

O patrimônio cultural municipal na Constituição Federal de 1988 e o tombamento compulsório como ato para preservação de imóveis nos municípios.

Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público - IDP como
exigência para a conclusão do Curso de
Especialização em Direito Público.

Brasília
2007

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 3 |
| Capítulo 1 - O Patrimônio Cultural na Constituição de 1988 | 9 |
| 1.1 Bens culturais | 9 |
| 1.2 Valor e significação dos bens culturais | 11 |
| 1.3 Valor cultural do bem como dado de realidade | 13 |
| 1.4 Patrimônio cultural e função social da propriedade | 14 |
| 1.5 Competência material dos municípios para proteção de patrimônio cultural | 16 |
| 1.6 Patrimônio cultural e a comunidade municipal como um dos grupos formadores da sociedade brasileira | 18 |
| 1.7 Poder Público e obrigação de promover a proteção do patrimônio cultural nacional | 19 |
| Capítulo 2 - A Constituição de 1988 e o Tombamento como Modalidade de Preservação do Patrimônio Cultural Municipal | 21 |
| 2.1 A lei geral e sua previsão constitucional | 21 |
| 2.2 Competência legislativa dos municípios para editar leis de tombamentos | 22 |
| 2.3 Modalidades de tombamento na lei geral do tombamento (Decreto-lei nº 25, de 1937) e tombamento compulsório | 27 |
| 2.4 Tombamento como modalidade distinta da servidão e da limitação administrativa | 28 |
| 2.5 Natureza declaratória do reconhecimento de valor cultural-requisito para tombamento | 31 |
| 2.6 Presunção do valor cultural do bem atingido como efeito do tombamento | 40 |
| 2.7 Poder de polícia, tombamento e demais efeitos | 41 |
| 2.8 Proteção judicial ao patrimônio cultural | 46 |
| CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS | 52 |

INTRODUÇÃO

Considerando as peculiaridades do Estado Brasileiro, que imediatamente recorda uma mesclagem de raças e de culturas que resultaram em imensa diversidade, é forçosa a conclusão de que a formação do patrimônio cultural nacional não pode negligenciar aspectos locais.

Pode-se perfeitamente estender ao âmbito de todo o País o que Jorge Amado escreveu ao se referir à cidade de Salvador: “personagens os mais variados, que juntos dão a imagem real e mágica desta terra e do povo que a habita, da mistura de sangue, de raças, de culturas que faz a nossa originalidade mestiça”¹.

A diversidade, característica sempre propalada e que exige preservação, torna o patrimônio cultural nacional muito maior do que o conjunto dos bens que hoje são reconhecidos como tais pelos Poderes Públicos de todas as entidades da Federação Brasileira.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN e os seus congêneres estaduais vêm atuando na preservação de um patrimônio cultural no âmbito de suas respectivas atribuições.

No entanto, o mesmo não se observa na maioria dos municípios, principalmente nos médios e pequenos, que mais facilmente ficam submetidos à ignorância de detentores de mandatos eletivos e, conforme referido por Vladimir

¹ AMADO, Jorge. Bahia de todos os santos: guia de ruas e mistérios; ilustrações de Carlos Bastos. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, apresentação.

Passos de Freitas², à ausência de pessoal qualificado e à pressão de grupos econômicos avessos a quaisquer restrições ao direito de propriedade.

Sérgio Buarque de Holanda³ indica raízes históricas para uma concepção de auto-suficiência-individualista que permeia uma sociedade tão avessa a uma auto-organização na defesa de seus próprios interesses.

Cyro Corrêa Lyra⁴ alerta para o desaparecimento e a mutilação dos marcos referenciais em municípios do Estado do Rio de Janeiro, situação mais grave naqueles que não possuem qualquer legislação protetora para os seus patrimônios culturais locais.

A rápida destruição de um acervo imobiliário portador de relevância cultural é uma realidade que preocupa especialistas.

O patrimônio ambiental, natural e cultural, assim, é elemento fundamental da civilização e de cultura dos povos, e a ameaça de seu desaparecimento é assustadora, porque ameaça de desaparecimento a própria sociedade. Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida. Um povo sem cultura ou dela afastado, é como uma colméia sem abelha rainha, um grupo sem norte, sem capacidade de escrever sua própria história e, portanto, sem condições de traçar o rumo de seu destino.⁵

Tem-se por necessária uma mudança na forma de encarar a questão, conferindo maior relevância à preservação cultural no âmbito dos municípios.

2 FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

3 "Efetivamente, as teorias negadoras do livre-arbítrio foram sempre encaradas com desconfiança e antipatia pelos espanhóis e portugueses. Nunca eles se sentiram muito à vontade em um mundo onde o mérito e a responsabilidade individuais não encontrassem pleno reconhecimento. Foi essa mentalidade, justamente, que se tornou o maior óbice, entre eles, ao espírito de organização espontânea, tão característica de povos protestantes, e sobretudo calvinistas. Porque, na verdade, as doutrinas que apregoam o livre-arbítrio e a responsabilidade pessoal são tudo, menos favorecedoras da associação entre os homens. Nas nações ibéricas, à falta dessa racionalização da vida, que tão cedo experimentaram algumas terras protestantes, o princípio unificador foi sempre representado pelos governos. Nelas predominou, incessantemente, o tipo de organização política artificialmente mantida por uma força exterior, que, nos tempos modernos, encontrou uma das suas formas características nas ditaduras militares." HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. Organização de Ricardo Benzaquem de Araújo e Lília Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 27.

4 LYRA, Cyro Corrêa. Documenta Histórica dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Documenta Histórica, 2006, p. 7.

5 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

Vale observar a consideração de Maria Cecília Londres Fonseca no sentido de que a construção do patrimônio cultural nacional enfrenta como um de seus desafios a indicação de bens cuja significação “funcione como propiciadora de um sentimento comum de pertencimento, como reforço da identidade nacional”⁶:

No caso da política federal de preservação, os cerca de mil bens tombados (incluindo-se aí desde monumentos isolados a conjuntos da extensão do Centro Histórico de Salvador, com aproximadamente trezentos imóveis, e cidades inteiras, como Ouro Preto, Tiradentes, Olinda, Antônio Prado) funcionam mais como símbolos abstratos e distantes da nação do que como marcos efetivos de uma identidade nacional com que a maioria da população se identifique, e que integrem a imagem externa do Brasil.⁷

Não se pode perder de foco a realidade de que normalmente o sentimento mais forte de pertencimento e de identificação do cidadão é com a cidade onde nasceu ou onde vive.

A proteção ao patrimônio cultural brasileiro não pode olvidar as características locais, pois não será suficientemente efetiva enquanto não focada na valorização e na proteção de uma diversidade cultural só perceptível em âmbito local, na esfera dos municípios.

Caso contrário, o patrimônio cultural imobiliário brasileiro permanecerá como algo restrito a determinadas comunidades, de alguns poucos locais indicados pelo Poder Público, distante do comum dos cidadãos: permanecerá uma mera imagem artificial de um patrimônio cultural nacional.

Outro aspecto digno de observação é que a importância da preservação de um patrimônio cultural, a exemplo do que no final da Década de 40 do Século

6 FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: UFRJ; MinC-Iphan, 2005, P. 22.

7 FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: UFRJ; MinC-Iphan, 2005, p. 26.

Passado Victor Nunes Leal⁸ já considerava com relação a outras esferas da atuação administrativa, está, cada vez mais, a extrapolar o âmbito local.

Os bens alçados à categoria de relevantes para a cultural nacional, via de regra, são também culturalmente relevantes para o estado federado e para o município de sua localização.

Normalmente, antes de um bem ser importante para a comunidade nacional, ele o é para a estadual e para a local.

A não preservação pelos municípios propicia o desaparecimento de bens culturais que poderiam ser reconhecidos como de relevância nacional.

Vale, ainda que óbvio, ressaltar a realidade dinâmica que, com o passar do tempo, transforma em nacionalmente relevantes bens que antes não eram valorizados como representações culturais dignas de proteção pelos técnicos de órgãos federais, mas que eram reconhecidos como tais pelas comunidades locais.

Ana Lúcia Goelzer Meira observa que “como muda a sociedade e mudam os seus valores, o que é considerado patrimônio cultural se modifica – é construído e reconstruído permanentemente”.⁹ A autora, a título de exemplificação, apresenta a seguinte nota:

Um exemplo dessa questão, em Porto Alegre, é o acervo de edificações representativas do eclétismo que não era valorizado pelos arquitetos modernistas e que, a partir da década de 1970, passou a ser valorizado e inclusive tombado como patrimônio federal, estadual e municipal (antiga

8 Com enfeito, observa-se o seguinte trecho do autor: “Precisar quais devam ser, numa boa organização administrativa, as atribuições municipais, é tarefa de extrema dificuldade. As indicações muito gerais pouco esclarecimento podem trazer. Quando se diz, por exemplo, que devem caber ao município as tarefas de natureza local, ou do seu peculiar interesse, resta ainda definir o conceito auxiliar tomado como referência. A dificuldade aumenta quando se observa que certos assuntos, que ontem só diziam respeito à vida de um município, podem hoje interessar a diversos, a todo um Estado, ou mesmo ao país inteiro. Essa variação, no tempo, da área territorial sobre a qual repercute um grande numero de problemas administrativos torna muito relativa a noção de peculiar interesse do município, ou de interesse local, perturbando a solução do assunto no terreno doutrinário.” LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 79-80.

9 Meira, Ana Lúcia Goelzer. O passado no futuro da cidade: políticas públicas e participação dos cidadãos na preservação do patrimônio cultural de Porto Alegre. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 15.

sede dos Correios e Telégrafos, atual MARGS, antiga Cervejaria Brahma, etc.).¹⁰

Assim, a preservação do patrimônio cultural no âmbito dos municípios não pode ser negligenciada. Interessa a todos os brasileiros.

A omissão dos poderes públicos municipais na defesa de um patrimônio cultural local tem causado danos irreparáveis.

O estudo teve por objetivo considerar a realidade acima e verificar como a questão pode ser juridicamente equacionada, investigando as possibilidades interpretativas para uma maior efetividade na proteção a um patrimônio cultural imobiliário, que é reconhecido como tal pelas populações sem que os Poderes Públicos adotem qualquer providência no sentido de protegê-lo.

O enfoque no instituto do tombamento se justifica pois esta é a forma mais utilizada para a proteção do patrimônio cultural material em todos os níveis da federação.

O tombamento é a modalidade de preservação que é objeto da mais ampla legislação e que, portanto, se constitui na forma mais efetiva para a preservação ao patrimônio cultural nacional.

Enfim, nossa preocupação volta-se principalmente para os municípios que não possuem legislação protetora de seu patrimônio cultural imobiliário; que não produzem atos para o tombamento de bens e; cujas populações desoladas testemunham o rápido desaparecimento dos marcos característicos de sua formação histórico-cultural, a despeito dos termos da Constituição Federal.

Pretendeu-se, com base na doutrina nacional, investigar as características do ato administrativo do tombamento diante do atual texto constitucional, para tentar

10 Meira, Ana Lúcia Goelzer. O passado no futuro da cidade: políticas públicas e participação dos cidadãos na preservação do patrimônio cultural de Porto Alegre. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 15.

definir o grau de efetividade da proteção que o ordenamento jurídico confere aos imóveis portadores de relevância cultural local e que não são objeto de preservação em razão de omissão injustificada dos poderes públicos municipais.

Estaria tal patrimônio cultural não tombado pelo Poder Público desprovido de qualquer proteção jurídica? Queremos entender que não e que o ordenamento jurídico confere meios de atuação para a sua preservação, intimamente relacionada com a própria cidadania.

A situação parece demandar uma maior atividade do cidadão, individualmente ou por meio de entidades de defesa da cidadania.

Capítulo 1

O PATRIMÔNIO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 Bens culturais

Há bens cujo reconhecimento de seu valor cultural, para o fim de uma especial proteção por parte da sociedade e dos poderes públicos, se impõe como evidente.

São bens a respeito dos quais se pode afirmar, com apoio em Miguel Reale, que “se todos os homens são diversos, mas chegam à mesma afirmação a respeito de ‘algo’ percebido, é porque existe em ‘algo’ elementos estáveis, não subordinados às variações subjetivas”.¹¹

Ora, se a unanimidade das pessoas de uma comunidade ou, pelo menos, a esmagadora maioria delas reconhece determinados bens como portadores de um “algo” a mais, que seria um relevante significado cultural, a preservação destes, em princípio, se impõe, a despeito até da inércia do poder público.

Não se ignora que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural de uma comunidade é talvez a questão mais relevante para

11 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

efetivação de sua proteção e que tem como complicador a difícil definição do termo cultura.¹²

É evidente que o ordenamento jurídico não protege toda manifestação cultural tomada em sentido antropológico amplo e que englobaria toda e qualquer atividade ou obra humana.

Carlos Marés de Souza Filho¹³ observa que a preservação deve ser criteriosa e não pode abranger o conjunto indiscriminado das manifestações culturais, sob pena de se tentar estabilizar um processo cuja característica é a dinamicidade e assim prejudicar a própria produção cultural.

O processo cultural, como todo processo humano, é dinâmico.

Ainda no sentido da necessidade de uma criteriosa avaliação para definir quais bens seriam portadores de relevância, José Afonso da Silva¹⁴ alerta que a inclusão daqueles sem expressão cultural no rol dos que devam ser preservados é um fator que deve ser evitado.

12 "Poucos conceitos são de elucidação tão difícil quanto o conceito de cultura. Isso se deve não à dificuldade intrínseca de analisar um determinado fenômeno objetivo chamado 'cultura', mas à própria complexidade de sua história como conceito, que impossibilita qualquer fácil acesso a seu significado. Assim, é seguindo sua história como conceito e distinguindo as diversas experiências que contribuíram para sua formação que se esclarecerão seus diferentes significados e as origens de uma série de conceitos de cultura. Em outras palavras, pode-se dizer que o termo 'cultura' é ele próprio cultural, na medida em que, como produto de um desenvolvimento histórico, de um diálogo da sociedade consigo mesma, ele traz as marcas de sua formação [...]." Vivian. A presença do povo na cultura brasileira: ensaio sobre o pensamento de Mário de Andrade e Paulo Freire. Tradução de Frederico Carotti. Campinas: Unicamp, 1990, p. 21.

13 "A preservação do meio ambiente, natural e cultural, não pode ser global, porque isto implicaria impedir qualquer intervenção antrópica modificativa do meio ambiente e manteria estático o processo cultural. Preservar toda intervenção cultural humana na natureza ou toda manifestação cultural é um absurdo e uma contradição, porque à guisa de proteger as manifestações passadas, se estaria impedindo que a cultura continuasse a se manifestar. Implicaria não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocado o meio ambiente natural, seria matar a vida. Se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas, não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social." SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

14 "Cabe, no entanto, observar que a defesa e a proteção do patrimônio cultural tanto se realizam pela inclusão nele e preservação de bens que tenham efetivamente valor cultural quanto pela não-inclusão de bens sem expressão cultural. Deforma o patrimônio cultural integra nele elemento inexpressivo, como também o deformam as restaurações abusivas, as reconstruções e as réplicas. SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153.

Somente as manifestações culturais que possam ser enquadradas em algum dos conceitos expressos no artigo 216 da Constituição Federal¹⁵ são dignas de proteção e é com relação a estas manifestações que utilizamos a expressão patrimônio cultural.

1.2 Valor e significação dos bens culturais

Adotando-se ensinamento de Miguel Reale, observa-se que o “bem cultural apresenta sempre dois elementos: - ao primeiro chamaremos de ‘suporte’, e ao segundo de ‘significado’, sendo este a expressão particular de um ou mais valores”.¹⁶

Bem a propósito, é José Afonso da Silva quem observa que os valores fazem parte da realidade e apenas abstratamente podem ser concebidos como objetos independentes: “são projeções do espírito humano que impregnam de sentido, de valorações, o mundo do ser.”¹⁷

Ainda segundo Miguel Reale¹⁸, os bens culturais devem não apenas ser explicados, mas compreendidos, o que envolve a análise de um elemento valorativo ou axiológico que lhe confere um sentido ou um significado especial.

15 “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;

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

16 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223.

17 SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

18 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251-252.

Se arrancarmos o elemento valorativo do mundo da cultura, nada terá sentido. Groethuysen, discípulo ilustre de Dilthey, dá-nos exemplo interessantíssimo, mostrando o que representa o elemento estimativo na compreensão dos fenômenos culturais.

Imaginemos, diz ele, que repentinamente, a Humanidade se torne insensível, sem vibrações estéticas, por ter-se-lhe obliterado o sentido do belo. Que representariam então os museus, como o Louvre, ou o do Vaticano? Uma coleção de coisas, uma reunião de objetos em que nada vibra. Pedacos de granito ou de mármore, blocos de bronze, retalhos de telas, algo que se parte, que se fragmenta. Poder-se-ia 'explicar' o material todo, mas já se não poderia 'compreender'. O elemento axiológico é a essência da compreensão da cultura. No fundo, cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os.¹⁹

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, com uma concepção abrangente de um meio ambiente integrado da natureza e das modificações que nela introduzem os seres humanos, considera que “para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo”²⁰.

Os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. A razão cultural da obra de arte não está no suporte nem nas tintas, mas na imaterialidade complexa deles criada. Uma casa, beleza natural, objeto ou instrumento tem valor cultural não pelo material com o qual estão construídos, mas pelo que evocam, seja um estilo, um processo tecnológico ou um fato histórico. A última casa de adobe de uma região não será preservada por ser de adobe, mas porque, sendo de adobe e última, é uma referência a um processo construtivo, portanto cultural.²¹

Segundo ainda Carlos Frederico Marés de Souza Filho²², os bens culturais têm um valor intrínseco que os diferencia dos demais e que se constitui em pré-requisito para a sua proteção.

19 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 255.

20 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15.

21 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48.

22 “A resposta ou explicação ao fenômeno jurídico do tombamento e sua inserção no sistema jurídico há de se dar pela análise do próprio bem protegido, e não do ato que o reconhece. Todos os bens socioambientais, e não só os culturais, têm valor intrínseco que os diferencia dos demais, porque têm agregada a si uma qualidade que os faz excepcionais. Esta qualidade não é agregada pelo Poder Público quando declara de preservação ou o tomba, mas ao contrário, o Poder Público fica compungido a declarar sua preservação porque o bem já tinha adquirido esta qualidade ou porque é portador de referência cultural ou porque garante a biodiversidade. O bem não se torna relevante para a sociedade e seu ambiente porque o Poder Público, por ato administrativo, assim entende; ao contrário, porque é relevante para a sociedade e seu ambiente, cumpre ao Poder Público emitir o ato administrativo. Desta forma, apesar da semelhança com a limitação administrativa e mesmo com a servidão, a proteção dos bens socioambientais com elas não se confunde.” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27.

1.3 Valor cultural do bem como dado de realidade

Não é o Poder Público que confere a um bem característica de patrimônio cultural. Pelo contrário, é por ser patrimônio cultural que o Poder Público fica compungido a reconhecer o seu valor e atuar na sua preservação.

Assumindo-se o entendimento de que o enquadramento de determinado bem como patrimônio cultural decorre de seu valor intrínseco e independe de qualquer declaração do Poder Público, parece-nos forçoso concluir que o relevante valor cultural nada mais é do que uma característica do bem.

A proteção mediante a caracterização de um bem como cultural depende assim de sua valoração, o que envolve uma aferição não somente do seu aspecto estético, mas também do significado que uma comunidade humana lhe confere, como portador de referência à sua própria identidade.

É portanto o significado que determinado bem assume para uma comunidade humana que lhe confere a característica de patrimônio cultural, passível de preservação.

Conforme considerado, o valor cultural é “algo” que se agrega a determinado bem e que lhe passa a ser inerente.

Em outros termos, o valor cultural é uma característica que determinado bem possui em razão de sua especial relevância para uma comunidade, que tem assim legítimo interesse na sua preservação.

1.4 Patrimônio cultural e função social da propriedade

Carlos Frederico Marés de Souza Filho²³ expressa o entendimento de que a existência de bens de interesse cultural tem dado margem ao aparecimento de uma categoria distinta, identificada como “bens de interesse público”, sujeitos a restrições bem mais profundas do que a mera limitação em razão do interesse social.

Não se nega que o bem de interesse cultural possa ser qualificado como bem de interesse público, no entanto compreende-se que as restrições decorrentes de sua especial qualificação não deixam de ser decorrência do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, no que estabelece que a “propriedade atenderá a sua função social”.

O artigo 170 da Constituição estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, com observância aos princípios da propriedade privada e de sua função social.

Conforme considerado, a função social de um bem alçado à categoria de patrimônio cultural é uma decorrência de sua própria e especial simbologia para a comunidade na qual inserido.

O atendimento à função social é a restrição ao direito de propriedade que encontra respaldo na Lei Fundamental. Extraíndo-se a função social que, como já

23 “A limitação imposta a estes bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis suas propriedades, enquanto as limitações impostas a estes bens de interesse público são muito mais profundas porque modificam a coisa mesma, passando o Poder Público a controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social e o próprio Poder Público.” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p.23.

considerado, vem cada vez mais se agigantando, tem-se o direito de propriedade com a sua clássica característica de absoluto²⁴.

Vale lembrar que o direito de propriedade se enquadra como direito individual fundamental, com características de cláusula pétrea, cujo exercício, portanto, é passível apenas de regulação.

Victor Nunes Leal, diante do Julgamento do Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível nº 7.377 observou o seguinte:

[...] Por mais extensas que sejam estas limitações, uma vez que, apesar delas, ainda resta um resíduo inerente ao direito de propriedade, atendida estava a Constituição. O seu art. 122, nº 14, ao mesmo tempo que garante o direito de propriedade, permite às leis 'que lhe regularem o exercício', definir o conceito 'e os limites' do próprio direito de propriedade.²⁵

Comentando o inciso II do artigo 5º da Constituição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶ observa que os atos administrativos que visem impor restrições ao exercício de direitos somente são válidos se previstos em lei formal ou em diplomas normativos com idêntica força como medida provisória ou lei delegada. Trata-se de questão de legalidade estrita.

Concluindo: perante o direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade continua presente na Constituição tal como previsto na redação original dos artigos 37, caput, e 5º, II. Em conseqüência, a discricionariedade continua sendo um poder jurídico, ou seja, um poder limitado pela lei. A legalidade é estrita quando se trata de impor restrições ao exercício dos direitos individuais e coletivos e em relação àquelas matérias que constituem reserva de lei, por fora de exigência constitucional. Em outras matérias, pode-se falar em legalidade em sentido amplo, abrangendo os atos normativos baixados pelo Poder Executivo e outros entes com função dessa natureza, sempre tendo-se presente que no direito brasileiro não têm fundamento os regulamentos autônomos, que inovam na ordem jurídica, criando direito ou impondo obrigações sem prévia previsão em lei (Di Pietro, 2001:87). Por outras palavras, o grau de discricionariedade continua a depender da forma como a competência legislativa é atribuída ao legislador. E a discricionariedade continua a ser poder jurídico, porque exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios

24 "Entende-se que o direito de propriedade é absoluto no sentido de que o proprietário tem sobre aquilo que é o seu mais amplo poder jurídico, usando e desfrutando a coisa da maneira que lhe aprouver." RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: Direito das coisas. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5, p. 78.

25 LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. Problemas de direito público. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 242.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos do cidadão em face do poder público.²⁷

Neste sentido, toda e qualquer restrição ao direito de propriedade somente pode decorrer de lei que encontre fundamento na sua função social ou da própria Constituição.

Lei que restrinja o direito de propriedade por razão outra que não o atendimento à função social não encontraria respaldo constitucional.

A preservação do patrimônio cultural está de acordo com a função social da propriedade e é matéria especialmente relevante pois, também ela, possui respaldo específico na própria Constituição Federal.

1.5 Competência material dos municípios para proteção de patrimônio cultural

O artigo 23 da Constituição Federal, em seu inciso III, traça como competência material comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a proteção dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos.

Estabeleceu-se assim uma divisão aparentemente óbvia, segundo a qual à União cabe a defesa dos bens portadores de relevância cultural nacional, aos estados a dos bens culturais de relevância própria e aos municípios a dos bens culturais de relevância local.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 64-65.

Tem-se o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal como muito esclarecedor ao estabelecer uma cooperação entre os entes federados em matéria de proteção ao patrimônio cultural.

O inciso IX do artigo 30 da Constituição confere competência específica ao município para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

O artigo 215 da Constituição impõe ao Estado a obrigação de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura.

A norma da Constituição Federativa não retrata o patrimônio cultural municipal ou o estadual como menos importantes do que o conjunto de bens declarados por órgão federal como patrimônio cultural nacional. Todos merecem igual proteção, pela sua mera característica de patrimônio cultural.

José Afonso da Silva, comentando a redação original do § 4º do artigo 18 da Constituição Federal (alterado pela Emenda nº 15, de 1996), que fazia referência à necessidade de se preservar a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano quando da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, considerou o objetivo, que não deixou de estar presente no ordenamento, de se evitar o desaparecimento de “valores culturais que dão características especiais a toda ou a parte expressiva de núcleos urbanos”.²⁸

Bastante interessante para uma maior integração e efetividade nas atividades dos entes federados relativas à proteção do patrimônio cultural brasileiro como um todo, é a sugestão de Paulo Affonso Leme Machado no sentido da conveniência da criação de um “Sistema Nacional de Conservação do Patrimônio

28 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 409.

Cultural” que, respeitando as autonomias próprias de cada um, “economizaria investimentos e integraria as ações, ensejando um planejamento e uma gestão cultural compartilhados”²⁹

1.6 Patrimônio cultural e a comunidade municipal como um dos grupos formadores da sociedade brasileira

O artigo 216 da Constituição Federal, no que ora importa, indica como 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.

José Afonso da Silva³⁰ observa quanto ao referido dispositivo constitucional que patrimônio cultural brasileiro significa não só o patrimônio cultural considerado pela União, mas também o estabelecido pelos demais entes políticos. A reforçar esta compreensão, refere-se à presença da expressão poder público como abrangente de todas as esferas políticas para promover e proteger o patrimônio cultural.

Extraí-se do texto constitucional uma preocupação com a preservação de patrimônio cultural que retrate a diversidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Ora, sendo o Município a célula básica do Estado Federativo Brasileiro, local onde historicamente se posicionou uma população que desenvolveu características próprias que lhe conferem identidade diferenciadora das demais, não há como se excluir o bem cultural municipal do conceito de patrimônio cultural brasileiro,

29 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 925.

30 SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

portador, portanto, de referência à identidade, à ação, à memória de um diferente grupo formador da sociedade brasileira, a respeito do qual, segundo o § 1º do referido artigo 216, o poder público, primordialmente, promoverá e protegerá, com a colaboração da comunidade.

Desta forma, a comunidade municipal, com as suas peculiaridades históricas, não pode deixar de ser considerada como um dos grupos formadores da sociedade brasileira, portador de um patrimônio cultural próprio, que exige proteção na forma do artigo 216 da Constituição Federal.

1.7 Poder Público e obrigação de promover a proteção do patrimônio cultural nacional

Quanto às expressões constantes do § 1º do artigo 216, José Afonso da Silva³¹ observa que a promoção de um patrimônio cultural é a sua formação por meio da definição dos bens que o integram e a proteção envolve os meios de acautelamento, para que referidos bens não deteriorem.

Nota-se na redação do dispositivo constitucional que a promoção e a proteção dos bens culturais é uma atribuição conferida primordialmente ao Poder Público, cabendo à comunidade uma atividade de colaboração.

Para o Poder Público há uma imposição decorrente da utilização de verbos no imperativo (“promoverá” e “protegerá”); a comunidade poderá colaborar.

31 SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

De qualquer forma, o fim público a ser buscado é a proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Para tanto, o Poder Público tem também a obrigação de se valer de meios para descobrir e declarar os bens que se revistam de valor cultural.

Bem mais claro neste sentido é o inciso IX do artigo 30 da Constituição, que confere competência aos municípios para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

O § 1º do artigo 216 da Constituição estabelece o tombamento como uma das formas de promover e proteger o patrimônio cultural, ao lado dos “inventários, registros, vigilância e desapropriação” e de “outras formas de acautelamento e preservação”.

Capítulo 2

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O TOMBAMENTO COMO MODALIDADE DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL MUNICIPAL

2.1 A lei geral de tombamento e sua previsão constitucional

O § 1º do artigo 24 da Constituição de 1988 conferiu à União competência para ditar as normas gerais no âmbito da legislação concorrente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII).

O inciso I do artigo 22 da Constituição estabelece competir privativamente à União legislar sobre direito civil.

Conseqüentemente, compete à União legislar privativamente sobre restrições ao direito da propriedade imobiliária.

Assim, como norma geral de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, o Decreto-Lei nº 25, de 1937, que é relativo ao tombamento de bens móveis e imóveis, restrição ao direito de propriedade, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e se aplica no âmbito dos municípios.

A edição do Decreto-Lei nº 25, de 1937, trouxe benefícios admiráveis no sentido da preservação de um patrimônio cultural brasileiro e se constituiu em um diploma normativo bastante avançado para a sua época.

No entanto, o referido Diploma Legal merece ser interpretado conforme a atual Constituição. Alguns de seus dispositivos não são aplicáveis, sob pena de se

negar o direito a um patrimônio cultural próprio para as comunidades municipais nas quais os poderes públicos permanecem omissos sobre a questão.

2.2 Competência legislativa dos municípios para editar leis de tombamento

Observa-se um dissenso quanto à competência de o município legislar sobre proteção ao patrimônio cultural local, diante da constatação de que este Ente não figura no *caput* do artigo 24 da Constituição.

Parte dos doutrinadores entende que, em se tratando de assunto de interesse local, esta competência adviria do artigo 30 da Constituição, a exemplo de José Afonso da Silva³², Lúcia Valle Figueiredo³³ e de Carlos Frederico Marés de Souza Filho³⁴. Outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵ e Diógenes Gasparini³⁶,

32 "A competência legislativa concorrente figura no art. 24 da Constituição, onde, relativamente à cultura, se declara competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: 1) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); 2) responsabilidade por dano a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; 3) educação, cultura, ensino e desporto (inciso IX). Os Municípios, como se vê do *caput* do art.24, não estão contemplados nas regras de competência legislativa concorrente. Mas eles, a rigor, não estão fora inteiramente desse contexto, porque a eles é prevista competência para a proteção da cultura como vimos acima. Ora, tendo em vista isso e mais as normas de distribuição de competência a eles no art. 30, vamos ver que lhes resta área de competência concorrente. A eles cabe legislar supletivamente à legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II), vale dizer, naquilo em que se dá a eles possibilidade de atuar; esse aspecto está consignado no mesmo art. 30, IX, onde se lhes dá a competência para promover a fiscalização do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federais e estaduais. Aí está: se se reconhece a existência de um patrimônio cultural local, que só pode ser patrimônio cultural municipal, então é que, por essa via, se lhes outorga competência legislativa para normatizar sobre tal patrimônio". SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43-44.

33 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

34 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 120.

35 "O artigo 23, inciso III, da mesma Constituição, inclui entre as funções de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. E o artigo 24, inciso VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, o que significa que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, exercendo os Estados a competência suplementar, na forma dos parágrafos 1º a 4º do artigo 24.

no entanto, entendem que o município não teria competência legislativa para a questão.

Edmir Netto de Araújo³⁷ escreveu que a despeito de o artigo 24 não conferir competência concorrente ao município no que se refere à proteção do patrimônio cultural de seu peculiar interesse, a competência legislativa seria suplementar e adviria do inciso II do artigo 30 da Constituição. A competência municipal para expedir atos administrativos de tombamento seria decorrência dos incisos III do artigo 23 e IX do artigo 30 da Constituição.

Lúcia Valle Figueiredo, como referido, considera o município competente para legislar sobre a matéria e mais: condiciona a validade do ato administrativo de tombamento à existência lei municipal específica que “[...] ao definir quando e como deverão ser preservados determinados bens, indique, inclusive, a finalidade a ser tutelada por seu intermédio e as características que os distinguem, dando-lhes valor artístico ou histórico”³⁸.

Como vimos, o Decreto-Lei nº 25, de 1937, aplica-se a todos os Entes da Federação, na qualidade de norma geral recepcionada pela Constituição de 1988.

É assim o Decreto-lei nº 25, de 1937, que, com o apoio unânime da doutrina, tem servido de fundamento para a atuação da União na proteção do patrimônio cultural nacional. O *caput* de seu artigo 1º estabelece tão-somente que “constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua

Aos Municípios foi dada a atribuição de ‘promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual’ (art. 30, inciso IX). Vale dizer que eles não têm competência legislativa nessa matéria, mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

36 GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 593.

37 ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1044.

38 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

A Constituição de 1988, em seu artigo 216, ampliou consideravelmente o conjunto de bens passíveis de preservação, com uma redação muito mais precisa que a do § 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25, de 1937.

Ora, se o Decreto-lei nº 25, de 1937, sempre foi suficiente no sentido especificar legislativamente quais seriam os bens passíveis de preservação, o artigo 216 da Constituição, com incidência inegável a todos os entes políticos, também deve ser.

Portanto, não nos parece pertinente se falar na necessidade de uma legislação municipal como requisito de validade do ato municipal de tombamento, eis que as finalidades a serem tuteladas e as características que conferem aos bens valor cultural se encontram na própria Constituição.

Observa-se também que, segundo o inciso IX do artigo 30 da Constituição Federal, o ato de tombamento municipal pode ocorrer com observância da legislação federal e estadual, eis que compete ao município “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

A fundamentação para o ato administrativo de tombamento que é o valor cultural do bem, em qualquer das esferas da Federação, tem hoje o seu suporte direto e imediato na própria Constituição Federal, muito mais específica sobre a matéria do que o antigo § 1º do artigo 1º do Decreto-lei nº 25, de 1937.

Paulo Affonso Leme Machado³⁹ admite a possibilidade de o tombamento ser efetivado diretamente por lei, ressaltando até a vantagem de assim ser para uma maior estabilidade do ato de proteção ao bem, pois o seu desfazimento somente poderia advir de outro ato do Poder Legislativo.

Por outro lado, Sonia Rabello de Castro⁴⁰ entende possível que lei venha proteger toda uma categoria de bens portadores de características específicas sem perder o caráter de abstratividade e de generalidade; no entanto, segundo a autora, esta proteção não poderia ser classificada como tombamento, eis que o tombamento somente poderia resultar de procedimento desenvolvido na forma do Decreto-lei nº 25, de 1937.

Era concebível o entendimento de que a proteção realizada por instrumentos distintos do tombamento seria incompleta, considerando a impossibilidade de aplicação de analogia no âmbito do direito criminal, pois o artigo 165 do Código Penal somente tipificava a conduta de “destruir, inutilizar ou deteriorar **coisa tombada** pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico” (grifamos).

No entanto, a Lei nº 9.605, de 1998, estendeu a proteção antes limitada às coisas tombadas para a totalidade dos bens especialmente protegidos por lei, por ato administrativo ou por decisão judicial, conforme tipificações expressas em seus artigos 62 e 63:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

39 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 930.

40 “É importante esclarecer que a proteção de uma categoria genérica de bens, por via legislativa, há de prever os efeitos relativos a esta proteção, uma vez que, não sendo ato emanado do Executivo, pelo processo referido no Decreto-lei 25/37, não se pode chamar de tombamento este tipo de proteção.” CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.37.

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.”

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Ora, sendo certa a concepção de que o valor cultural de determinado bem preexiste ao ato de tombamento, que meramente o declara em razão de determinação constitucional, e diante dos termos dos referidos artigos 62 e 63 da Lei n 9.605, de 1998, parece-nos sem razão prática qualquer discussão sobre a proteção ser realizada diretamente por lei ou por ato administrativo, ou até mesmo por decisão judicial.

Qualquer uma das modalidades de atuação do Poder Público com o objetivo de preservar patrimônio cultural (tombamento efetuado diretamente por lei ou por ato administrativo) produz efeitos semelhantes e são igualmente pertinentes.

Em princípio, é por determinação constitucional que o Poder Público deve atuar na proteção de bem portador de relevante interesse cultural.

De qualquer forma, entende-se que o Decreto-Lei nº 25, de 1937, permanece no ordenamento como norma geral legitimadora da atuação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e dos serviços congêneres nos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois prevê um devido processo legal administrativo, com oportunidade para ampla defesa.

No entanto, o Decreto-lei nº 25, de 1937, no seu aspecto de norma geral, não pode ser tido como a única via para a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Independentemente da existência no Município de legislação específica ou de órgão administrativo com atribuições congêneres à do IPHAN, diante dos termos da Constituição, a comunidade local não pode ser alijada do seu direito à preservação de um patrimônio cultural de significação local.

2.3 Modalidades de tombamento na lei geral do tombamento (Decreto-lei nº 25, de 1937) e tombamento compulsório

Segundo o artigo 6º do Decreto-Lei nº 25, de 1937, o tombamento pode ser voluntário, quando há anuência do proprietário; ou compulsório, caso em que ocorre independentemente da vontade do proprietário.

É no caso do tombamento compulsório que os problemas jurídicos afloram com mais evidência estabelecendo conflito entre interesses público e particular.

O artigo 9º do Decreto-lei nº 25, de 1937, como forma de legitimar a atuação administrativa, instituiu um procedimento com oportunidade para o interessado apresentar impugnação e se opor à classificação de bem como portador de relevância cultural.

O referido procedimento não afronta a atual Constituição.

No entanto, como considerado, o procedimento do Decreto-lei nº 25, de 1937, não pode ser visto como a fórmula definitiva e nem essencial para se alcançar proteção de bem portador de relevância cultural, sob pena de a proteção constitucional, tanto no que se refere ao aspecto do interesse público quanto do particular, ficar subordinada à vontade exclusiva de administrador público.

Considera-se que o ato administrativo de tombamento apenas reconhece a existência de um valor cultural que é anterior à sua edição.

2.4 Tombamento como modalidade distinta da servidão e da limitação administrativa

Nota-se discussão doutrinária na qual uns entendem que o tombamento deve ser considerado limitação administrativa e outros que deve ser tido como servidão administrativa.

Mais razoável nos parece o enquadramento do tombamento como um instituto de natureza autônoma com base nos entendimentos doutrinários abaixo.

Segundo Edmir Netto de Araújo⁴¹, a natureza jurídica do tombamento é indubitavelmente a de um procedimento administrativo. No mais, o autor lhe confere qualificação autônoma: nem servidão administrativa, pois não há uma coisa dominante da qual o bem tombado possa ser considerado serviente; nem limitação administrativa, que pressupõe uma incidência genérica, sem a individualização da coisa, o que ocorre no tombamento.

Também para Marçal Justen Filho, o tombamento “apresenta peculiaridades próprias, que autorizam considerá-lo como manifestação autônoma e diferenciada das restrições ao direito privado”⁴².

Em idêntico sentido, colhe-se ainda a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “preferimos, por isso, considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão”⁴³.

41 ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1045 - 1046.

42 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.412.

O entendimento de que o tombamento de imóveis seria um “instituto jurídico e político” autônomo é o que também se extrai do inciso V do artigo 4º da Lei nº 10.257, de 2001, que o relaciona ao lado da servidão administrativa e das limitações administrativas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴ informa, a razão prática para a polêmica consiste no fato de que nas limitações administrativas o Poder Público não é obrigado a indenizar o proprietário do bem afetado, enquanto na servidão administrativa há esta obrigação, sempre que for verificado algum declínio no valor do bem.

Esta questão vem obviamente à tona quando algum proprietário atingido por tombamento vê o seu interesse econômico imediato contrariado e passa a atuar no sentido de obter algum ressarcimento do Poder Público.

No entanto, alguns outros fatos de ocorrência comum também não podem ser desconsiderados. Se em alguns casos o tombamento pode acarretar uma desvalorização do bem atingido, em muitos outros, o bem tombado adquire uma relevância paradigmática para a comunidade, que tende a aumentar com o passar do tempo e pode que efetivamente resultar em um acréscimo no seu valor econômico, a despeito das restrições verificadas.

Se o tombamento impede modificações que possam descaracterizar o imóvel tombado, o que pode ser prejudicial aos interesses do proprietário, a realidade é que o tombamento também projeta restrições aos imóveis vizinhos que, em geral, são benéficas ao bem tombado, na medida em que deixam de ser admitidas construções e a colocação de anúncios ou cartazes nas áreas adjacentes,

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 140.

44 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 856.

com o objetivo de não impedir ou reduzir a visibilidade do imóvel tombado, conforme disposto no artigo 18 do Decreto-lei nº 25, de 1937.

Quer-se apenas ressaltar que o reconhecimento da característica de patrimônio cultural de um determinado imóvel nem sempre acarreta a sua desvalorização. Muito pelo contrário, o tombamento pode ser fator de acréscimo em seu valor sem que se cogite, por isso, que o proprietário deva qualquer retribuição pecuniária à comunidade, a não ser preservá-lo com observância das regras estabelecidas no ainda vigente Decreto-lei nº 25, de 1937, e em outros instrumentos jurídicos pertinentes ao caso concreto.

Conforme consideramos anteriormente, temos o valor cultural como uma característica inerente ao bem. O tombamento nada mais faz do que declarar uma realidade que, na maioria das vezes, decorre da própria utilização que o proprietário conferiu ao bem, como em geral ocorre com os imóveis portadores de valor histórico.

Se o proprietário manteve determinado imóvel inalterado e com determinada utilização que sempre atendeu aos seus interesses privados e por tão longo tempo, a ponto de se constituir em referência histórica para uma comunidade, parece-nos não ser absurda a afirmativa de que a restrição é uma decorrência constituída muito mais pela atuação do próprio proprietário do que do Poder Público.

Pelas razões acima entendemos que o pagamento de indenização ao proprietário de bem tombado só excepcionalmente é cabível, quando o valor cultural do bem decorra de fatores não atribuíveis à atuação dos seus proprietários, cumulada à imposição de restrições de tal modo extensas e que cheguem a eliminar as características básicas do direito de propriedade.

2.5 Natureza declaratória do reconhecimento de valor cultural – requisito para tombamento

Em um Estado Democrático que tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana e cuja Constituição impõe a obrigação ao Poder Público de promover e de proteger o patrimônio cultural, fica sem sentido o disposto no § 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25, de 1937: “os bens 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.”

O § 1º do artigo 1º do Decreto-lei nº 25, de 1937, tem servido de fundamento para entendimentos de que o tombamento se caracterizaria genericamente como um ato de natureza constitutiva e discricionária (José Afonso da Silva⁴⁵, José Cretella Júnior⁴⁶ e Sônia Rabello de Castro⁴⁷).

Ao que nos parece, em princípio, não haveria poder discricionário no reconhecimento do valor cultural de um determinado bem.

45 “Em qualquer desses casos, o tombamento é que constitui o bem tombado em patrimônio cultural nacional, estadual, municipal ou do Distrito Federal. Ele produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, dos bens tombados, impondo restrições ao direito de propriedade, e cria para eles um regime jurídico especial, transformando-os em bens de interesse público (situação diversa de domínio público e de domínio privado), sujeitos a vínculos de várias espécies, conforme já vimos, e mostraremos, ainda, ao estudarmos os efeitos jurídicos do tombamento. Tudo isso inova a situação jurídica dos bens tombados, transforma sua posição jurídica e impõe a seus proprietários condutas jurídicas, ob rem, que antes não havia, demonstrando que o tombamento, em qualquer caso, é ato constitutivo.” SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

46 CRETELA JR, José. Regime Jurídico do Tombamento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 112, p. 50-68, abr./jun. 1973.

47 CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 50.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho observa que a Constituição de 1988 “[...] conceitua o patrimônio cultural brasileiro desvinculando-o do ato administrativo de tombamento”⁴⁸.

Conforme considerado, determinado bem se constitui em patrimônio cultural pelas características simbólicas de que é portador e não porque o Poder Público o tombou. Não é o Poder Público que confere características de patrimônio cultural a um determinado bem.

O ato de tombamento pressupõe uma declaração pelo Poder Público de que determinado bem possui características de patrimônio cultural, qualidade que “[...] não se torna relevante para a sociedade e seu ambiente porque o Poder Público, por ato administrativo, assim entende; ao contrário, porque é relevante para a sociedade e seu ambiente, cumpre ao Poder Público emitir o ato administrativo”⁴⁹.

Hely Lopes Meirelles, em capítulo relativo às limitações administrativas ao direito de construir, conceituou o tombamento como “declaração pelo 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”⁵⁰.

Hugo Nigro Mazzilli⁵¹ admite a proteção ao bem de valor cultural, tombado ou não, eis que o tombamento, forma especial de proteção administrativa, seria ato declaratório e não constitutivo de valor cultural.

48 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 86.

49 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27.

50 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo com colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125.

51 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 204-205.

Toshio Mukai⁵² conclui a respeito da questão que o ato administrativo de tombamento encerra um poder-dever da Administração e, portanto, jamais pode ser tido como discricionário.

Considerar que as restrições ao uso de um bem enquadrado como patrimônio cultural nacional possam resultar tão-somente de decisão do Conselho Consultivo do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (item 3 do artigo 9º do Decreto-lei nº 25/37), homologada pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292/75) e passível de recurso ao Presidente da República (Decreto-lei nº 3.866/41) não nos afigura como compatível com o princípio da reserva legal, relativo ao direito fundamental da propriedade, cuja conformação deve decorrer de lei em sentido formal⁵³.

Outro aspecto a se ressaltar diz respeito ao critério da isonomia no que se refere à imposição de restrições ao direito de propriedade pelo tombamento. A se considerar o ato de tombamento como discricionário, no sentido de que o administrador não teria a obrigação de tomar, estaríamos admitindo a possibilidade de que bens de relevância cultural fossem submetidos a regimes de propriedade distintos, o que também não nos parece estar de acordo com a Constituição.

O administrador não pode ser titular de um poder discricionário para restringir ou não o direito de propriedade. Em princípio, como garantia ao princípio da isonomia, se o bem se reveste de valor cultural deve ser sempre tombado.

52 "Ora, se é assim, se há um poder-dever da Administração no ato de tombamento, jamais esse ato pode ser discricionário; ao contrário, sendo vinculado esse ato, se um imóvel tiver valor histórico, natural ou artístico ou, ainda, arqueológico, não há como a autoridade deixar de tombá-lo, pois, constitucionalmente, pesa-lhe o dever de fazê-lo." MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 194.

53 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 218.

É a ausência de um poder discricionário no reconhecimento administrativo do valor cultural de um bem o que se subtrai dos comentários de Victor Nunes Leal⁵⁴ ao Acórdão proferido em 17 de junho de 1942 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível nº 7.377.

O fato de o patrimônio cultural poder ser enquadrado na categoria de conceito jurídico indeterminado também não confere ao Poder Público discricionariedade no seu reconhecimento.

Muito pelo contrário, conforme expresso por José dos Santos Carvalho Filho⁵⁵, diferentemente do poder discricionário, que permite mais de uma solução justa, o conceito jurídico indeterminado deixa de o ser no momento da aplicação da lei e comporta apenas uma única solução justa, a ser descortinada por critérios técnicos. (CHECAR NO LIVRO P/ VER SE POSSO USAR ESTA ÚLTIMA PALAVRA)

54 "Ora, saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada a lei. Dir-se-á que a lei não fornece os critérios para essa qualificação, não havendo, pois, referência legal para se apurar o erro ou acerto da qualificação. O argumento é em parte, mas não totalmente verdadeiro. A lei estabelece aqueles critérios, bastante vagos é certo, mas os estabelece. Para que um bem se considere integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, exige o art. 1º do decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937:

1, que esteja vinculado a fatos memoráveis da história do Brasil; ou
2, que tenha excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico; ou
3, que se trate de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem.

O intuito da lei não foi, portanto, dar autoridade irrestrita ao órgão incumbido do tombamento, mas cerceá-lo com o significado limitativo das expressões empregadas: 'fatos memoráveis', 'excepcional valor' e 'feição notável'. E esses critérios, mais ou menos vagos – mas que exigem severidade no julgamento –, deveriam ser melhor esclarecidos no regulamento a que alude o § 2º do art. 4º e que jamais foi baixado. Se o legislador deseja limitar a apreciação do judiciário nesta matéria, que lhe parece reclamar conhecimento especializado não presumível nos juízes, seja mais explícito no definir os critérios de julgamento, pois a tarefa de fixar esses critérios recai na zona discricionária do poder legislativo.

A atribuição de valor histórico ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência ou oportunidade. [...]. Mas na qualificação de um bem como compreendido no patrimônio histórico ou artístico o que se tem é a devida ou indevida aplicação da lei, e isto é matéria pertinente com o exame da legalidade, segundo o critério assentado na lei nº 221, de 1894.

Não há, pois, que censurar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal na ap. cível nº 7.377, na qual encontramos valiosos subsídios doutrinários." LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. Problemas de direito público. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 254-255.

55 CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. Discricionariedade administrativa. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28.

A aplicação do conceito jurídico indeterminado exige a sua determinação e conduz a apenas uma conclusão juridicamente aceitável: ou o bem é patrimônio cultural ou não é.

Na verdade, os conceitos jurídicos indeterminados sempre constaram das normas jurídicas, sem que houvesse grandes problemas quanto à sua aplicação. Sempre estiveram presentes – e continuam estando – nos mais diversos ramos jurídicos. Assim, no Direito Civil são comuns expressões como boa-fé e diligência de um bom pai de família, entre outras. No Direito Penal, é clássico o conceito indeterminado relativo à mulher honesta. O Direito Processual faz alusão a provas pertinentes e admite a tutela cautelar quando há relevância e urgência. Por isso, têm razão ENTERRÍA e RAMÓN FERNANDES quando afirmam que, inexistindo grandes questionamentos nos demais ramos, ‘não há nenhuma razão, absolutamente nenhuma, para que seu uso pelas normas de Direito Administrativo as questione’. A única peculiaridade dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo reside em que a Administração têm o privilégio da presunção de legitimidade de seus atos, mas essa circunstância não tem qualquer relação direta com a técnica de sua aplicação diante das realidades que se apresentem.⁵⁶

Há também que se ter cuidado ao se falar na existência de um poder discricionário contido no ato da Administração, no que se refere a uma escolha de critério técnico, para se definir o que deve ser entendido como bem cultural.⁵⁷

Reiteramos a compreensão de que não é o Poder Público quem cria e nem tampouco quem define o que é bem cultural. A cultura é criação social e a sociedade tem direito à preservação dos bens referenciais de sua própria cultura.

Não nos parece compatível com o Estado Democrático de uma sociedade pluralista que a Administração possa deixar de atuar no sentido da preservação de determinado imóvel histórico, portador de inegável significação referencial para uma comunidade, sob tão-somente um argumento de que estaria a efetuar uma opção

56 CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. Discricionariedade administrativa. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

57 “Não obstante a lei traga os parâmetros gerais, a fixação do seu conteúdo tem caráter técnico, que inclui uma opção por determinada posição ou corrente científico-social. Há de se ressaltar também que o ato administrativo do tombamento, como ato administrativo que é, não deve ser classificado de discricionário ou vinculado; o que deve ser verificado nele é o poder discricionário contido no ato. É nesse sentido que é discricionário o poder da administração de escolher o critério técnico para determinação do que entende ser valor cultural de um bem. Porém, entendendo-se como dever da administração a proteção de bens de valor cultural, não há, na decisão do Conselho, poder discricionário quanto à verificação da oportunidade do tombamento, observado tal aspecto, porém, na manifestação ministerial da homologação, já mencionada anteriormente.” CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 87-88.

por outro critério técnico, que apontaria, por exemplo, para o seu reduzido valor estético.

Se a adoção de algum critério técnico indicar a existência de valor cultural de um bem, este não pode ser desconsiderado.

Não se pode perder de vista que a necessidade da preservação ocorre em razão do significado do bem para uma comunidade e que os critérios técnicos devem ser utilizados para descortinar a existência da mencionada significação referencial do bem.

A competência administrativa deferida pelo Decreto-lei nº 25, de 1937, além de refletir um poder ou força legal para emitir atos jurídicos, deve ser analisada na sua vertente de encargo, de dever e de obrigação. Quem possui competência administrativa tem que exercê-la, pois a “competência tem expressão compulsória”⁵⁸.

Assim, diante de bem portador de significativa relevância cultural demonstrada por algum critério técnico, é dever da Administração tombá-lo.

Vale ainda observar considerações de Hely Lopes Meirelles que apontam a necessidade da utilização de critérios técnicos para se atingir com eficiência a finalidade pública que, no nosso caso, se confunde com a preservação do patrimônio cultural referencial de uma comunidade.

Neste ponto, convém assinalar que a técnica é, hoje, inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todos os serviços públicos especializados, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência. Atento a essa realidade, conclui Marienhoff, com inteiro acerto, que: ‘No hay, pues, discrecionalidad técnica. Tampoco puede haber discrecionalidad para requerir o no un dictamen indispensable para resolver una cuestión administrativa. Si ésta se resolviera con prescindencia de tal

58 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Da competência constitucional administrativa. Curitiba: Genesis, 1995, p.60.

dictamen técnico la Administración Pública habría procedido indebidamente, porque no habría agotado los medios de conocimiento necesarios. El acto administrativo que deba basarse en un dictamen o informe técnico o científico, de conclusiones incontrovertibles, es – en cuanto a su contenido – un acto reglado y no discrecional, pues las conclusiones de ese dictamen o informe constituyen los hechos a considerar para la emisión del acto.⁵⁹

Cabe a opção por alguma alternativa técnica, quando várias se mostram igualmente aptas para solucionar uma questão (no nosso caso, para atingir a finalidade pública de preservação do patrimônio cultural). Assim, não nos afigura pertinente a indicação de um “critério técnico”, instrumento para atingir o fim público, para que se deixe de preservar bem que seja efetivamente portador de relevância cultural revelada sob a ótica de um “outro” “critério técnico”.

Enfim, o argumento da existência de uma discricionariedade técnica não pode servir de fundamento para se deixar de atingir a finalidade pública que é a preservação do patrimônio cultural relevante de uma comunidade.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁶⁰ considera que o Poder Público tem a obrigação de tomar de imediato, sem qualquer discricionariedade, bem que se revista da característica de patrimônio cultural relevante e que se encontre em risco de deterioração. Diferentemente, no caso em que o bem cultural não estiver em situação de risco, conquanto permaneça a obrigação de tomar, haveria uma discricionariedade quanto ao momento para a prática do ato.

Em outros termos, para Carlos Frederico Marés de Souza Filho o Poder Público poderia escolher o momento para tomar bem cultural de alto valor significativo para a comunidade, postergando a sua atuação, desde que não houvesse risco de seu iminente desaparecimento. Haveria uma discricionariedade para a Administração escolher o momento para a prática do ato de tombamento.

59 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107.

60 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 88.

Ora, considerando que o direito de propriedade envolve a faculdade de o seu titular, a qualquer momento, alterar as características do bem, concluímos que todo e qualquer bem cultural, enquanto não tombado, se encontra em situação de risco iminente. Esta interpretação elimina o aspecto discricionário também no que se refere ao momento de o Poder Público deflagrar um processo administrativo para o tombamento.

Entendemos assim que haja sempre uma obrigação imediata de o Poder Público tomba todo e qualquer bem que se revista das características de patrimônio cultural representativo, sem se falar em discricionariedade quanto ao momento, sob pena de afronta ao princípio constitucional da eficiência, que envolve a presteza e o alcance dos resultados mais satisfatórios para o interesse público.

Não pode ser jurídica uma omissão do Poder Público em atuar na proteção do patrimônio cultural (interesse público) que requer mera expedição de atos administrativos que, na maioria das vezes, não acarretam grandes ônus para a Administração.

É sintomático que a Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, em seu artigo 1º, tenha passado a condicionar o tombamento à homologação (não à aprovação) pelo Ministro da Cultura de parecer do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Vale observar que o ato administrativo de homologação encerra um ato vinculado da autoridade superior, na medida em que apenas envolve a aferição de legalidade⁶¹.

61 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13. ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.118.

A homologação, ato vinculado, não se confunde com a aprovação, ato discricionário que também engloba a análise de mérito administrativo (conveniência e oportunidade)⁶².

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello observa que a homologação não constitui direito, apenas reconhece os existentes: “consiste em acerto constitutivo formal, de asseguramento de direitos preexistentes, para que produzam seus efeitos práticos”⁶³.

Portanto, em se tratando de ato por definição vinculado, salvo caso de ilegalidade, o Ministro da Cultura não pode deixar de homologar o parecer técnico do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Marçal Justen Filho, em alusão à classificação das atividades administrativas em vinculadas e em discricionárias, afirma que esta divisão envolve uma questão de grau, eis que inexistem “tipos puros e absolutos de vinculação e de discricionariedade”⁶⁴.

Podemos assim falar em atuação administrativa predominantemente discricionária e em atuação predominantemente vinculada.

A questão, ao que nos parece, envolve a ponderação de valores relevantes no caso de conflitos. Não se trata de a Administração poder deixar de reconhecer o valor cultural de determinado bem, quando este resulte comprovado, mas sim de a Administração deixar de produzir o ato de tombamento em razão da presença de outros interesses públicos de igual hierarquia normativa e que em caso concreto se mostrem mais relevantes e estejam devidamente demonstrados.

62 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

63 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Princípios gerais de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Introdução, v. 1, p. 579.

64 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 171.

Podemos indicar assim alguma discricionariedade para o administrador quando a expedição ou não do ato de tombamento estiver jungida à presença de conflito entre interesses públicos de igual hierarquia. Advirta-se que a Administração jamais poderá deixar de tomba um bem, dando prevalência ao interesse do particular.

Portanto, salvo quando presentes outras razões de interesse público e de igual hierarquia constitucional, devidamente motivadas, o nosso entendimento é o de que a Administração não possa desconsiderar a relevância cultural de um bem para deixar de tombá-lo.

2.6 Presunção de valor cultural do bem atingido como efeito do tombamento

O procedimento administrativo estabelecido pelo Decreto-Lei nº 25, de 1937, traz como proveito a produção de um debate, com a emissão de pareceres técnicos, que conferem uma presunção relativa quanto ao valor cultural de um bem tombado e torna possível a incidência das sanções previstas no artigo 17 do Decreto-lei nº 25/1937 e em legislação esparsa, como conseqüência à prática de atos lesivos aos bens tombados⁶⁵.

65 "Havendo a desvinculação do patrimônio cultural com o ato de tombamento, pode-se então dizer que o tombamento é constitutivo de efeitos determinados na lei, quer dizer, enquanto o bem não está tombado não está protegido contra atos do proprietário ou de terceiros que o possam mutilar, alterar ou destruir. Isto não significa que ele não seja integrante do patrimônio cultural, inclusive protegido por outros instrumentos. Tampouco significa que o Poder Público possa deixar de agir, em casos de bens não tombados mas de flagrante valor cultural, por ser referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como determina a Constituição. O que está resolvido aqui, falta resolver o como. E o como diz respeito à possibilidade de qualquer pessoa, o Ministério Público e até mesmo dos órgãos estatais, buscar em Juízo o reconhecimento de valor cultural para que se providencie a adequada proteção, independente do tombamento." SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 87.

Neste sentido, encontramos comentário de Victor Nunes Leal sobre o julgamento da Apelação Cível nº 7.377 em 17 de junho de 1942 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal:

O que ocorrerá, nas questões relacionadas com a aplicação da lei do patrimônio histórico e artístico, é que os tribunais, embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, se inclinarão a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado. No próprio julgado que comentamos, o ministro FILADELFO AZEVEDO aprovou as conclusões do Prof. PEDRO CALMON e do Conselho do S.P.H.A.N., apesar de sua opinião pessoal, mas leiga, em sentido contrário.⁶⁶

O tombamento realizado na forma do Decreto-Lei nº 25, de 1937, deve ser visto, portanto, como ato constitutivo de uma presunção de que o bem atingido se revista das características de patrimônio cultural e possibilita a incidência de sanções pela sua não conservação ou pela sua alteração não autorizada.

2.7 Poder de polícia, tombamento e demais efeitos

O poder de polícia pode ser visto como o conjunto de instrumentos postos à disposição do Poder Público para regular a autonomia privada, adequando a liberdade e o exercício do direito de propriedade ao interesse público.

Sônia Rabello de Castro⁶⁷ relaciona o ato administrativo de tombamento ao exercício do poder de polícia editado com finalidade de delimitar propriedade que se revista de valor cultural.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 78, conceitua o poder de polícia como a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de

66 LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. Problemas de direito público. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 248-249.

67 CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 93.

interesse da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁸, o poder de polícia pode receber uma conceituação ampla, envolvendo atos do Legislativo e do Executivo, ou uma conceituação mais restrita limitada aos atos do Poder Executivo.

A conceituação acima é referida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁹ que, considerando o poder de polícia em seu sentido amplo (abrangente das atuações dos Poderes Legislativo e Executivo), classifica os meios utilizados pelo Estado para o seu exercício em atos normativos, que estipulam limitações abstratas e gerais (não individualizadas), e atos administrativos e operações materiais para aplicação da lei ao caso concreto.

Considerando o poder de polícia em sentido amplo, de modo que abranja as atividades do Legislativo e do Executivo, os meios de que se utiliza o Estado para o seu exercício são:

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;

2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.⁷⁰

O ato administrativo de tombamento, que produz efeitos concretos no sentido de presumir o valor cultural do bem e de fazer incidir as sanções pela sua não conservação, pode, de fato, ser enquadrado na segunda hipótese, como

68 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 772.

69 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 111.

70 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 112.

compreensivo de medida preventiva de efeitos concretos com o objetivo de adequar comportamentos individuais ao interesse público.

Não se pode perder de foco o caráter infralegislativo da atividade de polícia administrativa que, conforme Marçal Justen Filho, “não apresenta natureza inovativa, mas meramente regulamentar”⁷¹.

José Afonso da Silva, com relação ao princípio da legalidade, adverte que só o Poder Legislativo pode originalmente estabelecer regras que alterem a ordem jurídico-formal, “o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar”⁷²

O ato administrativo de tombamento, visto como manifestação do poder de polícia, apenas tornaria concreta restrição já constante de lei.

No caso do tombamento, haveria apenas a concretização do comando constitucional que é, como vimos, onde melhor se encontram relacionadas as características dos bens culturais a serem objeto de preservação.

Convém também ressaltar que a discricionariedade, embora presente na maioria das situações, não é um atributo sempre inerente ao exercício do poder de polícia, como se verifica no caso do tombamento.

Diógenes Gasparini⁷³ faz reverência a situações em que o poder de polícia se exerce por meio de competência vinculada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também observa a presença de circunstâncias em que o poder de polícia encerra o exercício de competência vinculada, quando “a

71 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386.

72 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 423-424.

73 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção”⁷⁴.

Portanto, o fato de o tombamento ser encarado sob a ótica de poder de polícia administrativa, na medida em que regula e restringe o uso de propriedade, não significa a presença de um poder discricionário, nem no que se refere à caracterização de bem como patrimônio cultural e nem no que se refere à obrigação de o Poder Público atuar na sua preservação.

Se é certo que o ato administrativo de tombamento definitivo resulta de um processo administrativo, com garantia de ampla defesa e de contraditório, é também de se observar a precedência de um tombamento dito provisório, de natureza acautelatória e unilateral, que já contém o conjunto das restrições relacionadas à preservação do bem cultural (art. 10 do Decreto-lei nº 25, de 1937).

O tombamento provisório que traz em si todas as restrições do tombamento definitivo, com a única distinção de estar sujeito a uma condição resolutiva cuja implementação fica na dependência de uma melhor avaliação das características culturais do bem atingido, possui em si o atributo da autoexecutoriedade, inerente ao poder de polícia, e é produzido antes de qualquer manifestação do titular do bem atingido.

Outro aspecto que serve como reforço ao entendimento de que, no caso da proteção ao patrimônio cultural, o ato administrativo seja predominantemente vinculado e declaratório da existência de um prévio direito da sociedade a sua proteção extrai-se do artigo 18 do Decreto-lei nº 25, de 1937: “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

74 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 113.

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”.

Fosse o processo administrativo pré-requisito indispensável para a incidência de restrições ao direito de propriedade particular diante da presença de relevante valor cultural, a vizinhança, que dele não participa, não poderia sofrer os efeitos restritivos do tombamento.

Conforme considerado, o ato de tombamento, eminentemente declaratório, possui uma carga constitutiva apenas na medida em que constitui uma presunção de valor cultural do bem atingido, o que gera em juízo uma inversão do ônus probatório, e torna possível a aplicação de penalidades pela inobservância dos deveres legais relativos a sua preservação.

Ainda no que se refere ao poder de polícia, o artigo 20 do Decreto-Lei n 25, de 1937, estabelece que “as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência”.

Sobre o dispositivo, Themistocles Brandão Cavalcanti observou que “as coisas tombadas ficam sujeitas à polícia e vigilância permanentes do Serviço do Patrimônio, que poderá inspecioná-las quando achar conveniente”⁷⁵.

Enfim, a proteção ao patrimônio cultural brasileiro envolve o exercício do poder de polícia mas, nem por isso, deixa de ser uma atividade predominantemente

75 CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti. Tratado de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, v. III, p. 48.

vinculada que se impõe como obrigação aos poderes públicos de todos os entes da Federação.

2.8 Proteção judicial ao patrimônio cultural

Visto o patrimônio cultural como um direito das comunidades, seja declarado como tal ou não pelos Poderes Legislativo ou Executivo, a sua proteção não pode ser negligenciada e nem esta matéria afastada do Poder Judiciário, sob pena de inobservância ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Outro aspecto que merece consideração é a presença no § 1º do artigo 216 da Constituição da expressão “poder público”, o que envolve e confere uma competência também ao Poder Judiciário para, desde que provocado, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

A prática do Poder Judiciário em deixar de analisar determinadas situações sob o argumento de não invadir esfera de competência dos demais Poderes é objeto da crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na medida em que pode cancelar práticas arbitrárias.⁷⁶

A possibilidade de o Judiciário analisar a correção do enquadramento de imóvel como patrimônio cultural foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal já na

76 “Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.

Apelação Cível nº 7.377, quando se travou estimulante debate sintetizado por Victor Nunes Leal⁷⁷.

Já no sentido de o Poder Judiciário determinar ao Poder Público inerte uma atuação no sentido de preservar patrimônio cultural, cita-se, inicialmente, o posicionamento de Miguel Seabra Fagundes⁷⁸.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁷⁹ conclui que tanto a utilização da ação popular (Lei n 4.717, de 1965) quanto da ação civil pública (Lei n 7.374, de 1985) somente seriam pertinentes quanto os bens culturais estejam sendo

77 "O ministro OROZIMBO NONATO entendeu que 'o Conselho do Patrimônio não decide soberanamente se determinado prédio é ou não monumento histórico', devendo o judiciário 'em espécie, ou em caso concreto apreciar a legalidade do ato'. 'Podemos rever a decisão do Conselho' – disse o ministro LAUDO DE CAMARGO -, devendo o processo voltar à Turma, 'para que se verifique se, de fato, se trata de monumento histórico'. O ministro CASTRO NUNES concordava 'em princípio', 'com restrições decorrentes do próprio ensinamento da jurisprudência', mas, apesar das reservas antecipadas em tese, examinou a prova no julgamento de mérito pela Turma. O direito de provocar o exame do judiciário sobre tais provas – disse ele – assiste a todo proprietário atingido pelo tombamento, como decorrência 'da sujeição dos atos administrativos de qualquer natureza ... ao controle judicial'. Por isso, considerava inoperante o dispositivo legal que não admite recurso das decisões do Conselho Consultivo do S.P.H.A.N., 'se se quiser entender que essa vedação alcança o judiciário'. [...]. O ministro FILADELFO AZEVEDO também reivindicou a faculdade de apreciar a classificação feita pelo órgão administrativo, o que fazia, 'embora sob os mais discretos contornos e a fim de evitar que sob a aparência de técnica se disfarcesse o exagerado arbítrio ou a injustiça notória'. Ambos, porém, apreciando o laudo pericial do Prof. PEDRO CALMON, mantiveram o tombamento impugnado." LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. Problemas de direito público. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 243-244.

78 "O amplo conceito de patrimônio, que aí se contém, extravasa dos elementos típicos da sua caracterização jurídica – significado econômico de um ou mais bens, corpóreos ou incorpóreos, e individualização do titular dos direitos sobre esses bens. Nele se abrangem todos os bens e direito espiritualmente valiosos para a coletividade, quer pertençam a alguma pessoa jurídica de direito público, quer pertençam a pessoas privadas (jurídicas ou naturais, brasileiras ou estrangeiras, sediadas ou residentes no país ou no exterior). Por força dessa orientação se alarga o âmbito da ação popular, pois ela se converte em instrumento de proteção, por motivos de natureza artística, estética, histórica, de bens de propriedade privada, apenas porque interessando eles, sob algum desses aspectos, à coletividade nacional. E como a Administração Pública pode ferir o interesse geral, tanto por ação como por omissão – e nesse campo até muito por omissão – a actio popularis não se há de restringir aos casos de bens, sítios ou paisagens, que o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico haja tombado, seja pelo seu vinculamento a fatos memoráveis da história pátria, seja pelo seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico, seja ainda pelas suas qualidades naturais acrescidas pela indústria humana (Dec.-lei nº 25, de 30.11.1937, art. 1º). Se assim não se entender, desaparecerá uma das oportunidades mais úteis para o uso da ação popular nesse setor, que é o de compelir a Administração Pública a maior zelo ao inventariar e defender o patrimônio espiritual da comunidade, ligado a bens de valor histórico, artístico ou paisagístico. É certo que essa matéria envolve a apreciação do mérito de atos administrativos (a valia dos bens sob aqueles aspectos), mas também ocorre apreciação de mérito nos casos em que, sendo tombado o bem, se impõem medidas administrativas, sob o fundamento de que o prejudicam. O que acontece é que o alargamento do controle jurisdicional, além do aspecto de legitimidade, resulta da vontade da lei, porquanto consequência necessária da ampliação do conceito de patrimônio para os fins de propositura de ação popular. Aqui há destarte, como consequência virtual do tratamento que o legislador emprestou à matéria, uma exceção ao princípio excludente da apreciação do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário". FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Atualização de Gustavo Binbenojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 437-438, nota 220.

79 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.

danificados ou em risco evidente, pois o sistema jurídico não forneceria instrumento adequado para meramente se obter declaração de interesse cultural de algum bem.

Nosso posicionamento é o de que a possibilidade de um bem cultural não tombado vir a ser descaracterizado ou destruído a qualquer momento o coloca em constante estado de “perigo”, conforme já consideramos. Neste sentido temos sempre por pertinente a utilização das referidas ações no caso de bens culturais não tombados, independentemente de aparentarem ou não estar sob risco de desaparecimento.

O Poder Judiciário, desde que determinado imóvel tenha características, que sugiram sua conservação, e, desde que não haja, por parte da Administração, no processo judicial (que somente poderá tomar o rito ordinário para possibilitar a produção de provas), razões suficientemente declinadas para impedir o seu tombamento, poderá, por intermédio de sua atividade de controle, determinar sua preservação, que, na verdade, se constituiria em obrigação de fazer por parte da Entidade competente.⁸⁰

Hely Lopes Meirelles, sobre a questão, informa que “quando o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido, em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público (ação civil pública) ou do cidadão (ação popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo faça a proteção”⁸¹

Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior também admite que os legitimados para a propositura de ação civil pública poderão “exigir posturas concretas da Administração, no sentido de providências visando adoção de medidas com vistas à

80 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

81 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Atualização de Andrade Azevedo com colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p 128.

declaração do tombamento de um bem, ou mesmo de proteção daqueles já tombados⁸².

No que se refere a proteção do patrimônio histórico, entendemos que o valor cultural de imóveis edificados antes de 15 de novembro de 1889 possa ser facilmente presumido mediante uma aplicação analógica do disposto na Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965, que proíbe a saída para o exterior de obras de arte e ofícios produzidos no Brasil até o fim do período monárquico cujo intuito é proteger o acervo cultural brasileiro incluindo pinturas, desenhos, esculturas, gravuras, elementos de arquitetura, obras de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades.

82 WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199.

CONCLUSÃO

- a natureza jurídica do ato de tombamento perante a atual Constituição;
- limite da discricionariedade para a edição do ato administrativo do tombamento, diante de sua função social e do instituto da propriedade privada;
- competência ou não do município para legislar sobre a proteção do patrimônio cultural local;
- necessidade da existência de lei protetora do patrimônio cultural municipal para edição de ato administrativo de tombamento;
- validade do tombamento de bem imóvel diretamente pela lei;
 - o valor cultural de um determinado bem decorre de suas próprias características;
 - o § 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/37 não teve recepção na ordem jurídica da Constituição de 1988;
- não é o Poder Público que constitui o patrimônio cultural brasileiro;
 - o tombamento é ato administrativo de caráter predominantemente declaratório e vinculado;
 - tombamento não se confunde com servidão administrativa nem com limitação administrativa.
 - o Poder Público, diante de bens com características de patrimônio cultural, independentemente da presença de legislação local e de ato de tombamento, não pode se omitir na sua preservação, sob pena de lesão a um direito difuso, passível de correção judicial.

- o tombamento é ato administrativo de extrema relevância, na medida em que cria em favor do bem sobre o qual incide uma presunção *juris tantum* de seu valor cultural, para o efeito de sua preservação.

REFERÊNCIAS

AMADO, Jorge. **Bahia de todos os santos: guia de ruas e mistérios; ilustrações de Carlos Bastos**. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. **Discricionariedade administrativa**. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei nº 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos. Do Poder de Polícia – Das Águas – Das Minas – Dos Bens, v. 3.

CRETELA JR, José. Regime Jurídico do Tombamento. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 112, p. 50-68, abr./jun. 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização de Gustavo Binenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: UFRJ; MinC-Iphan, 2005.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Da competência constitucional administrativa**. Curitiba: Genesis, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Organização de Ricardo Benzaquem de Araújo e Lília Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. **Problemas de direito público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 240-255.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LYRA, Ciro Corrêa. **Documenta Histórica dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Documenta Histórica, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRA, Ana Lúcia Goelzer. **O passado no futuro da cidade: políticas públicas e participação dos cidadãos na preservação do patrimônio cultural de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo com colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Introdução, v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano e ambiental**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das coisas**. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5.

SCHELLING, Vivian. **A presença do povo na cultura brasileira: ensaio sobre o pensamento de Mário de Andrade e Paulo Freire**. Tradução de Frederico Carotti. Campinas: Unicamp, 1990.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **A ação civil pública como defesa da ordem urbanística**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

À nossa mãe baiana, I G., patrimônio afetivo, anjo de ternura, compreensão e de vida digna que acalenta nossas esperanças, inspirou e inspira todos os nossos sonhos.

Um excessivo apego à noção de uma propriedade privada absoluta, vista como regra diante de uma exceção que seria a restrição decorrente de sua função social, a despeito do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal e de toda a construção doutrinária que, impelida pela realidade social, cada vez mais ressalta a importância da supremacia de um interesse público que também não pode ser afastado no que se refere à proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Trata-se evidentemente de um processo administrativo pelo qual se aplica a lei. Logicamente, sendo o processo administrativo meio de mera aplicação da lei é de se concluir que a restrição ao direito de propriedade não é criada pelo processo administrativo, apenas descortinada.

O patrimônio cultural local na Constituição Federal de 1988 - tombamento compulsório como medida para a preservação de imóveis de relevância cultural local – direito difuso dos cidadãos à proteção de um patrimônio cultural peculiar a cada uma das entidades componentes da Federação Brasileira.