do tombamento, veremos que, mesmo antes do ato administrativo praticado, os bens culturais em causa já estavam sujeitos às mesmas condições de salvaguarda, ainda que as medidas necessárias para tanto não fossem totalmente claras e precisas. O prof. Alonso Pérez Moreno, inclusive, salienta que, nesse caso, a tutela se faz por meio de medidas cautelares instantâneas “*para evitar que la falta de una preexistente declaración de bien de interés cultural ponga en peligro cualquier bien que sustancialmente reúna las calidades necesarias para ser declarado.*”⁴¹⁴

A começar pela própria consideração do bem em causa como sendo parte integrante do patrimônio cultural nacional. Segundo o § 1º, do Art. 1º, da LPC, isso somente ocorre após a devida inscrição desse em um dos respectivos Livros do Tombo.⁴¹⁵ Ora, como já vimos anteriormente, a consideração de um objeto como sendo bem cultural da

são subespécies do compulsório. Provisório, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela Notificação. Definitivo, consoante esteja o processo concluído, pela inscrição do bem no Livro do Tombo.” Cf. SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 163.

⁴¹³ Cf. CRETILLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit. p. 56 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2003. Op. cit. p. 138 e ss.; CASTRO, Sônia Rabello. 1991. Op. cit. p. 93 e ss.; SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 164 e ss.

⁴¹⁴ Cf. MORENO, Alonso Pérez. 1990. Op. cit. p. 739.

⁴¹⁵ Art. 1º, § 1º. “Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta Lei.”

nação, independe, por disposição constitucional, da manifestação do Poder Público. Esse apenas declara um valor cultural como forma de reconhecimento coletivo ao bem que é portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. O DL 25/37 traz, para além, um capítulo específico dedicado a elencar os efeitos do tombamento, dos quais nem todos se aplicam aos bens culturais edificados.⁴¹⁶ O Art. 11 fala na inalienabilidade dos bens culturais públicos, o Art. 17 na imodificabilidade deles sem prévia autorização do IPHAN, o Art. 19 refere-se à obrigação do Poder Público em reparar o bem cultural no caso do proprietário que não possui recursos e o Art. 20 dispõe sobre o poder de polícia do IPHAN, que poderá inspecionar as coisas tombadas sempre que julgar conveniente.

A grande questão que se põe é que os bens culturais, reconhecidos como tais, mas que não foram tombados, gozam dos mesmos efeitos de proteção e vigilância do Poder Público, entretanto, em caso de divergência de interesses, carecem de uma manifestação do Poder Judiciário que irá, não tomar, já que esse ato compete exclusivamente ao Poder Executivo ou Legislativo,⁴¹⁷ mas determinar que esses bens sejam salvaguardados por meio de medidas apropriadas para tanto. Por esse motivo, entendemos que os efeitos jurídicos do bem cultural edificado antes do tombamento se expressam em duas realidades: A) sendo do Poder Público a iniciativa da tutela, não precisa esse promover o tombamento para então adotar as medidas apropriadas à sua proteção, já que o tombamento é um ato discricionário e é tido apenas como uma das formas de proteção dos bens em causa; B) Sendo do particular a iniciativa (ou mesmo dos órgãos competentes de proteção e promoção do patrimônio cultural), convém então recorrer ao judiciário por meio das ações cabíveis,⁴¹⁸ de modo a impor ao proprietário, seja ele um ente público ou privado, as medidas necessárias a resguardar tal patrimônio.

Ousamos inovar neste aspecto, pelo menos em termos nacionais,⁴¹⁹ para dizer que o regime jurídico do bem cultural não tombado é um regime “latente”, pronto a preparar os mesmos efeitos dos bens já tombados, mas que depende ainda de uma iniciativa administrativa ou judicial de modo a reconhecer o valor cultural do bem em causa e definir as medidas necessárias para proteção adequada deste (não necessariamente por via do tombamento).⁴²⁰ O fundamento jurídico dessa afirmativa tem sustentação principalmente nos princípios da salvaguarda⁴²¹ e da precaução dos bens culturais. Em relação a esse último, o mesmo pode ser entendido como “o dever de o Estado motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face da fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer um prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos da eventual atividade

⁴¹⁶ Tal como o Art. 14, do DL 25/37 ao dispor que “a coisa tombada não poderá sair do país”.

⁴¹⁷ Conforme já salientado e tal como aponta o prof. Queiroz Telles, que ora explica: “Pedimos permissão a Leme Machado para acompanhá-lo no seguinte entendimento: não há nenhuma vedação constitucional de que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. Como acentua Pontes de Miranda, basta que o ato estatal protetivo — legislativo ou executivo —, seja de acordo com a lei ou às normas já estabelecidas, genericamente, para proteção dos bens culturais.” TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 80.

⁴¹⁸ Tal como a “Ação Popular” ou a “Ação Civil Pública”, em que, como já visto, o tombamento não figura como condição da ação.

⁴¹⁹ Afinal, em países como Portugal ou Espanha é claro o entendimento no qual o regime jurídico dos bens culturais edificados não está vinculado ao ato do Poder Público que declara o seu relevante valor cultural. Em Portugal, Art. 16 (Lei 107/2001), e, na Espanha, Art. 25 (Lei 16/1985). No caso espanhol, a proteção aos bens não classificados é garantida, entretanto, surgindo a necessidade de manifestação da Administração sobre as medidas necessárias para que se promova a tutela adequada, caberá ao órgão competente traçar um plano especial de proteção para aquele objeto em específico, conforme o dispositivo citado.

⁴²⁰ É com base nesse entendimento que podemos considerar que a proteção do bem cultural edificado produz efeitos *ex nunc* a partir da manifestação do poder executivo ou

de interventiva.⁴²² Desse modo, esperar que a proteção e as eventuais restrições ao exercício da propriedade – cultural –, visando à sua salvaguarda ocorram somente em razão da discricionariedade do Administrador é desconfigurar a própria finalidade do instituto que é a de “garantir” a proteção e o *status* cultural original do bem em causa, e não criar essa tutela (efeitos) a partir do nada. Dizer o contrário implica, inclusive, uma motivação para que proprietários destruam um bem cultural, visto a possibilidade de ele ser tombado, considerando que em geral esse ato implica um ônus e restrições desvantajosas para os proprietários.⁴²³ Nos dizeres da prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as ações judiciais próprias à proteção dos bens culturais são justamente direcionadas a proteger os bens ainda não tombados, que merecem também essa tutela, mas que ainda não foram publicamente reconhecidos, no caso, pelo tombamento.⁴²⁴

2.3 Os efeitos durante o processo de tombamento

O Art. 10º da LPC estabelece que “o tombamento dos bens, a que se refere o Art. 6º dessa lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo”. O Parágrafo Único do mesmo Artigo prescreve que “para todos os efeitos, salvo a disposição do Art. 13 dessa lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.”⁴²⁵ Visto isso, um dos primeiros pontos que se coloca diz respeito ao começo do processo e ao consequente início do “tombamento provisório”. Conforme apontado anteriormente, esse ponto é decisivo para fixar o marco inicial dos efeitos da tutela do bem cultural e especialmente do seu entorno. A esse respeito, a Portaria 11/86 do IPHAN, em seu Art. 4º, diz que o início do processo se dá com a sua abertura pelo Conselho de Proteção do IPHAN, logo após o recebimento da proposta de tombamento. Já o DL 25/37 estabelece (Art. 10º) que o início do processo ocorre com a notificação do proprietário do bem em causa. Na doutrina, Hely Lopes Meirelles entende que o início do processo se dá com a sua abertura pelo órgão competente, enquanto José Afonso da Silva insiste na notificação do proprietário.⁴²⁶ Considerando a natureza normativa dos dispositivos mencionados, ressalta-se a hierarquia superior do Decreto-Lei em relação à Portaria do IPHAN, razão pela qual, em princípio, esta cede espaço àquela; no entanto, voltando à natureza declaratória do ato que “tomba” o bem cultural, entendemos que recebida a proposta e atendidos os pressupostos mínimos para início do procedimento (a critério do Conselho de Proteção), o imóvel em causa (e seu entorno) já sujeita-se aos vínculos especificados

legislativo, ou ainda de uma decisão do poder judiciário.

Esse entendimento vigora também em países vizinhos com raízes culturais pré-colombianas, como o Peru: “*Cultural Goods not declared are protected by the presumption of belonging to the cultural heritage of the nation. Notwithstanding, it does not establish clearly the criteria to enforce the presumption or to revoke it*” MARTORELL-CARREÑO, Alberto. *Cultural Patrimony and Property Rights in Peru*. In: Art and Cultural Heritage. Law Police and Practice. Cambridge University Press. New York, 2006. p. 107.

⁴²¹ Esse princípio, com fundamento constitucional, tem como pressuposto a proteção dos bens representativos da identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e que se instrumentaliza por vários meios de acatamento e preservação, e não só o tombamento, segundo a própria redação do Art. 216, da CF/88.

⁴²² Cf. FREITAS, Juarez. *O princípio constitucional da precaução e o direito administrativo ambiental*. In: SCIENTIA IURIDICA. Tomo LVI. n. 309. Braga. jan-mar/2007. p. 30-31.

⁴²³ Esse entendimento entretanto não é unânime. A autora Suzana Tavares entende, no caso português, que: “o proprietário, possuidor ou titular de outro direito real sobre um bem com valor cultural que ainda não haja sido classificado pela Administração, não tem de se subordinar às limitações impostas por aquele regime jurídico ‘adicional’”. Cf. SILVA, Suzana Tavares da. 2003. Op. cit. p. 75.

⁴²⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 133.

⁴²⁵ O Art. 13 da LPC fala na averbação e transcrição junto ao Registro de Imóveis do tombamento no respectivo registro do domínio.

⁴²⁶ Ver nota 399.

⁴²⁷ Segundo o prof. Brandão de Cavalcanti, todos os proprietários afetados devem ser notificados. Aponta que “ao fazer o tombamento é dever precipuo de quem o faz verificar se existem propriedades particulares susceptíveis de utilização, se alguma pode ser de utilidade pública. Dai a necessidade da notificação dos interessados e a averbação no Registro de Imóveis”. CAVALCANTI, Themistodes Brandão de. 1975. Op. cit. p. 431. E continua: “a notificação aos interessados conhecidos, e estes são os proprietários das áreas vizinhas aos imóveis tombados, é por isso mesmo, providência indispensável à perfeição do ato, sob pena de ser esse tido como clandestino, isto é, praticado à

revelia dos interessados diretos do tombamento.” Idem, p. 431.

⁴¹⁸ Ademais, visto que a finalidade do tombamento provisório é justamente garantir a eficácia final do ato que tomba, diante da possibilidade de dano ou destruição (praticados pelos proprietários) do bem cultural com vistas a não mais estarem sujeitos ao tombamento, torna-se mais adequado o entendimento de que as medidas de tutela e restrição relacionadas a este e o seu entorno já se aplicam desde a abertura do processo administrativo próprio.

⁴¹⁹ Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 66.

⁴²⁰ Também o prof. Hely Lopes Meirelles entende que a omissão ou retardamento do processo administrativo pode implicar abuso de poder, no entanto, corrigível por via judicial. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 553.

⁴²¹ Cf. FERRAZ, Sérgio. 2000. Op. cit. p. 296.

⁴²² A Lei 9.784/99, no seu Art. 24, estabelece que, “inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior”.

para sua salvaguarda, mesmo porque a Lei fala em notificação do proprietário do bem tombado e não dos demais interessados, inclusive vizinhos, que também estão sujeitos às vinculações do ato,⁴²⁷ razão pela qual não se pode esperar que a notificação apenas de um proprietário produza efeitos sobre interesses terceiros (no caso, os vizinhos).⁴²⁸

Outra questão de embate sobre os efeitos provisórios do tombamento diz respeito aos prazos procedimentais fixados pela Lei. São três os evidenciados: A) quinze dias, a contar da notificação do proprietário, para anuir ou impugnar o requerimento; B) outros quinze dias, a contar da impugnação, para que o ente requerente, o Conselho de Proteção e o Conselho Jurídico sustentem o tombamento; e C) sessenta dias, para que o Conselho Consultivo delibere sobre o tombamento ou não do bem em causa. A prof^a. Sônia Rabello de Castro entende que no caso do descumprimento de qualquer dos prazos fixados para o Poder Público, “o interessado poderá solicitar à administração que declare a nulidade do ato administrativo”.⁴²⁹ Entretanto, com a edição da Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito federal), Art. 48, entendemos que a Administração ficou obrigada a se manifestar no processo administrativo, *in verbis*, nos atos e nos prazos que lhe couberem, restando, no entanto, a responsabilidade de quem der causa ao atraso (Art. 42, da Lei 9.784/99).⁴³⁰ O próprio DL 25/37, apesar de fixar o prazo de 15 dias para sustentação do tombamento e de 60 para a manifestação do Conselho Consultivo, é explícito ao estabelecer que, somente após tais manifestações, o procedimento continuará o seu trâmite normal, não havendo hipótese de preclusão. Ademais, não se pode aceitar que inação do Poder Público seja causa da “não proteção” dos bens culturais, suscitando a anulação do processo. Ainda que por fim o Poder Público se posicione, fundamentadamente contrário ao tombamento, esse é obrigado a se manifestar nos prazos fixados, sob pena de responsabilidade pelos danos causados, seja ao patrimônio cultural seja aos interesses dos proprietários e vizinhos envolvidos.

Tanto o DL 25/37 como a Portaria 11/86, do IPHAN, se silenciam a respeito de algumas hipóteses de prolação do procedimento por responsabilidade da Administração. A própria Lei 9.784/99, segundo o prof. Sérgio Ferraz, se elide de enfrentar expressamente o problema do silêncio administrativo.⁴³¹ Primeiramente, a legislação nada estabelece em relação ao prazo para apreciação do requerimento de tombamento e consequente abertura do processo. Também não dispõe sobre o prazo para apreciação da impugnação juntamente com a sustentação do tombamento e ainda se omite sobre o tempo hábil necessário para a homologação do tombamento pelo ministro da Cultura.⁴³² O Art. 5º, LXXVIII, da CF/88, entretanto, dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A prolação do processo pela Administração sempre ensejará o recurso às vias

judiciais.⁴³³ Importante, entretanto, é distinguir o prazo normal de apreciação do feito, que por natureza é lento e complexo – pois necessita de perícias técnicas, laudos específicos, até mesmo consultas públicas – da morosidade injustificada da Administração. O chamado tombamento provisório foi, a propósito, idealizado justamente para evitar que “durante esse lapso temporal, o proprietário do bem pudesse danificá-lo ou descaracterizá-lo, no intuito de impedir o seu tombamento.”⁴³⁴ Desse modo, e conforme já se manifestou inteligentemente o STJ, o tombamento provisório não é fase procedimental da sua versão definitiva e, sim, medida assecuratória que visa garantir o normal decorrer do processo e a eficácia que esse poderá, ao final, produzir.⁴³⁵

2.4 Os “efeitos” pós-tombamento

Como dito no item 2.2 deste capítulo, perde um pouco do sentido falar em efeitos do tombamento se temos como premissa o fato desse ato administrativo ter natureza declaratória e não constitutiva. O tombamento visa preservar direitos, reconhecer situações preexistentes ou mesmo possibilitar o seu exercício como “ato fundado em uma situação jurídica anterior”.⁴³⁶ É um ato administrativo definitivo, enquanto não sujeito a ser mais anulado por outro órgão; no entanto, os efeitos produzidos por ele não surgiram da sua emanção pelo Poder Público e sim da própria natureza dada do bem cultural. Ainda assim, é um ato da Administração e por isso está sujeito ao controle e à fiscalização do Poder Judiciário, mas não para avaliar a utilidade e a conveniência do tombamento e, sim, apenas, para verificar a sua forma e legalidade,⁴³⁷ já que, como vimos, esse ato pode afetar interesses de terceiros, especialmente vizinhos,⁴³⁸ ou pode estar desvirtuado, de modo a impor deveres, não exigíveis, dos seus proprietários.

Ainda que seja considerado como um ato declaratório, é inegável que em alguns casos o tombamento traz uma proteção mais eficaz para o bem cultural em causa, não apenas por reconhecer o mérito cultural e traçar as medidas necessárias para a sua salvaguarda, mas também pela força que a expressão traz em si, afinal, o bem cultural edificado, que é tombado, possui um algo a mais que desperta o interesse das pessoas, que chama a sua atenção pública. Ademais, existem, sim, alguns efeitos jurídicos trazidos pelo tombamento que não interferem nos direitos civis dos seus proprietários, mas que implicam a sua forma de tratamento pela Administração. Aspecto relevante a destacar diz respeito ao tombamento dos conjuntos edificados. Nesses casos, que podem ocorrer com o tombamento de uma cidade ou de um centro histórico, “é evidente que as coisas em si não

⁴³³ Cf. FERRAZ, Sérgio. 2000. Op. cit. p. 297. “Os efeitos agressivos, num procedimento, ainda quando esse procedimento termine num acto principal, podem, também vir a ter lugar num acto que a outros títulos é um acto preparatório, como costumava dizer-se, e então, mais uma vez, se perde o equilíbrio, tendo de aceitar-se recurso contra um acto que, não estando no fim, não será definitivo, mas que apesar disso agride os interessados.” Cfr. SOARES, Rogério Ehrhardt. *Acto Administrativo*. In: *SCIENTIA IURIDICA*. T. XXXIX. n.º 23-28. Braga, janeiro-dezembro de 1990. p. 29.

⁴³⁴ Cf. STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: 1997/0008407-8. Relator(a): Ministra Laurita Vaz. Data da Publicação: DJ 24.02.2003 p. 215.

⁴³⁵ Idem. “Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Serra do Grararu. Tombamento. Discussão quanto à precedência do processo de tombamento. 1. O instituto do tombamento provisório não é fase procedimental precedente do tombamento definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir. 2. A caducidade do tombamento provisório, por excesso de prazo, não prejudica o definitivo. Inteligência dos Arts. 8.º, 9.º e 10.º, do Decreto-Lei 25/37. 3. Recurso ordinário desprovido.”

⁴³⁶ É o que aponta o prof. Hely Lopes Meirelles ao se referir ao ato administrativo declaratório. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 170.

⁴³⁷ O que não é menos criticável na visão, já na época adiantada, do prof. Rogério Soares, que compara o modelo anglo-saxão e possibilidade de refazer os juízos materiais que o administrador construiu para a satisfação do interesse público, ou seja, um “autocontrole” dos seus atos. SOARES, Rogério Ehrhardt. 1990. Op. cit. p. 25-35.

⁴³⁸ “Trata-se de servidão administrativa em que dominante é a coisa tombada e serviente, os prédios vizinhos. É servidão que resulta automaticamente do ato do tombamento e impõe aos proprietários dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada e de não colocar cartazes ou anúncios.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 139.

⁴³⁹Cf. CASTRO, Sônia Rabello de, 1991. Op. cit. p. 70.

⁴⁴⁰ Para o conceito de conjunto no sentido aqui empregado, cf. Item 2.1, do Capítulo I.

De acordo com a Recomendação de Nairóbi, de 1976, a UNESCO prevê que os "conjuntos", no sentido que ora nos interessa, podem ser "cidades históricas, bairros urbanos antigos, aldeias e lugarejos, bem como conjuntos monumentais homogêneos, ficando entendido que estes últimos deverão, em regra, ser conservados em sua integridade".

⁴⁴¹ É esse sentido de identidade social que deve ser valorizado. Proteger aquilo que é entendido "*as culture and landscape that are cared for by the community and passed on to the future to serve people's need for a sense of identity and belonging*". Cf. LOULASNNI, Tolina. *Revising the Concept for Cultural Heritage: The Argument for a Functional Approach*. In: *International Journal of Cultural Property*, nº 13. New York, 2006. p. 209.

⁴⁴² Fala-se, nesse caso, em "Edificação Excepcional Positiva", conforme estabelece a Portaria 122/04, do IPHAN.

perdem sua característica individual para efeitos civis, mas, para efeitos de tombamento, tornam-se uma só: o bem tombado.⁴³⁹ Isso suscita duas questões relacionadas às consequências pós-tombamento. A primeira diz respeito à necessidade de promover, ou não, o tombamento individualizado de cada um dos componentes do conjunto⁴⁴⁰ e, em seguida, é saber como lidar com os edifícios descontextualizados já inseridos num conjunto arquitetônico no momento do tombamento.

Em relação à primeira questão, entendemos que se o valor reconhecidamente notório do conjunto arquitetônico está justamente na composição artística, histórica, cultural como um todo, logo, é essa harmonia ou contexto que possui significado para a sociedade⁴⁴¹ e, conseqüentemente, constitui o bem jurídico a ser tutelado. E ainda que determinado elemento se destaque dentro desse conjunto,⁴⁴² esse, considerado de modo isolado, perde significado sem o restante da composição edificada. É o que se verifica, pelo menos, na jurisprudência brasileira, que já se manifestou pela desnecessidade do tombamento individualizado de imóveis que integram um conjunto arquitetônico tombado:

Administrativo. Constitucional. Ação Civil Pública. Tombamento do conjunto arquitetônico de Diamantina. Desfazimento da obra irregular ou adequação à forma autorizada pelo serviço do patrimônio histórico. Possibilidade. Decreto-Lei 25/37.

1. Desnecessária a inscrição do tombamento do bem no Registro de Imóveis, já que aquele incidiu sobre toda a cidade de Diamantina-MG.

2. O Código de Processo Civil assinala que os fatos notórios independem de prova o que é o caso dos autos – tombamento do conjunto arquitetônico de Diamantina – MG. Como bem frisou o juízo a que o documento de fl.09 registra o tombamento no Livro das Belas Artes do Conjunto Arquitetônico e Urbanístico da Cidade.

TJ1. Processo: AC 2002.01.00.039331-8/MG. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Publicação.

Agora, no que toca aos bens imóveis descontextualizados do conjunto tombado, seja por serem construções recentes seja por serem mesmo irregulares, o problema é uma questão de política pública e dependerá de cada caso específico. Devem ser consideradas desde questões de ordem constitucional e que podem fundamentar a destruição ou adaptação desses imóveis em prol da promoção e incentivo do turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (Art. 180, da CF/88), até mesmo questões relacionadas ao atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida e justiça social (Art. 39, da Lei 10.257, de 10 de Julho de 2001 – Estatuto das Cidades). A prof^o. Sônia Rabello de Castro aborda o tema e explica que "o tombamento do conjunto não se

dá pelo valor cultural individualizado de cada parte, mas pelo que elas representam no seu conjunto: é a soma de valores individuais, visto na sua globalidade”.⁴⁴³ Desse modo, entende a professora que o grau de modificação ou alteração que será permitido naquela parte descaracterizada poderá ser maior ou menor, mas sempre de modo a adequá-la à composição como um todo.⁴⁴⁴ Ainda a esse respeito, a Recomendação de Nairóbi, de 1976, elaborada pela UNESCO, privilegia o aspecto e o significado individual de cada elemento para com o todo, ressaltando, no entanto, a importância do equilíbrio e coerência do conjunto.⁴⁴⁵

A título de exemplo, em Ouro Preto, existe, além do Plano Diretor do Município⁴⁴⁶ e da Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano,⁴⁴⁷ uma Portaria do IPHAN, nº 122, de 02 de abril de 2004, que dispõe sobre as intervenções urbanísticas e arquitetônicas na cidade, já que ela é tombada, também, em nível federal. Interessante verificar que aqui, ao contrário do que se poderia esperar, existe uma boa coordenação entre os dois instrumentos legais (federal e municipal), à medida que, sendo posterior, a Portaria nº 122/04 do IPHAN aproveita a terminologia e considera os procedimentos estabelecidos no Plano Diretor do Município de modo adequado.⁴⁴⁸ Mas voltando à questão da quebra da harmonia de um conjunto urbano histórico por elementos descaracterizados, dispõe a Portaria do IPHAN, no seu Art. 4º, que “a notabilidade do acervo paisagístico-urbano-arquitetônico dá-se pela unidade e originalidade do seu patrimônio arquitetônico, pela qualidade de conjunto que constitui esse patrimônio cultural, bem como pela beleza e harmonia da paisagem na qual se insere”.

E completa com o Art. 12: “a manutenção das características, da unidade e da harmonia dos conjuntos urbanos sobrepõe-se às edificações individualizadas, na definição dos critérios e da avaliação dos projetos”. Essa Portaria traz ainda uma classificação para as edificações excepcionais de um conjunto (Art. 37), definindo-as como positivas e negativas, sendo que estas últimas se referem aos imóveis “atípicos do conjunto, que merecem um tratamento especial, a fim de dirimir ou mitigar os impactos negativos causados por elas” (Art. 37, § 2º). Já a Lei Municipal de Uso e Ocupação do Solo,⁴⁴⁹ recentemente reformulada, prevê que “a notabilidade do acervo paisagístico-urbano-arquitetônico dá-se pela unidade e originalidade do seu patrimônio arquitetônico, pela qualidade de conjunto que constitui o patrimônio e pela beleza e harmonia da paisagem na qual de se insere” (Art. 67)”.

Já o § 2º, do Art. 70, dessa norma, estabelece que “a cada intervenção em edificação, corresponderá um projeto específico, que será analisado e aprovado individualmente,

⁴⁴³ Cf CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 74.

⁴⁴⁴ Idem. p. 45.

⁴⁴⁵ De acordo com os princípios gerais da Recomendação, “cada conjunto histórico ou tradicional e sua ambiência deveria ser considerado em sua globalidade, como um todo coerente cujo equilíbrio e caráter específico dependem da síntese dos elementos que o compõem e que compreendem tanto as atividades humanas como as construções, a estrutura espacial e as zonas circundantes. Dessa maneira, todos os elementos válidos, incluídas as atividades humanas, desde as mais modestas, têm, em relação ao conjunto, uma significação que é preciso respeitar”.

⁴⁴⁶ Lei Complementar nº 29, de 28 de dezembro de 2006, que fixa as diretrizes, estratégias e instrumentos para o pleno desenvolvimento do Município, em consonância com as funções sociais da cidade e da propriedade e constitui-se no principal instrumento norteador das ações dos agentes públicos e privados no território municipal.

⁴⁴⁷ Lei Complementar nº 30, de 28 de dezembro de 2006.

⁴⁴⁸ Interessante destacar que o Plano Diretor original da cidade é de 1996, e que tendo sido editada a Portaria nº 122 do IPHAN em 2004, essa foi elaborada em conformidade com a legislação municipal vigente até então. Posteriormente, em 2006, por determinação do Ministério das Cidades, todos os municípios com mais de vinte mil habitantes deveriam elaborar ou rever seus Planos Diretores, razão pela qual a cidade fez o seu Plano, observando, agora, as várias disposições acrescentadas por aquela Portaria.

⁴⁴⁹ Lei Complementar nº 30, de 28 de dezembro de 2006.

tendo como parâmetros os critérios da face da quadra, a adequação ao conjunto onde está inserido e as especificidades existentes.”

O que se verifica, afinal, é que tanto em nível federal como em nível local, e mesmo em âmbito internacional, a tendência pesa a favor da manutenção do equilíbrio do conjunto urbano. Dissemos anteriormente que se trata de uma questão de política pública, justamente porque não envolve, agora, apenas a preservação do que notoriamente possui mérito cultural. O problema implica um ponto adicional de embate que é a adequação do que em princípio não se enquadra na política direta de salvaguarda, harmonizando-o aos valores estéticos e culturais do conjunto e às necessidades sociais urbanas de qualidade de vida. Trata-se de uma questão tormentosa e que aflige as cidades históricas brasileiras, que vivem o drama do crescimento desordenado e da falta de efetividade dos planos de urbanismo.⁴⁵⁰ Posto isso é que ressaltamos, novamente, que o tombamento, como ato declaratório, não inova no dever de proteção dos bens culturais em si, mas acaba por estabelecer medidas que podem afetar mais ou menos diretamente a situação dos proprietários do entorno, podendo estabelecer verdadeiras servidões administrativas para eles.

Demais, reconhecemos que essa nossa visão de tombamento não é a mais comum na doutrina brasileira (ainda que nas cortes nacionais se verifique uma postura distinta), mesmo porque sendo tão poucas as possibilidades jurídicas de proteção dos bens culturais, querer reduzir o caráter impositivo do instituto a um ato declaratório pode não soar muito bem, mesmo entre aqueles que lutam pela salvaguarda do nosso patrimônio cultural. No entanto, não deixa de ser um comportamento comodista esperar que, por via do tombamento, todas as questões relacionadas à proteção dos bens culturais edificados e seu entorno se resolvam ou se extingam e é por isso que entendemos que a crítica, ou posicionamento, tem sua utilidade. O prof. José Afonso da Silva destaca que, “no Brasil, os instrumentos primários de atuação protetora dos bens culturais em geral convergem para o tombamento desses bens”.⁴⁵¹ Ora, o problema da proteção dos antigos centros urbanos vai muito além do tombamento e envolve uma gama de

medidas que depende de uma complexa rede de ações físicas e não físicas. Sem a junção entre políticas oficiais, investimentos, regulamentações de tombamento e zoneamento, controle do comércio e da expansão imobiliária, divulgação de valores históricos e artísticos junto a escolas, habitantes e visitantes e, particularmente, sem a participação da população local, os caminhos da preservação se tornam bem mais áridos do que o esperado.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Já observara o prof. Silva Telles que, “no caso brasileiro, a descaracterização dos centros é premente e que as Recomendações como a de Nairóbi encontram pouca acolhida, visto que aqui o Poder Municipal é frágil perante as pressões políticas e econômicas que fazem com que os municípios, cujas rendas em boa parte advêm dos impostos territoriais e prediais, evitem ferir interesses de proprietários ou de especuladores, atingindo assim as áreas centrais a serem preservadas”. Cf. TELLES, Augusto C. da Silva. *Centros históricos: notas sobre a política brasileira de preservação*. In: Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. n. 19. 1984. p. 31.

⁴⁵¹ Cf. SILVA, José Afonso da. 2001. Op. cit. p. 157-158.

⁴⁵² Para algumas considerações oportunas sobre a preservação de centros históricos no Brasil, cf. MENEGUELLO, Cristina. *O coração da cidade: observações sobre a preservação dos centros históricos*. In: Revista Eletrônica do IPHAN. n. 2. novembro/dezembro de 2005.

Portanto, é preciso rever o modelo brasileiro de salvaguarda e refletir até que ponto é conveniente alicerçar todo o sistema em um único instrumento de tutela, que, diga-se de passagem, já está deveras desgastado.

2.4.1 A validade e a eficácia do ato de tombamento

O prof. Rogério Soares destaca que

um acto eficaz normalmente não tem qualquer ligação com a executoriedade, ou porque os efeitos desse acto se conseguem sem execução, ou porque exigindo execução, esta, quando esbarre na resistência de um destinatário, não pode ser vencida pelas próprias forças da Administração.⁴⁵³

A lição do professor português nos faz pensar sobre a eficiência do tombamento como instrumento de proteção do patrimônio cultural e ainda sobre a validade do ato em hipóteses em que se exorbita o âmbito de atuação do Administrador, ainda que imbuído de uma finalidade pública. Em relação a esse último ponto, o tombamento só é válido quando cumprido todo o devido procedimento legal e respeitados os limites de atuação do Administrador.⁴⁵⁴ No entanto, uma vez tombado o bem, não mais poderá o Administrador, imotivadamente, desfazer o ato,⁴⁵⁵ restando apenas o direito de indenização pelos danos, quando for o caso. O § 2º, do Art. 19, do DL 25/37 prevê, no entanto, que nas hipóteses em que o proprietário não possui recursos para arcar com as obras de conservação e reparação do imóvel tombado, deverá a União executá-las, às suas expensas, no prazo de seis meses que, se não cumpridos, ensejará o direito ao proprietário de requerer seja cancelado o tombamento da coisa. Entendemos, não obstante, que isso não significa que o proprietário poderá alterar ou destruir o bem edificado com o cancelamento do tombamento e, em termos práticos, significa apenas que poderá o proprietário impetrar ou uma ação de desapropriação indireta (com o pagamento de uma justa indenização) ou a devida ação judicial requerendo que se cumpra a obrigação de conservação e reparação do bem, cujo responsável é o Poder Público que promoveu o respectivo ato, com base no dispositivo mencionado (§ 2º, do Art. 19, do DL 25/37).⁴⁵⁶

Com relação à eficácia do tombamento na preservação dos bens culturais edificados, como já dissemos, esse ato, quando bem executado, possui um papel fundamental na

⁴⁵³ Cf. SOARES, Rogério Ehrhardt. 1990. Op. cit. p. 32.

⁴⁵⁴ "Levado perante o poder judiciário, o tombamento pode ser apreciado sob o aspecto da legalidade". Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. 1973. Op. cit. p. 66.

⁴⁵⁵ A prof. Sônia Rabello entende que "não poderia o ato de interesse público ser sacrificado em razão de erro justificável e sanável pela administração". E completa, citando Miguel Reale: "para legitimar o anulamento é necessário que haja lei cujo desrespeito, manifesto ou comprovado, tendo em vista os fins determinantes, importe na caracterização de sua invalidade". CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 62.

Fala-se em "motivação" em razão do que estabelece o Decreto-Lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, que autoriza o Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, a cancelar o tombamento de bens realizados com base no DL 25/37.

⁴⁵⁶ Sobre o dever da Administração de arcar com o ônus financeiro da conservação nos casos em que os proprietários não têm recurso de o fazer, parece claro o entendimento das cortes nacionais:

TRF1. Processo: AC 1998.37.00.001251-7/MA. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Publicação: 17/09/2007 DJ p.97: "1. A União é parte legítima para a demanda, já que o art. 19 do DL 25/37 possibilita a sua responsabilização subsidiária na conservação do imóvel, caso o proprietário não tenha recursos financeiros para realizar as obras e reparos necessários no imóvel tombado.

2. A responsabilidade do proprietário de imóvel tombado na realização de obras de conservação se configura quando há capacidade financeira para empreender as obras de conservação necessárias. Não há prova nos autos de que a proprietária do imóvel tenha condições de arcar com as obras necessárias à conservação do bem tombado. 3. Nesse contexto, correta a sentença ao condenar o IPHAN a realizar as obras para conservação do imóvel, às expensas da União. O fato de a proprietária não ter comunicado ao IPHAN a necessidade das obras e sua carência de recursos financeiros não modifica a responsabilidade da autarquia em efetivar diretamente a conservação”.

⁴⁵⁷ Analisando a situação paralela que se passa com o “acto de classificação” português, verificamos a semelhança de finalidade com o tombamento brasileiro, quando afirma a prof. Carla Amado que o “acto de classificação tem, assim, uma dupla vertente: por um lado, atesta as qualidades de um bem por recurso a ciências extra-jurídicas; por outro lado, e em homenagem a essas características, pode investir o bem num determinado estatuto. (...)” Cf. GOMES, Carla Amado. 2005. Op. cit. p. 24.

⁴⁵⁸ A profa. Maria Sylvia Di Pietro compartilha desse entendimento e realça a importância da “fixação de critério objetivo na delimitação do conceito de vizinhança, mediante determinação da área dentro da qual qualquer construção ficaria dependendo de aprovação do IPHAN; e notificação às Prefeituras interessadas para que, ao conferirem licença para construção, não ajam em desacordo com o IPHAN”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2003. Op. cit. p. 140.

⁴⁵⁹ A título de comparação, a lei espanhola de patrimônio cultural estabelece que “*La Declaración de Bienes de Interés Cultural*” obrigam os municípios onde se encontram tais bens a redigir um plano especial de proteção específico da área afetada para além da legislação urbanística ou da Lei de patrimônio histórico (Art. 20, Ley 16/1985). MORENO, Alonso Pérez. 1990. Op. cit. p. 38-39.

definição das medidas adequadas a preservar cada imóvel em particular.⁴⁵⁷ Ademais, esse ato estabelece os vínculos a que estarão sujeitos os imóveis do entorno ou descontextualizados do conjunto tombado,⁴⁵⁸ daí sua importância como configurador do modelo de proteção a ser praticado em cada caso. No Brasil, a preocupação com a recuperação dos “Sítios Históricos Urbanos” motivou, em 1987, a edição da “Carta de Petrópolis”, elaborada durante o 1º Seminário Brasileiro para Preservação e Revitalização de Centros Históricos. Nesse documento, estão fixadas algumas das principais diretrizes a serem observadas no intuito de salvaguardar de forma eficaz “o espaço que concentra testemunhos do fazer cultural da cidade em suas diversas manifestações”. Chama a atenção a inteligência do documento que reconhece que para a

preservação do SHR é fundamental a ação integrada dos órgãos federais, estaduais e municipais, bem como a participação da comunidade interessada nas decisões de planejamento, como uma das formas de pleno exercício da cidadania. Nesse sentido, é imprescindível a viabilização e o estímulo aos mecanismos institucionais que asseguram uma gestão democrática da cidade, pelo fortalecimento da participação das lideranças civis.

Por fim, o documento confere especial atenção aos inventários como meio de identificação dos valores culturais de uma comunidade e recomenda a diversificação dos instrumentos de proteção legal. Ou seja, em termos nacionais, tal documento não deixa de ser um alerta, ou um conselho, para que a proteção legal do patrimônio cultural não se monopolize em cima de um único instituto, como, de fato, ocorre no Brasil, mesmo nos dias atuais.

O tombamento tem sua funcionabilidade e presteza reconhecidos notoriamente no Brasil, no entanto, apresenta algumas “de-eficiências” que poderiam ser evitadas, caso fossem empregados outros recursos de proteção que não exclusivamente este. Podemos apontar como falhas específicas desse instrumento: 1) A imagem comum negativa e repulsiva associada ao instituto e aos que o manejam, muitas vezes tidos como usurpadores dos direitos dos proprietários de bens culturais; 2) A ausência completa de participação popular no procedimento que antecede o ato de eleição dos bens a serem tombados; 3) A sua omissão quanto à necessidade de fixar regras claras e particularizadas à proteção de cada bem tombado e seu entorno;⁴⁵⁹ 3) A desatualização do instrumento normativo – DL 25/37 – (em vários pontos já derogado); 4) A sua desarticulação com os planos urbanísticos e de meio ambiente; 5) A desconsideração dos demais valores vinculados ao suporte físico do bem cultural edificado e que deveriam ser considerados juntamente com a sua salvaguarda; e 6) A própria elitização cultural gerada por um modelo que privilegia so-

mente os bens tombados, renegando os demais. Para além disso, é importante ressaltar que tais críticas dizem respeito apenas à atual configuração do instituto do tombamento, e não à política pública, ou à atual sistemática normativa, que abrange todo o regime de proteção e valorização do patrimônio cultural e que levanta uma nova ordem de problemas, como a ausência de uma política educacional patrimonial abrangente e inclusiva; a desarticulação entre os entes federados na coordenação de trabalhos em prol dos bens culturais; a inexistência de um programa de parcerias entre iniciativa privada e poder público para a promoção e proteção do patrimônio cultural; a falta de instrumentos de financiamento e de concessão de benefícios fiscais em favor dos proprietários de bens culturais edificados.

Obviamente que da forma como se coloca a questão sugere-se uma imagem de que no país não exista nenhum esforço político ou social de estruturação do sistema público de salvaguarda dos bens culturais, no entanto, trata-se mais de uma maneira de chamar a atenção para o problema, afinal, existem ações isoladas, algumas iniciativas bem intencionadas, mas que estão longe de corresponder às expectativas e orientações da “Carta da Petrópolis”.

2.4.2 Definitividade do ato de tombamento

Tal como estabelece o DL 3.866/41, mediante motivos de interesse público, poderá o Presidente da República determinar de ofício, ou em grau de recurso, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes às pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, promovido pelo IPHAN. O prof. Queiroz Telles argumenta no sentido de que também nos Estados e Municípios, o Chefe do Poder Executivo pode cancelar o tombamento promovido pelas respectivas esferas do Poder Federado, desde que pelos mesmos motivos de interesse público.⁴⁶⁰ Obviamente, por uma questão de respeito ao pacto e autonomia federativa, não poderá o Presidente cancelar os bens tombados por um Estado-membro ou um Município.

Vários autores criticam essa possibilidade legal, sugerindo até mesmo a inconstitucionalidade do dispositivo sob o fundamento de que foge das competências do chefe do executivo ingerir em decisão de órgão técnico em matéria histórica e artística.⁴⁶¹ No caso, o tombamento pode ser anulável, quando se constatar a ilegalidade do ato, ou revogável, por questão de inoportunidade de sua realização. Entendemos que, na primeira hipótese, em razão do princípio da autorrevisão dos atos da administração, não há

⁴⁶⁰ Cf. TELLES, Antônio A. Queiroz. 1992. Op. cit. p. 84.

⁴⁶¹ Dentre os quais, o prof. Hely Lopes Meirelles, que lamenta “o poder discricionário que se concedeu ao Presidente da República em matéria histórica e artística, sobrepondo-se seu juízo individual ao do colegiado do IBPC, a quem incumbe decidir originariamente o assunto”. (MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 553). Compartilha da mesma opinião o prof. José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. 2001. Op. cit. p. 168).

maiores problemas em reconhecer que nas situações em que se constatou o abuso de poder seja desfeito o tombamento, o que não significa, ou implica, o desamparo legal do bem que reconhecidamente demonstrou possuir mérito cultural. Já quanto à segunda hipótese, a situação é mais delicada, razão pela qual se dá o posicionamento contrário, de parte da doutrina, à possibilidade de revogação do tombamento.

A prof^a. Carla Amado Gomes suscita a possibilidade de um bem que foi classificado, ou que se encontra em vias de classificação, perder o valor cultural a ele atribuído por razões supervenientes.⁴⁶² É o que se passa, por exemplo, com um imóvel onde se considerava que determinada personalidade teria ali vivido, quando pesquisas posteriores à classificação [*tombamento*] mostram que o referido sujeito nunca esteve presente no local.⁴⁶³ Nesse caso, não se trata nem de anulamento, nem de revogação do ato praticado e, sim, de uma revisão do feito, vinculada a um juízo de valor puramente técnico e alheio a qualquer grau de discricionariedade de Administrador. No entanto, essa não é a hipótese trazida pelo DL 3.866/41, que sequer prevê tal possibilidade. Tal dispositivo estabelece que o Presidente da República, por motivos de interesse público, poderá cancelar o tombamento promovido pelo IPHAN, ou seja, passa-se por cima do parecer do órgão técnico e adota-se uma medida puramente discricionária, a critério do juízo de conveniência e oportunidade do Administrador.

Nesse caso, é interessante perceber como a “função social” da propriedade cultural edificada pode tanto motivar o seu tombamento como também o cancelamento deste (via revogação) e, por esse motivo, não podemos de imediato repudiar tal instrumento legal. Voltamos as discussões sobre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e concluímos que, a critério do juízo de oportunidade administrativo, sujeito ao controle de legalidade jurisdicional,⁴⁶⁴ pode, sim, o Poder Público, cancelar o tombamento realizado, caso julgue necessário compatibilizar o mérito cultural em causa com os demais interesses públicos necessários a realizar o bem comum, afinal, como já foi dito desde o início, não existem direitos absolutos.⁴⁶⁵ Nas palavras da prof^a. Carla Amado, significa “uma reavaliação dos pressupostos jurídicos do acto (...) ou uma reponderação das circunstâncias de interesse público que envolvem o bem classificado, no confronto com outros interesses.”⁴⁶⁶

Ora, o cancelamento do tombamento não significa o desamparo completo do bem cultural em causa. A sua tutela é uma garantia fundamental e, enquanto tal, assume caráter de imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inviolabilidade.⁴⁶⁷ No entanto, como bem estabelece a CR/88, em seu Art. 216, § 1º, o tombamento é apenas um dos instru-

⁴⁶² “A revisão seria assim uma figura essencialmente diversa, quer da revogação anulatória (por ausência de ilegalidade), quer da revogação abrogatória (por ausência de reponderação das circunstâncias de interesse público que contextualizam o acto), diferença nitidamente perceptível através da motivação e dos limites à sindicabilidade do acto (a revisão tem fundamentos factivos e/ou técnicos plenamente revisíveis pelo juiz, ainda que por recurso a peritos; a revogação abrogatória traduz-se em actos de discricionariedade pura, tendencialmente intocáveis ao reexame jurisdicional).” GOMES, Carla Amado. *Desclassificação e Desqualificação do Património Cultural: Ideias Avulsas*. In: RMP. Ano 26. n.º 101. Jan-Mar 2005. p. 21.

⁴⁶³ “Ou seja: na ausência de elementos caracterizadores do valor cultural relevante, a Administração deve desclassificar [cancelar o tombamento] o bem, não gozando nesta hipótese de margem livre de decisão”. Idem. p. 29.

⁴⁶⁴ Tal como enfatiza o prof. Diógenes Gasparini, “todo ato administrativo é legitimamente apreciável pelo poder judiciário.” (GASPARINI, Diógenes. 1995. Op. cit. p. 61). “Os motivos do ato administrativo não são apenas condições de oportunidade ou conveniência. O entendimento de que toda matéria de fato é estranha ao exame da legalidade já perdeu, há muito, foros de atualidade. Ao Poder Judiciário ou à jurisdição administrativa, é lícito examinar os fatos como meio de diagnóstico dos requisitos legais do ato administrativo. É mister não confundir a ponderação dos motivos — que é sintoma típico da discricionariedade administrativa — com a sua existência material ou a sua correlação com a lei — que são aspectos de estrita legalidade.” TÁCITO, Caio. 1997. Op. cit. p. 301.

E mesmo “os atos chamados políticos ou de economia interna não se furtam de se curvarem devidamente à Constituição, como atos administrativos que são.” Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Malheiros. São Paulo, 2006. p. 213.

mentos possíveis de salvaguarda do patrimônio cultural, que poderá ser realizada ainda a juízo da Administração, por meio de inventários, registros, vigilância, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação. Tudo dependerá de um exercício de ponderação de valores mediante o caso concreto. A propósito, a prof. Maria Sylvania Di Pietro, assinala que “se é verdade que a proteção do patrimônio cultural é dever do Estado precisamente pelo seu interesse público, não é menos verdade que esse interesse pode, em determinado momento, conflitar com outros também relevantes e merecedores de proteção.”⁴⁶⁸

Desse modo, entendemos que não só pode ser revogado o tombamento, como deve ser necessariamente concretizado o seu cancelamento nas hipóteses em que a Administração julgar mais apropriado efetivar a proteção por outros instrumentos legais ou extralegis.⁴⁶⁹ A propósito, o prof. Graeme Aplin, especialista em *cultural heritage*, ao enumerar os princípios norteadores da administração dos bens culturais, estabelece justamente que a Administração deve atuar o minimamente possível na conservação do bem *doing as little as possible*, ou seja, é preferível que a própria comunidade civil reconheça o mérito do bem cultural edificado e veja nele um valor agregado que valoriza e justifica ser mantido junto à propriedade.⁴⁷⁰ De certo modo, a tutela impositiva, alheia às expectativas das comunidades afetadas, foge da finalidade do próprio instituto do tombamento, que é, também, o de preservar a naturalidade do patrimônio dinâmico formado pelo patrimônio cultural edificado e as comunidades nele integradas.

⁴⁶⁵ Como foi dito, o cancelamento do tombamento, conforme previsto no Parágrafo único do DL 3.866/41, somente é possível mediante decisão fundamentada em motivo de interesse público, e, no Brasil, tais hipóteses são preestabelecidas por Lei, no caso, a Lei 4.132/52, Art. 2º, que versa sobre os casos de desapropriação por interesse social.

⁴⁶⁶ GOMES, Carla Amado. 2005. Op. cit. p. 33.

⁴⁶⁷ É o que afirma o prof. Alexandre Morais sobre as características dos Direitos Fundamentais, que são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementares. Cf. MORAIS, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. Atlas. São Paulo, 2004. p. 164.

⁴⁶⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2003. Op. cit. p. 138.

⁴⁶⁹ A autora Suzana Tavares discorre no mesmo sentido ao dizer que “mais do que preservar ficticiamente um bem, classificando-o e impondo-lhe um regime de conservação de tal forma oneroso e pouco atractivo para o seu proprietário (...), é importante atender ao efectivo valor cultural do bem e à sua possibilidade de aproveitamento”. SILVA, Suzana Tavares da. 2003. Op. cit. p. 77.

⁴⁷⁰ Entre os demais princípios apontados pelo professor Graeme Aplin estão: *Information base; Goals and objectives; Outcomes and evaluation; Flexibility and monitoring [There should be inbuilt and adaptability to allow changes to methods and processes that are not working]; Awareness of societal context; Building community support; Dealing with change; Balancing competing goals; Managing visitor pressure; Funding and budgetary issues*. APLIN, Graeme. 2002. Op. cit. p. 81.

3 A Relação entre os Particulares e a Atividade Administrativa de Salvaguarda

O prof. Floriano A. Marques Neto resume, de modo bem objetivo, o campo de tensão gerado na relação entre a Administração e os administrados na tarefa de persecução do interesse público, ou seja,

sempre que a Administração atua, algum interesse individual estará sendo consagrado e, no mais das vezes, algum outro estará sendo cerceado. Dito assim, pode causar algum prurido, mas é fato. Ainda que devamos sustentar que a Administração cumpre apenas atuar na perseguição do interesse público, tenho comigo que esse interesse sempre haverá de ser titularizado por alguns indivíduos. Ainda que a coletividade seja atendida no seu todo pela ação administrativa, a aferição individual dos indivíduos daí gerada sempre será desigual (ainda que não seja afrontante da isonomia).⁴⁷¹

De fato, conciliar a gestão do patrimônio cultural de modo a não ofender os demais interesses individuais e sociais relacionados direta e indiretamente com a matéria é tarefa tormentosa não apenas no Brasil e recomenda contínua reflexão sobre as práticas administrativas de proteção aos bens culturais e que acabam, inevitavelmente, por cingir os interesses privados.

A esse respeito, alguns pontos são relevantes para a compreensão do fenômeno administrativo em matéria de gestão dos bens culturais: o primeiro deles é saber o grau de discricionariedade que detém o administrador em matéria de proteção e promoção do patrimônio cultural edificado; o segundo é estabelecer a possibilidade de intervenção popular nas decisões que tocam essa salvaguarda;⁴⁷² e, por fim, discutir a apreciação dos atos do Administrador, em especial o tombamento, pelo Poder Judiciário.

⁴⁷¹ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal*. In: Temas de Direito Regulatório. Organizador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

Do mesmo modo pensa a prof. Di Pietro quando indaga: "Como conciliar as duas situações: de um lado, as liberdades individuais e, de outro, os direitos sociais, ambos assegurados pela Constituição? Como pode a Administração Pública atender ao interesse público (bem comum), assegurando a todos a existência digna, sem ofender os direitos individuais?" DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2001. Op. cit. p. 53.

⁴⁷² O debate sobre a participação popular na gestão dos bens culturais é ponto recorrente e tido como imprescindível para uma efetiva proteção desses. A esse respeito, o prof. Cornelius Holtorf indaga sobre dois pontos centrais: "Why should the people not be allowed to decide themselves how much of their own heritage they wish to preserve and in what way? At what level of decision-making are judgments concerning the preservation of cultural heritage best taken 'by the people themselves': at national or state level by elected representatives

3.1 O poder discricionário da Administração e a proteção dos bens culturais edificados

A primeira questão que se coloca nesse tópico é saber se a tutela administrativa dos bens culturais decorre da discricionariade do Poder Público. É saber se pode o Administrador optar politicamente por não proteger os bens culturais. Ora, essa parece uma questão por demais óbvia e resolvida, visto as imposições postas pela Carta Magna e que dizem respeito ao dever incondicional do Estado de proteger o patrimônio cultural, *in verbis*, edificado,⁴⁷³ como “direito social fundamental”.⁴⁷⁴ Mas, para além do mandamento constitucional, é preciso reconhecer que o homem é um ser secular, com ideias e valores consumíveis pelo tempo, mas que, no entanto, ajudam a compor uma memória coletiva que é atemporal e formada pela soma das muitas gerações de mentalidades que construíram e constroem a história da humanidade. Visto por essa maneira, o patrimônio cultural não pertence a uma geração específica, tampouco está completamente sujeito às vontades de uma só comunidade no tempo e espaço. Trata-se de um bem indisponível, que nos pertence, mas também às gerações futuras e que, portanto, obriga o Poder Público e a sociedade a o defenderem e a o enriquecerem. Logo, esse dever de atenção é, ao mesmo tempo, uma obrigação de direito e uma responsabilidade moral, quer do Administrador quer de toda a sociedade; e, sendo certo o compromisso para com a sua salvaguarda, surgem, entretanto, duas outras questões a saber, que se referem, primeiro, à discricionariade que envolve a eleição dos bens de relevante valor cultural e, segundo, sobre a oportunidade e os modos possíveis de se efetivar essa tutela – a questão do juízo de conveniência do Poder Executivo –, e em especial, a vinculação do Administrador às decisões e pareceres dos órgãos técnicos especializados em patrimônio cultural e do Poder Judiciário.

Com relação ao primeiro ponto, quanto à eleição do patrimônio cultural a ser tutelado, isso está a critério dos órgãos técnicos de proteção e promoção da matéria. Como já foi dito, em nível federal, esse órgão é o IPHAN e, mais especificamente, com relação aos bens a serem submetidos ao tombamento, o responsável será o “Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural” (Art. 9º, do Decreto 5040/04 – que fixa a estrutura

and their (civil) servants, or much closer to the man or woman 'on the street' at regional, local or street level? . Cf. HOLTORF, Cornelius. 2007. Op. cit. p. 35.

⁴⁷³ No Brasil, dentre os vários dispositivos constitucionais que imputam esse dever ao Estado, também o Art. 23, que prescreve ser “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.” Em Portugal, o seu Texto Capital é ainda mais enfático ao fixar como dever fundamental do Estado português “proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território”.

⁴⁷⁴ Sobre a ideia de “direitos sociais fundamentais” e as propostas, em nível europeu, de criação de um catálogo específico para tais direitos, ver: MADURO, Miguel Poiares. *A Constituição Plural: Constitucionalismo e União Europeia*. Princípa. Cascais, 2006. p. 225 e ss.

regimental do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Interessante notar que a estrutura organizacional IPHAN (que possui o *status* de autarquia federal ligada ao Ministério da Cultura) é composta por especialistas de diversas áreas ligadas ao patrimônio cultural, como História, Arquitetura e Meio Ambiente. No entanto, ignora-se a presença de representantes civis leigos interessados ou diretamente envolvidos com a matéria. No nosso entender, essa omissão acaba por comprometer a legitimidade das decisões do órgão que, no mínimo, poderia prever a possibilidade de assembleias públicas quando fosse o caso de reconhecer a notoriedade de um bem ou conjunto cultural edificado.⁴⁷⁵

No Brasil, uma das principais polêmicas em termos de discricionariedade administrativa em matéria de bens culturais diz respeito ao disposto na Lei 6.292/75 (Art. 1º).⁴⁷⁶ Essa norma estabelece que o tombamento só estará completo após homologação do parecer do respectivo Conselho Consultivo pelo ministro de Estado da Educação e Cultura, ou seja, ainda que o órgão técnico dê parecer favorável ao tombamento, este não se concretiza antes da sua homologação pelo Ministro da Cultura. E a dúvida está justamente aqui, quer dizer: cumprido todos os pressupostos processuais administrativos e diante do parecer favorável da Comissão Técnica que avaliou o mérito cultural do bem edificado em causa, está o Administrador obrigado a declarar o relevante valor cultural do objeto por via da sua inscrição no respectivo “Livro do Tombo”?⁴⁷⁷ O prof. Toshio Mukai, analisando um dos julgados tidos como referência em matéria de tombamento no Brasil, aponta a postura do STF, que vê o tombamento como um ato vinculado do Poder Público.⁴⁷⁸ Também os profs. Pontes de Miranda e José Celso Mello Filho, citados por Sônia Rabello de Castro,⁴⁷⁹ e ainda Hely Lopes Meirelles⁴⁸⁰ consideraram o ato de tombamento como um ato vinculado, portanto, sujeito estaria o Administrador a promover a respectiva inscrição. O fundamento jurídico, nesse caso, seria o mandamento constitucional que obriga a Autoridade Pública a tutelar os bens culturais do país. De fato, nesse ponto, concordamos com os autores citados, afinal não pode o Administrador ignorar o parecer do órgão especializado e se elidir da obrigação de salvaguarda dos bens que reconhecidamente demonstraram compor a identidade cultural da nação. No entanto, isso não significa que essa obrigação tenha que ser posta à frente das demais responsabilidades do Poder Público. Podemos dizer que nesse estágio, em que já foi reconhecido o mérito cultural do bem em causa, não havendo, no entanto, a manifestação da Autoridade administrativa no sentido de promover a sua devida inscrição no “Livro do Tombo”, ou estabelecer, por outra via, as regras para a sua proteção e promoção, não poderá o Administrador refutar o dito parecer, ficando ainda vinculado ao deveres de salvaguarda (disciplinados em lei) próprios do patrimônio cultural edificado e à responsabilidade pelos eventuais danos decorrentes de sua omissão. Divergimos, no entanto, quanto à vinculação do Agente público em determinar o tombamento

⁴⁷⁵ Na Alemanha, por exemplo, Antje Vollmer, vice-presidente do parlamento alemão [Bundestag], citada por Holtorf Cornelius, é uma grande defensora do diálogo que deve haver entre o Poder Público e os cidadãos sobre o que deve e como deve ser preservado o patrimônio cultural do país. Ela chega ao limite de dizer que a lista de bens classificados deve ser revista e posta a plebiscito a cada 10 anos, ou seja, a cada nova geração. Cf. HOLTORF, Cornelius. 2007. Op. cit. p. 36.

⁴⁷⁶ Art. 1º O tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), previsto no Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, dependerá de homologação do ministro de estado da Educação e Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo”.

⁴⁷⁷ Ou ainda, mesmo quando não seja o caso de um ato de tombamento, estaria o Administrador vinculado ao parecer do órgão especializado de modo a adotar as medidas de tutela e promoção por esse especificadas?

⁴⁷⁸ “No famoso caso do “Arco de Telles”, considerado o caso padrão na nossa jurisprudência sobre o tombamento, o STF firmou a tese de que, nos casos de tombamento, cabe ao Judiciário examinar-lhe o mérito. Não quanto à oportunidade e conveniência, que são critérios políticos; mas quanto à motivação, pois o tombamento é um ato administrativo vinculado. Em virtude do texto constitucional que fala em “proteção especial pelo poder público”, surge com realce o poder-dever, princípio especial do Direito Administrativo a ser considerado na atividade administrativa concernente ao assunto”. MUKAI, Toshio. 2003. Op. cit.

⁴⁷⁹ CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 86

⁴⁸⁰ “O tombamento realiza-se através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo”. MEIRELLES, Hely Lopes. 2004. Op. cit. p. 552.

do bem em causa. Como dito alhures, sendo esse ato administrativo apenas um dos meios de tutela dos bens culturais, possui o Administrador discricionariedade suficiente quanto à melhor oportunidade para promover o tombamento, se assim o entender, ou mesmo escolher outro meio que julgue mais adequado à salvaguarda, que não o inscrevendo no respectivo “Livro do Tombo”.

Ainda sobre a discricionariedade administrativa, podemos dizer que a atuação da Administração Pública, em termos de eleição e gestão do patrimônio cultural, passa por três estágios distintos ou oportunidades de realização. Primeiramente quanto à eleição dos bens sujeitos a serem resguardados. Como foi dito, o bem cultural possui valor em si, e não será um ato da Administração que irá conferir o seu mérito cultural como se esse não existisse até então. No entanto, é preciso haver um reconhecimento público com o propósito de identificar – *conferir certeza jurídica* – e estabelecer as medidas necessárias específicas para a salvaguarda do bem edificado em causa.⁴⁸¹ A prof^a. Sônia Rabello fala que aqui há uma discricionariedade técnica, em que a “Administração elege os critérios técnicos para determinação do que entende ser valor cultural.”⁴⁸² De nossa parte, acrescentaríamos a necessidade de participação popular nesse processo de eleição, que não é, ou não deveria ser, somente um processo técnico, afinal, a memória coletiva também deve ser apreendida sob uma perspectiva laica e espontânea da comunidade que a constrói.⁴⁸³

No Brasil, ainda que o tombamento seja encarado como único meio jurídico de tutela dos bens culturais edificados, não podemos ignorar que a própria Constituição discrimina outras possibilidades de efetivar essa salvaguarda (Art. 216 – Inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação) e não exclui ainda a possibilidade de inovação de meios adequados que possam melhor efetivar esse dever comum. Nesses termos, é que entendemos existir aqui uma ampla margem de decisão (segundo estágio de discricionariedade) que possibilita ao Administrador concretizar da maneira mais adequada e oportuna ao caso em espécie a proteção, e ainda, a potencialização na conservação, acesso, promoção e uso dos bens culturais edificados.

O terceiro estágio de discricionariedade do Administrador em matéria de patrimônio cultural está em conciliar e gerir os bens já reconhecidamente tomados como representantes da memória coletiva. Estamos nos referindo às decisões autorizativas de reparação e modificação dos bens culturais, e sua ambiência, quando requeridas pelos respectivos proprietários. A visão mais moderna de gestão desses bens pesa a favor da multiplicidade de usos e manutenção dos aspectos estéticos dos bens culturais. Trata-se de um exercício de equilíbrio que tem como extremos a superproteção apenas do aspecto estético (nesse

⁴⁸¹ O prof. Sêrvulo Correia esmiúça o conteúdo do ato administrativo declaratório e aponta que “a função própria dos actos administrativos (meramente) declarativos é a de verificar a existência de certas qualidades jurídicas preexistentes. Uma vez que as qualidades acertadas já existem, o sentido da verificação é apenas o de tornar certa e indiscutível essa existência. Elas não nascem com o acto administrativo. O acto não acrescenta qualquer qualidade às pessoas ou às coisas, cuja situação jurídica é constituída directamente pela lei”. CORREIA, José Manuel Sêrvulo. *Procedimento de Classificação de Bens Culturais*. In: Direito do Património Cultural. INA. Lisboa, 1996. p. 337.

⁴⁸² CASTRO, Sônia Rabello de. 1991. Op. cit. p. 88 e ss.

Também a prof. Carla Amado Gomes realça o aspecto técnico da seleção dos bens representativos da memória cultural coletiva, quando afirma que: “Não pode haver classificação [*tombamento*] contra um parecer técnico negativo, sob pena de nulidade do acto por falta de objecto”. Cf. GOMES, Carla Amado. 2005. Op. cit. p. 23.

⁴⁸³ Insta lembrar que, ainda que não esteja prevista na LPC ou na estrutura regimental do IPHAN a possibilidade de audiências públicas no processo de seleção dos bens culturais, a Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo) estabelece formas de participação popular nos processos administrativos de relevante interesse social, o que, no nosso entender, deveria ser trabalhado como forma de legitimar as decisões públicas voltadas para a proteção da memória coletiva que é mais viva e dinâmica quanto mais se aproxima dos agentes que a constroem.

caso, o patrimônio cultural não seria muito diferente de um cenário construído para o cinema) e a superproteção apenas do significado cultural do bem edificado (com o enrijecimento dos aspectos originais físicos e de uso). No Brasil, a Portaria nº 10, de 10 de setembro de 1986, estabelece os procedimentos a serem observados nos processos de aprovação de projetos a serem executados em bens tombados pelo SPHAN (atual IPHAN) ou nas áreas de seus respectivos entornos. Esta norma prevê que quaisquer obras de construção ou reconstrução, restauro, ampliação, nos imóveis inscritos em nível federal, devem se submeter à prévia aprovação daquele órgão. Nesse sentido, entendemos que o trabalho do IPHAN deve se dar em estreita parceria com os órgãos de gestão política. Como instituto essencialmente técnico, o papel do IPHAN é apenas o de emitir pareceres sobre aspectos estéticos, históricos, artísticos e culturais dos elementos envolvidos. No entanto, cabe ao Administrador público conciliar esse parecer com a necessidade de desenvolvimento urbano, qualidade de vida dos cidadãos e respeito ao meio ambiente.⁴⁸⁴ Posto isso, não há dúvidas de que as decisões referentes às ações de construção e manutenção dos bens culturais edificados giram em torno de uma margem de discricionariedade que é delimitada, a critério do juízo de oportunidade do agente público, pelos vários interesses culturais, econômicos, sociais e ambientais pertinentes a cada caso.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Nesse sentido, o administrativista italiano Massimo Severo Giannini realça a importância da aproximação entre os instrumentos de proteção dos bens culturais e os planos de urbanismo quando aponta que *Così come è vero che lo strumento di disciplina del mero bene culturale ambientale può rilevarsi insufficiente se non è inserito in uno strumento urbanistico vero e proprio*. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. 1976. Op. cit. p. 38.

3.1.1 A apreciação do tombamento pelo judiciário

Como ato típico administrativo, o tombamento está sujeito ao controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre todos os atos da Administração, inclusive este. Questões relacionadas a vício no processo administrativo precedente, ou ao não cumprimento dos requisitos técnicos necessários para apreensão do mérito cultural do bem em causa, bem como questões relacionadas ao desrespeito ao núcleo essencial do direito de propriedade, fruto de restrições graves impostas ao seu exercício, podem ser questionadas jurisdicionalmente tanto pela própria Administração Pública como por qualquer interessado.

Um ponto mais tormentoso, entretanto, volta-se para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa referente à matéria. Por envolver conceitos indeterminados e valores subjetivos, a proteção dos bens culturais deve sempre preceder de um laudo ou parecer de motivação, devidamente fundamentado, por parte do Poder Público. Motivação não é intenção, segundo o prof. Celso Antônio Bandeira

⁴⁸⁵ Infelizmente, o que se verifica no Brasil é que apenas o IPHAN detém o poder de autorizar as obras submetidas à sua autorização, não existem, na esfera federal, instrumentos que possibilitem maior interação entre este órgão técnico e as administrações locais onde se encontram os bens tombados.

de Mello:⁴⁸⁶ esta reside no âmbito psicológico interno do agente, enquanto aquela é a exteriorização das razões que impulsionaram determinada ação. Para que haja uma legítima confirmação judicial do mérito cultural envolvido numa lide dessa natureza, é essencial que as ações que se destinam à tutela cultural tenham fundamentação técnica e motivação política consistentes e pautadas pelos princípios basilares que regem a Administração, ou seja, a legalidade, a proporcionalidade, a moralidade administrativa, a razoabilidade e o interesse público.

Com vistas ao dever de proteção dos bens culturais dirigido à Administração, pode o Judiciário, verificado o mérito cultural e a necessidade de proteção de determinado bem edificado, determinar ao agente público que promova a devida tutela, não podendo, entretanto, determinar que o faça por meio do tombamento ou de outro instrumento protetivo específico. Essa decisão compete ao Administrador e, do contrário, estaríamos pondo em risco o princípio da separação de poderes.⁴⁸⁷ A proteção do patrimônio cultural é feita com base no dever-poder discricionário do Administrador e não com base em sua arbitrariedade. Cabe à esfera jurisdicional, apoiada nos pareceres técnicos e na motivação do Agente, distinguir apenas uma situação da outra.

⁴⁸⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. Malheiros. São Paulo, 2007.

⁴⁸⁷ Discordamos do prof. Toshio Mukai (MUKAI, Toshio, 2003. *Op. cit.*) que entende que o Judiciário não pode promover o tombamento de determinado bem cultural, não obstante possa determinar a Administração que o faça. Como dito, compete ao juízo de oportunidade do Administrador optar pelo meio que julgue mais adequado a promover a salvaguarda dos bens culturais em consonância com os demais interesses sociais envolvidos em cada caso.

Considerações Finais

O Brasil, comparativa e proporcionalmente, não possui um grande acervo cultural edificado como as nações do velho continente; os locais “reconhecidamente” históricos são pontuais e a projeção política das medidas em seu favor é bastante limitada. Se por um lado as ações nacionais têm pouca projeção e impacto social, por outro, as medidas locais são, em vários casos, impopulares e associadas ao congelamento do desenvolvimento e das possibilidades econômicas para os proprietários de bens culturais edificados.

Temos pouca tradição jurídica em termos de tutela do patrimônio cultural edificado. Nossa legislação é ultrapassada, inexata e dispersa. Não obstante nossa Carta Magna tenha o *status* de “Constituição Cultural”, também aqui encontramos algumas imprecisões terminológicas, certa banalização instrumental e alguma confusão na distribuição de competências, ainda assim, seria injusto não reconhecer os grandes avanços trazidos pelo Texto de 1988, principalmente quanto à universalização da matéria, reconhecendo o mérito cultural de todas as manifestações, *in verbis*, edificadas, representativas da memória cultural da nação.

O legislador ordinário precisa trabalhar melhor as distinções e os pontos de aproximação entre os bens culturais construídos e os bens naturais. A desordem que se verifica tanto na legislação pátria como na atuação administrativa, e que passa pelo tombamento de áreas florestais (quando tal instrumento não se presta a esse fim), além da inserção de dispositivos próprios de tutela do patrimônio cultural na legislação de crimes ambientais,

somente dificulta a compreensão e a eficiência na salvaguarda dos dois bens jurídicos postos em causa.

Não obstante os empecilhos legais, os tribunais do país, em suas diferentes instâncias, trazem um entendimento mais moderno, democrático e inclusivo dos direitos referentes ao patrimônio cultural, bem como é possível verificar maior coerência e flexibilidade em tratar as lides que envolvem o direito individual de propriedade e o direito ao patrimônio cultural edificado.

O patrimônio cultural é digno de ser tutelado como “direito social fundamental” independentemente de ter sido ele tombado ou não previamente; ou seja, o tombamento não é condição da ação que verse sobre a tutela dos bens culturais edificados. Tal ato público apenas confirma o mérito cultural em causa e especifica as medidas necessárias para a sua salvaguarda, não obstante elas sejam exigíveis de modo desvinculado ao tombamento anterior.

Pelas características próprias do Brasil, especialmente aquelas que apontam para um país em desenvolvimento e com grandes demandas sociais, a intervenção do Estado em favor do patrimônio cultural edificado se faz ainda essencial, não obstante seja importante uma gradativa inserção popular, com maior autonomia participativa, nas decisões que implicam a eleição e a gestão dos bens culturais edificados.

A seleção do patrimônio cultural, em nível federal, por via do tombamento, não prevê, segundo os instrumentos normativos que regulam a matéria, a participação das comunidades envolvidas diretamente com os bens culturais em causa. Esse desprezo compromete a eficácia dos planos de proteção por ignorar a importância da construção de um patrimônio cultural vivo e dinâmico, formado pela interação dos edifícios, conjuntos, e populações locais; por subestimar a importância em se ouvir os agentes mais próximos e responsáveis diretos pela proteção desses bens, no caso, os seus moradores; e por favorecer a especulação imobiliária, que se beneficia de possíveis valorizações venais dos edifícios (quando é o caso) arrematando-os e dando causa à “museificação” ou à eletização deles.

A questão da “máxima efetividade dos direitos fundamentais” deve ser posta à frente em todos os campos de tensão envolvendo o direito dos proprietários de bens culturais edificados e o bem jurídico “patrimônio cultural”, bem como os valores e interesses agregados a cada um desses polos, seja o meio ambiente, a religião, a moradia ou o urbanismo.

Não existe uma adequada interação entre os órgãos técnicos de gestão do patrimônio cultural edificado e o Administrador Público. Aquele, quando de âmbito federal (IPHAN), autoriza ou não as obras de construção ou manutenção dos bens tombados e

seu entorno, sem uma preocupação com as demais políticas públicas locais necessárias para a satisfação dos anseios coletivos e que implicam o desenvolvimento urbano, na qualidade de vida dos cidadãos e na proteção do meio ambiente. Ou seja, existe um descompasso entre o IPHAN, como órgão essencialmente técnico e com *status* federal, e os administradores municipais, responsáveis pelas políticas urbanas e o desenvolvimento local.

O tombamento é trabalhado quase que de forma exclusiva como única ferramenta legal de proteção dos bens culturais edificados no Brasil. Já se verifica uma preocupação institucional em reverter essa situação que, no entanto, parte mais das entidades civis de proteção dos bens culturais que propriamente dos órgãos públicos responsáveis pela sua gestão. Esses estão ainda essencialmente apoiados naquele instituto, tanto que, outras formas de acautelamento previstas constitucionalmente, como o inventário e o registro, sequer foram regulamentados no país.

O instituto da “indenização” é incompatível com a finalidade de preservação e valorização ininterruptas dos bens culturais edificados. Pretender indenizar previamente e em dinheiro os proprietários sujeitos às vinculações de ordem pública, voltadas para a salvaguarda desses bens, é criar uma ficção jurídica não existente em nosso ordenamento legal e desprezar o caráter de contínua manutenção dos bens culturais, que não se resolve com o pagamento de uma única parcela monetária ao seu proprietário.

Os incentivos e benefícios concedidos em favor da salvaguarda dos bens culturais edificados devem ter critérios essencialmente objetivos, desvinculados de repasses financeiros direcionados aos seus proprietários. Para que os recursos concedidos sejam realmente empregados na manutenção desses bens, de maneira contínua e sustentável, devem ser criadas condições para que torne interessante, economicamente, a proteção dos aspectos culturais da edificação pelos titulares do domínio. Falamos em isenções tributárias, linhas de crédito específicas para a reparação dos bens edificados, fornecimento de mão de obra e matéria-prima especializados, desenvolvimento do turismo local, políticas de manutenção dos moradores originais nos prédios de relevante valor cultural.

O “preservar por preservar” é inconcebível. O regime jurídico, o Poder Público e a sociedade devem fazer acompanhar a preservação de uma política educacional voltada para a inserção e a vivência do patrimônio, de modo a interligar a sociedade atual com o seu passado e criar os meios para que as gerações futuras também o façam. Não se trata de obrigar os indivíduos a apreciar os bens culturais, mas criar os meios e substratos necessários para que eles próprios optem por apreciar, dar valor e preservar, “ou não”, o que entendem ser importante para a formação de uma identidade social que seja transmitida à posteridade.

Referências

ALEXANDER, Gregory S. *Takings and The Post-Modern Dialectic of Property*. In: Constitutional Commentary. Vol. 2. nº 2. Minnesota, Summer/1992.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

ALIBRANDI, Tommaso e FERRI, Piergiorgio. *I Beni Culturali e Ambientali*. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1995.

ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. 46. n. 1. Coimbra, 2005.

ALLBY, Michael. *Concise Dictionary of Ecology*. Oxford. New York, 1994.

AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. n. 1. IDUAL. Coimbra, jun.1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

APLIN, Graeme. *Heritage - Identification, Conservation and Management*. Oxford University Press. New York, 2002.

- ARAÚJO, Fernanda. O actual regime jurídico da proteção e salvaguarda do património arquitectónico português. Património/Território - Interações. In: *RJUA*. n. 18/19. Coimbra. dez.2002/ jun.2003.
- ASHWORTH, Gregory e HOWARD, Peter. *European Heritage Planning and Management*. Ed. Intellect. Portland, 1999.
- ÁVILA, Juan Manuel. *Reconstrucciones de Monumentos e Interpretación Legal*. In: REDA. nº 116. Madrid, Octubre/Diciembre 2002.
- AYALA, Andoni Pérez. *Los Orígenes del Constitucionalismo Social. Una Aproximación desde una Perspectiva Histórico-Comparativa*. In: El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social. org. Miguel Ángel García Herrera. Ed. Universidad del País Vasco. Bilbao, 1997.
- AZEVEDO, Bernardo. Servidão de direito público. contribuição para o seu estudo. Coimbra: Coimbra, 2005.
- BALULA, Luís. A questão dos centros históricos e os novos "projectos de urbanismo comercial". In: *URBANISMO*. ano 1. Lisboa, outono/1998.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil - Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____ ; BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *RDE*. ano 1. n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERLINER HANDELS und FRANKFURTER BANK. *L'Etat social en crise?*. In: Problèmes économiques. nº 2360. 26 Janvier 1994;
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRITO, Luis Miguel Nogueira de. Sobre a legislação do património cultural. *Revista Jurídica*. n. 11 e 12. jan./jun. 1989.
- CABRAL, Margarida Olazabal. *Poder de expropriação e discricionariedade*. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. n. 2. dez.1994.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *Bens culturais, propriedade privada e liber-*

dade religiosa. Revista do Ministério Público. ano 16. n. 64. out./dez. 1995.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Juridicização da ecologia e da ecologização do direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente.* n. 4. Coimbra, dez.1995.

_____. *O Problema da responsabilidade do estado por actos lícitos.* Coimbra: Almedina, 1974.

CANTARINO, Carolina. Reportagem: Monumenta muda pelos moradores dos centros. *Revista Eletrônica do IPHAN.* n. 2. nov./dez. 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CAUPERS, João. *Estado de direito, ordenamento do território. direito de propriedade.* *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente.* n. 3. Coimbra, jun.1995.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Patrimônio histórico – tombamento – notificação – registro. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 119, jan./mar.1975.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CIANCIARDO, Juan. *El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales.* EUNSA. Navarra, 2000.

CORDERO, Jorge Sánchez. *The Legal Protection of Cultural Objects: Its Challenges and Limits.* In: *International Journal of Cultural Property.* Vol. 13. Issue 4. New York, 2006.

CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de bens culturais. restrições de utilidade pública. expropriações e servidões administrativas. In: *Direito do Património Cultural.* INA. Lisboa, 1996.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Procedimento de classificação de bens culturais.* In: *Direito do Património Cultural.* INA. Lisboa, 1996.

- COSTA, M. J. Almeida. Reflexões sobre a obrigação de indemnização – confrontos luso-brasileiros. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 134. n. 3931 e 3932. Coimbra, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. *Dicionário de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. Regime jurídico do tombamento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 112, abr./jun. 1973.
- CUNHA, Danilo Fontanele Sampaio. *Patrimônio cultural – proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- CUSTÓDIO, Jorge. De Alexandre Herculano à carta de Veneza (1837-1964). In: *Dar Futuro ao Passado*. Instituto Português do Património Arquitectónico e Arqueológico. Lisboa, 1993. p. 34-71.
- DELGADILLO, Norma Rojas. *Cultural Property Legislation in Mexico: Past, Present and Future*. In: *Art and Cultural Heritage - Law Police and Practice*. Cambridge University Press. New York, 2005.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; MENDES, Joana Maria Pereira. *Legislação ambiental - Sistematizada e Comentada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.
- DIAS, José Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. In: *Direito administrativo*. Coimbra: CEFA, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. Função social da propriedade pública. In: *Direito Público. estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. STVDIA IVRIDICA 57. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo: prazos e preclusões. as leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERREIRA, António Mega. *Amor*. Lisboa, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição Brasileira de 1988 – aspectos gerais*.

Revista da Ordem dos Advogados. ano 49. Lisboa, dez. 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Disciplina urbanística da propriedade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1980.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da precaução e o direito administrativo ambiental. In: *SCIENTIA IVRIDICA*. Tomo LVI. N. 309. Braga. jan./ mar. 2007.

FREY, Bruno S. ; OBERHOLZER-GEE, Felix. *Public Choice, Cost-Benefit Analysis, and the Evaluation of the Cultural Heritage*. In: Does the Past Have a Future? The Political Economy of Heritage. The Institute of Economic Affairs. Wiltshire, 1998.

FRIER, Pierre-Laurent. *Propriété Privée et Protection du Patrimoine Culturel*. In : L'Actualité juridique - Droit administratif. n° 20. Juin/1992 .

FURTADO, J. Pinto. Valor e eficiência do direito à habitação à luz da análise econômica do direito. In: *O Direito*. ano 124. Lisboa, out./dez.1992.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo. *I Beni Culturali*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubbico. n° 26. 1976.

_____. *Difesa dell' Ambiente e del Património Naturale e Culturale*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubbico. Ano XXI. Milano, 1971.

GOMES, Carla Amado. Desclassificação e desqualificação do património cultural: ideias avulsas. *Revista do Ministério Público*. ano 26. n. 101. jan./mar. 2005.

_____. Direito do património cultural, direito do urbanismo, direito do ambiente: o que os une e o que os separa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____. O património cultural na constituição (Anotação do Artigo 78º). In: *Perspectivas Constitucionais - anos 20 Anos da Constituição de 1976*. Separata do v. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

GOMES, Nuno Sá. Os incentivos fiscais na tributação do património cultural. *Revista de Direito da Universidade do Porto*. ano III. Coimbra: Coimbra, 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 14. ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- GRAU, Eros Roberto. O estado, a liberdade e o direito administrativo. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 97. jan./dez. 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública em matéria ambiental e denúncia da lide. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 97. jan./dez. 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*. Paidós Básica. Barcelona, 1999;
- HÄBERLE, Peter. *La Protección Constitucional y Universal de los Bienes Culturales: Un Análisis Comparativo*. In: Revista Espanhola de Derecho Constitucional. Ano 18. nº 54, Siptiembre/Diciembre, 1998.
- HOLTORF, Cornelius. *What Does Not Move Any Hearts - Why Should It Be Saved? The Denkmalpflegediskussion in Germany*. In: International Journal of Cultural Property. nº 14. 2007.
- HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. In: *Estado e Direito*. n. 07-10. Lisboa, 1991/1992.
- JEUDY, Henri-Pierre. *Espelho das cidades*. casa das palavras. Rio de Janeiro, 2005.
- JUSTO, A. Santos. *A propriedade no direito romano. reflexos no direito português*. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXV. Coimbra, 1999.
- LAIA, M. Roque. *Como decidir em conjunto*. 4. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1990.
- LEITE, José Rubens Morato Leite e DANTAS, Marcelo Buzaglo. Algumas considerações acerca do fundo para reconstituição dos bens lesados. In: *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*. n. 02. Coimbra, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais. teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- LOULASNKI, Tolina. *Revising the Concept for Cultural Heritage: The Argument for a Functional Approach*. In: International Journal of Cultural Property. nº 13. New York, 2006.
- LOUREIRO, João. *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*. STVDIA IVRIDICA, 61. Coimbra: Coimbra.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: *O Direito*. ano 126. n. 1 e 2. Lisboa, 1994.
- MACHADO, Santiago Muñoz. *La Resurrección de las Ruinas*. Ed. Cuadernos Civitas. Madrid, 2002.
- MADURO, Miguel Poiares. *A constituição plural: constitucionalismo e união europeia*. Cascais: Principia, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos - conceito e legitimação para agir. Revis-

ta dos Tribunais 4. ed. São Paulo, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal. temas de direito regulatório*. Org. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira Martins. *Dano qualificado contra o patrimônio cultural*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Inédita. Coimbra, 2000.

MARTINS, Rodrigo Baptista. *A propriedade e a ética do capitalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTORELL-CARREÑO, Alberto. *Cultural Patrimony and Property Rights in Peru*. In: Art and Cultural Heritage. Law Police and Practice. Cambridge University Press. New Your, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "Habeas Data"*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discrecionariiedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Tombamento e dever de indenizar*. *Revista de Direito Público*. ano XX. São Paulo, n. 81, jan./mar. 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MENEGUELLO, Cristina. *O Coração da cidade: observações sobre a preservação dos centros históricos*. *Revista Eletrônica do IPHAN*. n. 2, nov./dez. 2005.

MIRANDA, Jorge. *A Nova Constituição Brasileira*. In: *O Direito*. ano 122, I. Lisboa, jan./mar. 1990.

_____. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais* Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

- _____. *Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais*. In: *O Direito*. ano 138, IV. Lisboa, 2006.
- _____. *O património cultural e a constituição – tópicos*. In: *Direito do Património Cultural*. Ina.Lisboa, 1996.
- MIRANDA, Pontes. *Prólogo aos comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Borsoi, 1963.
- MORAIS, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORENO, Alonso Pérez. *El Postulado Constitucional de la Promoción y Conservación del Património Histórico Artístico*. In: *Revista de Derecho Urbanístico*. nº 119. Júlio-Agosto-Septiembre/1990.
- MORENO, Beatriz González. *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*. Ed. Civitas. Madrid, 2003.
- MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho*. 2ª ed. Ecorama. Granada, 1992.
- MUKAI, Toshio. A degradação do património histórico e cultural. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 234, out./dez. 2003.
- MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NAKAMUTA, Adriana Sanajotti. *A trajetória de preservação dos bens culturais móveis e integrados sob a ótica dos inventários: algumas reflexões*. In: *Cadernos de Trabalhos. Anais do IX Cidade Revelada - I Fórum Nacional de Conselhos de Património Cultural*. Itajaí: Maria do Cais, 2006.
- NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 75. Coimbra, 1999.
- _____. *Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural*. Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Coimbra: Coimbra, 2006.
- _____; SILVA, Suzana Tavares da. *Direito do património cultural – legislação*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Instrumentos jurídicos e financeiros de protecção do património cultural*. Coimbra: CEFA, 1998.
- _____. *Introdução ao direito do património cultural*. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Lisboa, 1990.
- NACIONES UNIDAS. *El Derecho Humano a Una Vivienda Adeuada*. Folleto Informativo nº

21. Geneva, 1994.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Medidas preventivas de planos urbanísticos e indemnização. In: *CEDOUA*. ano 1. n. 1. Coimbra, 1998.

_____. *O conteúdo da justa indemnização: a aplicação dos princípios perequativos*. In: Seminário Avaliação do Código das Expropriações. Leiria, 2003.

OLIVEIRA, Vicente del Rio Livia. *Percepção ambiental: a experiência brasileira*. São Carlos: UFSCar, 1996.

OLIVER, José Maria Boquera. *La Limitación de la Propiedad Urbanística segun la Constitución*. In: Revista de Derecho Urbanístico. nº 118. XXIV. Mayo-Junio/1990.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. Comemoração dos 70 anos da Lei de Proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro. O Projeto de Lei 47/2004 e os criminosos mineiros. *Estado de Minas*. B.H, 17 dez. 2007. Caderno Direito e Justiça.

PINTO, Paulo Mota; CAMPOS, Diogo Leite. Direitos Fundamentais “de terceira geração”. In: *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural*. *Revista de Informação Legislativa*. ano 38. Brasília, n. 151, jul./set. 2001.

PÓLO, Francisco José Astudillo. *El Estado del Bienestar: Notas sobre una Crisis*. In: Revista Luso-Espanhola de Direito Público. n. 11 – Lisboa, 1º semestre/1993.

PORTUGAL. Constituição Política da República Portuguesa de 19 de Março de 1933. Coimbra: Coimbra, 1945.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 36/90. *Inconstitucionalidade-de por Omissão. Consultas Directas aos Cidadãos a Nível Local*. In: O Direito. ano 122, I. Lisboa, jan./mar. 1990.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SABATER, José Asensi. *Cultura y Constitución. Una Propuesta Cultural en la Crisis*. In: Revista de Estudios Políticos. nº 35, Nueva Época. Madrid. Septiembre-October – 1983.

SANCHES, Luís Saldanha. O regime fiscal dos imóveis classificados. In: *Actas do Colóquio realizado em Monserate (Sintra)*. Edição: Câmara Municipal de Sintra. Sintra, 2006.

SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. Direito subjetivo e a função social da propriedade. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, n. 4, jul. 93/dez. 95.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SIDOU, J. M. Othon. *Mandado de Injunção y Habeas Data*. Trad. Héctor Fix-Zamudio. In: Boletim Mexicano de Derecho Comparado. Ano 24. nº 70. México, 1991.
- SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. v. 4. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Suzana Tavares da. Da “contemplação da ruína” ao património sustentável. contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. In: *CEDOUA*. ano V. n. 10. Coimbra, 2003.
- _____. Para uma nova dinâmica do património cultural: o património sustentável. In: *Direito do Património Cultural e Ambiental*. Câmara Municipal de Sintra. Sintra, 2006.
- _____. Reabilitação urbana e valorização do património cultural. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXXII. Coimbra, 2006.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. Acto administrativo. In: *SCIENTIA IURIDICA*. T. XXXIX. n. 23-28. Braga, jan./dez. 1990.
- _____. O conceito ocidental de constituição. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*. ano 1, n. 1. Macau, 1997.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Constituição e direito cultural (uma “revista” aos conceitos básicos). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 76, jan.93.
- STRECK, Lênio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. 41. n. 2. Coimbra, 2000.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TELLES, Antônio A. Queiroz. *Do tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: RT, 1992.
- TELLES, Augusto C. da Silva. Centros históricos: notas sobre a política brasileira de preservação”. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. n. 19, 1984.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O tombamento no direito administrativo e internacional*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 41. n. 163, jul./set. 2004.
- TORRÃO, Fernando. Sociedade de risco e oportunidade: a intervenção penal entre a tentação de um modelo repressivo e dos limites da proibição do excesso. In: *Lusíada*. n. 1 e 2. Coimbra: Coimbra, 2002.

VILLAVERDE, Ignacio. *La Inconstitucionalidad por Omisión de los Silencios Legislativos*. In: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. nº 9. Año 1996. Murcia.

ZANELLI, Pietro. *Regime Giuridico dei Beni Storico Artistico Appartenenti ad Enti Pubblici*. In: *Contratto e Impresa*. Ano 15. nº 2. Padova, 1999.

Este livro foi composto
na fonte Myriad Pro e Ottawa
e impresso na Coordenadoria de Imprensa e Editora | CIED
da Universidade Federal de Ouro Preto,
em março de 2010
sobre papel 100% reciclado, (miolo) 90 g/m² e (capa) 340 g/m².



ISBN 978-85-288-0052-4



9 788528 800524