

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – S.P.

**TUTELA CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL  
BRASILEIRO**

Mariângela Senra Roncatti

Presidente Prudente – S.P.

Novembro – 2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – S.P.

**TUTELA CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL  
BRASILEIRO**

Mariângela Senra Roncatti

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação do Profº. Dr.  
Nelson Roberto Bugalho.

Presidente Prudente – S.P.

Novembro – 2002

## TUTELA CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

---

Nelson Roberto Bugalho  
Orientador

Examinadores:

---

Dr<sup>a</sup> Daniele Tanaka Munhoz

---

Dr. Jurandir José dos Santos

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2002.

Dedico este trabalho em memória ao meu tio Jurandir, que com o seu toque artístico e pela sua imaginação criadora, soube transformar com amor a matéria adormecida em imagem de beleza e de sua própria história.

Inegável a adequação, numa estátua, entre o material e o significado possível, mas, em última análise, é o significado que sobreleva e marca a razão de ser de um bem cultural. Não desprezamos, é claro, a matéria de que as coisas belas são feitas, mas sabemos que um toque genial de beleza pode eternizar o que há de mais banal e precário no mundo físico.

Miguel Reale

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente gostaria de agradecer, o reconhecimento ao Dr<sup>o</sup> Nelson Roberto Bugalho, que assumiu a orientação desta pesquisa. Por toda paciência, atenção e incentivo, essenciais para a conclusão do trabalho.

Em especial à Deus e aos meus pais, José Roberto e Ângela Maria por todos os ensinamentos e auxílio durante todos estes anos, proporcionando este momento em minha vida.

Aos examinadores Dr. Jurandir José dos Santos e à Dr<sup>a</sup>. Daniele Tanaka Munhoz pela disponibilidade em participar da Comissão Examinadora deste trabalho.

Esta dissertação também deve muito, à todos os meus familiares, amigos, colegas e professores que me estimularam e foram pacientes comigo nesta longa travessia.

Não poderia deixar de agradecer, à minha amiga e tia Suzana, pelo exemplo de vida, por toda disponibilidade em ajudar e ainda por ter me acolhido com muito amor e carinho em seu lar.

Ao Dr<sup>o</sup> Landolfo, o mais novo promotor de justiça de Minas Gerais, que prestou um grande auxílio nas pesquisas e demonstrou que com o senso de dever, coragem e persistência é possível alcançar qualquer objetivo.

Gostaria de agradecer também, ao amigo fiel Marcus Alexandre Rotta por continuar fazendo parte da minha vida e me proporcionar tanta energia positiva.

Por fim, agradeço a todos que lutam pela preservação do patrimônio cultural por valorizarem a importância da ligação do homem com a sua memória.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a importância da preservação do patrimônio cultural brasileiro e sua ligação com a história e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade.

Para melhor compreensão sobre a abrangência do conteúdo e do alcance das normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, integrantes da Constituição Federal e do Direito Ambiental, tornam-se oportunas breves noções, notadamente, sobre meio ambiente e patrimônio cultural.

A princípio, analisa-se o tratamento constitucional dispensado ao tema (nos termos do artigo 215 da Constituição Federal), e em seguida, define-se os bens e valores culturais integrantes ao patrimônio cultural brasileiro (rol exemplificativo, de acordo com o artigo 216 da Constituição Federal). Neste sentido, qualquer bem pode vir a integrar o patrimônio cultural brasileiro, desde que seja portador de referência, à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Em seguida, trata da tutela administrativa, analisando os instrumentos de proteção dos bens culturais, onde o Poder Público com a colaboração da comunidade protegerá, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação.

Por fim, ressalta que o tombamento é até o presente o mais consagrado dos instrumentos jurídicos utilizados para a preservação do patrimônio cultural onde pressupõe bens materiais razoavelmente determinados, cujas características primordiais pretende-se preservar sem alterações. Assim, parece-nos que o Poder Público deve urgentemente regulamentar a preservação dos bens imateriais, na forma de lei para que não se percam relevantes valores culturais da sociedade brasileira.

## ABSTRACT

The following work boards the importance of preserving the Brazilian cultural patrimony and its relation to the history and memory of the many different groups that now form the society.

For a better comprehension about the content cover and the reach to rules of Brazilian cultural patrimony protection, members of the Federal Constitution and of the Environmental Law, brief notions are useful, about the environment and cultural patrimony.

First, it is analyzed the constitutional concept (on the article 215 of the Federal Constitution), and after that, it is defined the goods and cultural values that are part of the Brazilian cultural patrimony (sample, according to the article 216 of the Federal Constitution). On this sense, any good could be part of the Brazilian cultural patrimony, as long as it owes reference, identity, action and memory of the many different groups that form the Brazilian society.

Next, it boards the business custody, analyzing the tools that protect the cultural goods, where the Public Power, with the help of the community, will protect, through inventories, registrations, vigilance, archives recording, dispossessment, and other ways of preservation and caring.

At last, it emphasizes that archives recording is so far the best of the juridical tools used to preserve the cultural patrimony, where it describes material goods, relatively determined, which initial description lasts with no alteration. So, it looks that the Public Power must, urgently, regulate the preservation of non-material goods, through law, so that relevant culture values of the Brazilian society are not lost.



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	09
2. PATRIMÔNIO CULTURAL .....	11
2.1 Patrimônio cultural: conceito e características.....	11
2.2 Meio ambiente e patrimônio cultural .....	14
2.3 Natureza jurídica do patrimônio cultural .....	15
3. ASPECTOS DA TUTELA CONSTITUCIONAL.....	16
3.1 Meio ambiente e seus elementos .....	16
3.2 Proteção Constitucional do patrimônio cultural brasileiro .....	18
3.2.1 Proteção estatal.....	18
3.2.2 Identificação dos bens culturais a serem preservados: o seu fundamento constitucional .....	20
3.2.3 Proteção constitucional dos bens mencionados.....	25
3.3 Competência dos entes da Federação na tutela constitucional do patrimônio cultural brasileiro .....	26
3.3.1 Federalismo e meio ambiente .....	26
3.3.2 Competências Ambientais .....	28
4. TUTELA ADMINISTRATIVA E SEUS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO .....	29
4.1 Introdução.....	29
4.2 Inventários e registros .....	31
4.3 Vigilância .....	32
4.4 Tombamento .....	33
4.4.1 Conceito e características .....	33
4.4.2 Natureza jurídica.....	35
4.4.2.1 Teoria das limitações administrativas .....	36
4.4.2.2 Teoria da servidão administrativa .....	37
4.4.2.3 Teoria dos bens de interesse público .....	38
4.4.2.4 Teoria da função social da propriedade.....	39
4.4.2.5 Domínio eminente do Estado .....	39
4.4.2.6 Bem cultural como bem imaterial.....	40
4.4.3 Competência para tomar .....	41
4.4.4 Tipos de tombamento .....	43
4.4.5 Instituição do tombamento: por lei e por ato do Poder Executivo .....	44
4.4.5.1 Instituição por lei.....	44
4.4.5.2 Instituição por ato do Poder Executivo .....	45
4.4.6 Procedimento .....	46
4.4.7 Efeitos.....	49
4.4.8 Extinção do tombamento .....	51
4.4.9 A indenização e o tombamento .....	53
4.4.10 Sanções administrativas.....	56
4.5 Desapropriação .....	58

4.6 Formas de acautelamento e preservação .....	59
5. INCENTIVOS PARA A PRODUÇÃO E CONHECIMENTO DE BENS E VALORES CULTURAIS .....	60
6. DOCUMENTOS E SÍTIOS DETENTORES DE REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS DOS ANTIGOS QUILOMBOS ..... 1	6
7. CRIMES .....	62
8. CONCLUSÃO .....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	68

## 1. INTRODUÇÃO

Devemos fazer aqui uma apresentação preliminar do objeto de estudo que dá nome a esta monografia: o patrimônio cultural brasileiro.

Este trabalho visa demonstrar ao leitor o conceito amplo de patrimônio cultural e de como selecionar os bens culturais que devem ser preservados, com fulcro nos princípios contidos na Constituição Federal. Para melhor compreensão sobre a abrangência das normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, tornam-se oportunas breves noções, sobre meio ambiente (com seus recursos naturais e culturais), cultura e patrimônio cultural.

A maioria das legislações modernas dá um tratamento jurídico especial a determinados bens, chamados culturais, cujo valor deflui da circunstância de integrarem e conformarem uma memória coletiva. Assim não é possível preservar todo e qualquer bem cultural, deve-se analisar a sua relevância com relação ao interesse da sociedade, mantendo-se apenas os artefatos mais significativos.

Nos dias atuais, o conceito de patrimônio cultural, que por muito tempo direcionou-se apenas a bens móveis e imóveis, passou a expressar também valores imateriais, intangíveis, como formas de expressão, modos de criar, fazer e viver das coletividades humanas.

Ao mencionarmos o patrimônio cultural a primeira imagem que nos vêm à mente são as igrejas, as vilas, os castelos, as construções monumentais e antigas, embora essa idéia seja um tanto limitativa, pois como veremos nos incisos do artigo 216 da Constituição Federal o patrimônio cultural brasileiro tem um rol apenas exemplificativo de elementos.

Ainda, é intuito deste trabalho, a compreensão dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural brasileiro existentes em nosso ordenamento, não pudemos nos esquivar de entrar em contato com áreas que não são de nosso domínio. Nestes casos, limitamo-nos a alinhar as informações e as opiniões mais

relevantes, deixando as questões mais complexas para a análise dos especialistas.

Outrossim, aborda-se o instituto jurídico do tombamento como o instrumento de preservação de maior aplicabilidade, que procura atender a coletividade pelo interesse em garantir a sua conservação.

Assim, faz-se imprescindível a participação da comunidade na valoração de um bem cultural, já que ela é legítima produtora e beneficiária dos bens culturais. Desta valoração do bem cultural é que podemos citar a aplicação do princípio do equilíbrio, onde deve ser realizado um balanço entre o que pode ser útil à comunidade sem prejudicar o ecossistema e à vida humana.

Por fim, remete o leitor a uma análise das penas aplicáveis aos crimes praticados contra o patrimônio cultural, sendo os crimes considerados todos de pequeno potencial ofensivo ou sujeitos à suspensão condicional da pena, o que nos parece muito pouco diante da relevância dos valores sociais ofendidos.

A motivação deste trabalho é em grande parte devido a importância de esclarecer quais os bens que devem ser preservados, para que não haja uma paralisação da criatividade humana. Assim, devemos conciliar o novo com o antigo, preservando e conservando os artefatos mais significativos, sem que se congele a vida cultural.

A metodologia utilizada na elaboração do trabalho foi a pesquisa teórica, de caráter bibliográfico e documental, com a previsão de análise quantitativa de dados.

## 2. PATRIMÔNIO CULTURAL

### 2.1. Patrimônio Cultural: conceito e características

Sobre o que se deve compreender por patrimônio cultural pronuncia-se Helita Barreira Custódio:

**Em princípio, sem entrar nas particularidades doutrinárias, considera-se *patrimônio cultural* o conjunto de bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza e da ação humana como da ação harmônica conjugada da natureza e da pessoa humana, de reconhecidos valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupos e povos. Integrado de elementos básicos da civilização e da cultura dos povos, o patrimônio cultural, em seus reconhecidos valores individuais ou em conjunto, constitui complexo de bens juridicamente protegidos em todos os níveis de governo, tanto nacional como internacional.<sup>1</sup>**

Foi no IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado em Atenas, Grécia, que gerou a carta de Atenas, que surgiram as primeiras manifestações em relação à proteção cultural. Foram discutidos os princípios básicos em face da formação das cidades e suas intervenções.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) é o principal órgão que protege o patrimônio cultural, procura a preservação e a disposição deste para todos. Em 16.12.1997 o Brasil participou da Conferência Geral da Unesco, realizada em Paris e aderiu a manifestação de preservar o patrimônio da humanidade. Esta convenção entrou em vigor com a promulgação do Decreto 80.978, de 12.03.1997.

Devido a importância desta convenção a secretaria geral da Federação Italiana Unesco Clubs, Marialuisa Stringa, defende que, "nós poderíamos

---

<sup>1</sup> CUSTÓDIO, Helita Brreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 6, p. 1819.

considerar este documento como a Declaração dos Direitos da Arte e da Cultura, tão importante quanto a Declaração dos Direitos Humanos”.<sup>2</sup>

Para Paulo Afonso Leme Machado é importante expor que:

**(...) como não se internacionaliza o bem classificado, na lista do patrimônio mundial ou na lista do patrimônio mundial em perigo, também não pode o país onde esteja situado esse bem transferir suas responsabilidades administrativas e financeiras de conservação para a Unesco.**<sup>3</sup>

A UNESCO reconhece no Brasil nove monumentos culturais e naturais como patrimônio da humanidade, são eles: Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Ouro Preto, MG; Centro Histórico de Olinda, PE; Sítios Históricos e Arqueológicos das Missões Jesuíticas dos Guaranis, RS; Centro Histórico de Salvador, BA; Santuário de Bom Jesus de Matozinhos, MG; Sítios Arqueológicos de São Raimundo Nonato, PI; Conjunto Urbanístico e Arquitetônico e Paisagístico de Brasília, DF; Parque Nacional do Iguaçu, PR; e Centro Histórico de São Luís, MA.

O artigo 1º do Decreto Lei 25/37 estabeleceu um dos primeiros conceitos de patrimônio cultural; por constituir o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

A Constituição Federal substituiu este conceito por um mais abrangente em seu artigo 216:

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

**I – as formas de expressão;**

---

<sup>2</sup> STRINGA, Marialuisa. Unesco's Convention Concerning the protection of the World cultural and natural heritage. Towards the World Governing of the environment. Veneza: Icef, 1995, p. 285.

<sup>3</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. Ação Civil pública e tombamento. 2. ed. São Paulo: RT, 1987, p.108.

**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.**

**§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação.**

**§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua condução e quantos dela necessários.**

**§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.**

**§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.**

**§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências dos antigos quilombos.**

Analisando o *caput* do artigo da CF, independente que tais bens tenham sido criados por intervenção humana, são passíveis de serem protegidos. Ainda que não foi acolhida a exigência do artigo 180 da EC/89 de que tais bens fossem notáveis, para merecer a consideração de proteção sob o rótulo de patrimônio cultural.<sup>4</sup>

É importante ressaltar que o artigo 216 da CF, não tem rol taxativo em relação aos seus elementos, pois quando este utiliza-se a expressão “nos quais se incluem “, admite-se que outros possam existir embora não citados .

Fica difícil para um país com dimensões amplas, proporcionar uma cultura comum, em vista das várias imigrações e das condições regionais, como clima, economia e maior ou menor proximidade do centro de decisões.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, falam em:

**(...) grupos formadores da sociedade brasileira, devemos lembrar que a nossa sociedade é derivada de uma miscigenação racial, de modo que será difícil não considerar a presença de uma**

---

<sup>4</sup> Seguindo a esteira do conceito de patrimônio cultural previsto no artigo 1º do Decreto-lei 25/37, temos que este não foi recepcionado pelo conceito constitucional atual de patrimônio cultural, encartando no artigo 216, citado no texto.

determinada raça como formadora da nossa sociedade. Daí resulta a amplitude considerável do conceito constitucional.<sup>5</sup>

## 2.2. Meio Ambiente e patrimônio cultural

O meio ambiente cultural é mediatamente tutelado no artigo 225, *caput* da Constituição Federal e imediatamente pelo artigo 215 da CF. Artigo 225, *caput*:

**Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**

Na medida em que se fala de princípios, diretrizes e objetivos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente, mas quando se fala em sua classificação, na verdade não se quer estabelecer divisões isolantes, até porque traria dificuldades para o tratamento da sua tutela.

Assegura na Magna Carta em seu artigo 215:

**O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.**

**§ 1º- O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.**

**§ 2º- A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.**

Lembra José Afonso da Silva, o meio ambiente cultural “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora

---

<sup>5</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRÍGUEZ, Marcelo Abella. Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 126.



artificial, em regra como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial”.<sup>6</sup>

Para que se tenha uma maior identificação entre a atividade degradante e o bem imediatamente agredido, fala-se em quatro aspectos importantes. São eles: 1) natural; 2) cultural; 3) artificial; e 4) do trabalho. Por via destas divisões que não são peremptórias ou estanques denominamos a tutela imediata, expressa pelo artigo 215 da Constituição Federal.

Percebe-se portanto tratar-se de um conceito lege ferenda, uma vez que o conceito de patrimônio histórico vem previsto no artigo 216 como já citado anteriormente.

### **2.3. Natureza Jurídica do Patrimônio Cultural**

Todo bem referente à nossa cultura pelo seu valor à sociedade e reconhecido como patrimônio cultural tem natureza difusa, estabelece o artigo 215 da CF/88: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Tem natureza difusa porque a titularidade do direito recai sobre todos e ainda determina que é dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade em preservar o patrimônio cultural, estabelece o artigo 216, § 1º da Constituição Federal.

Além dos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto do direito), não se pode comprometer a sua integridade, para que outros titulares e futuras gerações, possam usufruir do mesmo direito.

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 03.

Comentando o artigo 78 da Constituição da República Portuguesa, Canotilho e Vital Moreira assim dissertam sobre o direito que está previsto no nosso artigo da CF:

**O direito à fruição e criação abrange, seguramente a defesa do patrimônio cultural. Mas a Constituição sublinha a importância deste, pois faz dele objeto de : a) um dever de todos não atentar contra ele e de impedir a sua destruição; b) uma obrigação do Estado de não o destruir e de o defender; c) um direito de todos os cidadãos de o defender, impedindo a destruição dele.**

### **3. ASPECTOS DA TUTELA CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 Meio Ambiente e seus elementos**

O conceito de meio ambiente deve ter um sentido amplo, pois pelas expressões “meio” e “ambiente”, engloba tudo aquilo que está ao nosso redor, o meio que nos cerca, é por isso que a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, vêm utilizando a expressão “meio ambiente” pois só “ambiente” não reforça a amplitude do significado mais preciso. Seria este conceito abrangente de toda natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, sendo portanto o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

A partir do conceito é importante ressaltar que existem aspectos ou seja elementos pelos quais este “meio ambiente” se divide em :

I- meio ambiente natural, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; é portanto toda a interação dos seres e seu meio, há uma correlação das espécies com o meio físico, é necessário e indispensável à saúde e ao bem estar físico do homem. Faz-se uma abordagem em relação a este aspecto, na Lei 6938/81, artigo 3º, quando diz que, para os fins nela previstos, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II- meio ambiente artificial, pode ser construído por ação do homem. Constitui-se pelo espaço urbano construído, como o conjunto de edificações decorrentes de uma evolução nos centros urbanos e pelos espaços urbanos abertos, que estão livres para a utilização do público, seriam os equipamentos

públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral), como conceituado no artigo 182 da CF;

III- meio ambiente cultural, integrado por todo bem material ou imaterial que possui um valor social decorrente de sua história, importância científica ou estética. Trata portanto do patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico. Embora possa considerar como artificial em regra, diferencia-se do anterior pelo valor que estes bens adquiriram. Tutelado pelos artigos 215 e 216 da Carta Magna;

IV- meio ambiente do trabalho, se insere no artificial, merece tratamento especial, onde a Constituição menciona em seu artigo 200, VIII, e uma série de outras normas constitucionais, protegendo a segurança e a qualidade de vida do trabalhador, já que passa boa parte de sua vida no local onde trabalha, ou seja, o meio ambiente de trabalho.

Depois de todos estes conceitos sobre os aspectos ambientais, fica claro a grande importância de cada um deles na vida humana, e que além de preservar, recuperar e revitalizar a natureza ecológica, os bens ambientais culturais carregam as mesmas obrigações e tem um alto valor coletivo, pois é interesse dos seres humanos das cidades em manter a qualidade de vida no meio urbano, por ser este o local onde a maioria da população se concentra.

## 3.2. Proteção Constitucional do patrimônio cultural brasileiro

### 3.2.1 Proteção estatal

De acordo com o artigo 215:

**O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. §1º: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. §2º: A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.**

A palavra *cultura* e o adjetivo correspondente *cultural* abrangem diferentes sentidos em relação aos artigos 215 e 216(mencionado a seguir), como as expressões; “direitos culturais”, “cultura nacional”, “manifestações culturais”, “culturas indígenas”, “culturas populares”, “patrimônio cultural”, “valores culturais”.

Sob esse ângulo José Cretella Júnior faz uma definição:

**A obtenção do conceito de cultura deve ser precedida da fixação de alguns pressupostos, sem o que o resultado atingido será desprovido de todo significado técnico. Por outro lado, a noção filosófica de cultura não se identifica com a noção sociológica. A todo instante o não especialista confunde também cultura com erudição e com inteligência, quando, na verdade, este último vocábulo significa ‘resolução de situações novas’ e ‘erudição’ tem o sentido de acúmulo organizado, ou não, de informações, como é o caso por exemplo, do banco de dados, do computador memorizado e do homem de memória prodigiosa. Deve-se ainda precisar o conceito de bem ou objeto, suporte este do bem cultural, ou bem de cultura. Como sobre o objeto incidem valores, o conceito de valor também deve ser estremado, no processo de obtenção do conceito de cultura.<sup>7</sup>**

---

<sup>7</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Vol .III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4432.

Diante disso, é importante salientar que há o mundo da natureza e o mundo da cultura. Da natureza, está o objeto natural, o mundo das coisas brutas, da matéria, e dos animais irracionais do qual prescinde o homem. Porém o objeto natural, pode tornar-se cultural, ou bem de cultura, quando o homem acrescenta a marca de sua personalidade.

Desta forma, a cultura, é algo criado pelo homem e para o homem, que através de sua criatividade e esforço faz transformações no seu mundo interior, criando valores e fazendo história.

Garante o Estado constitucionalmente, o *pleno exercício dos direitos culturais*, a todos os cidadãos, ou seja, todos sem qualquer distinção tem o direito de transformar objetos naturais em objetos culturais.

Nos ensina Cretella que:

**Em todos os setores das artes, plásticas, ou rítmicas – literatura, pintura, escultura, música, dança -, expressa regra jurídica constitucional permite a todo cidadão o *pleno exercício dos direitos culturais*, fixando o resultado final desse exercício ou desempenho, no papel – literatura -, no mármore, bronze, granito, ouro – escultura ou ourivesaria -, na tela – pintura -, nas folhas das partituras – música -, em discos, em cassetes.<sup>8</sup>**

Em relação ao *acesso às fontes da cultura nacional*, trata-se de todo local, monumento ou documento onde se encontram os traços característicos da história de um povo.

O Estado garantirá , não só o pleno exercício dos direitos culturais, mas toda a *manifestação cultural*. Esta manifestação seria uma projeção do resultado das criações, incentivados e valorizados pelo poder público, como exposições, concertos, mostras, exibições.

Para que não se deteriorem ou desapareçam, protegerá ainda o Estado, as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras.

Por ser um país de imigrações, o Brasil possui essências culturais de outros povos, cabe ao Estado proteger as manifestações dessas culturas, que fazem parte do processo civilizatório nacional. Como as imigrações dos italianos,

---

<sup>8</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, obra citada, p.4434.

portugueses, japoneses e muitos outros que possuem seus próprios traços culturais.

Finalizando a interpretação do artigo 215 da CF, fala-se sobre as datas comemorativas de alta significação, visto que, como todos os países, o Brasil possui datas nacionais devido a fatos significativos de âmbito nacional ,como, por exemplo, o 7 de setembro, o 15 de novembro, o 13 de maio e ainda sobre datas comemorativas para uma região ou Município.

### **3.2.2. Identificação dos bens culturais a serem preservados: o seu fundamento constitucional.**

Depois de várias referências ao tema no artigo 215, é somente no artigo 216 que o legislador constituinte se propõe a conceituar nosso patrimônio cultural.

O patrimônio cultural brasileiro compõe todo bem que atinge uma determinada massa social, considerada relevante, pela sua participação na história, na formação, cultura e vários outros elementos que levaram a identidade de um povo.

A Constituição Federal conceituou patrimônio cultural brasileiro como:

**(...) 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 (art. 216).**

Os incisos do mesmo artigo apresentam a relação de “bens de natureza material e imaterial” que podem ou não se relacionar com os grupos formadores

da sociedade brasileira e devem ser protegidos, por tratar de direito individual e coletivo, visto como uma “herança cultural”, enquanto o caput refere-se à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira. Ressalta-se que os bens incluídos nos incisos podem ser protegidos mesmo que não tenham direta ou indiretamente vínculo à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Percebe-se que a CF não faz restrição a qualquer tipo de bem, determinando que estes podem ser materiais ou imateriais, ou seja, podem ser coisas singulares ou coletivas, móveis ou imóveis, de domínio público ou particular, tomados individualmente ou em conjunto, etc. Desta forma, mesmo que os bens não tenham sido criados por intervenção humana (autóctones), serão protegidos.

O artigo 180, parágrafo único, da EC 1/69 exigia que o sítio e a paisagem para serem protegidos fossem “notáveis”, mas a Carta Magna de 1988 retirou essa necessidade.

Institui-se o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, pelo Decreto 3.551, de 4.8.2000, os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro.<sup>9</sup>

As linhas demarcadoras do patrimônio cultural devem estar em acordo com a Seção II - Da Cultura, integrante do Cap. III do Título VIII da Constituição Federal. A noção de patrimônio cultural do art.216 da CF é que irá dar fundamentação para a competência concorrente prevista no art. 24, VII. O art. 24 trata de uma competência diferente da apontada no art. 23 e, assim, vemos que o texto do inc. III do art. 23 ao se referir a “paisagens naturais notáveis” não pode limitar ou modificar o campo de maior abrangência do art. 216, que não exige a condição de notabilidade para a paisagem ou outro sítio natural ser protegido.

Poderá ser protegido todo bem que tenha nexos vinculante com à identidade, à ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, então tal bem poderá ser tombado (assunto que será melhor abordado em capítulo posterior). Seriam portanto as crenças, danças, músicas e rituais dos

---

<sup>9</sup> Esse registro será feito em quatro livros: Livro de Registro dos Saberes; Livro de Registro das Celebrações; Livro de Registro das formas de expressão; e Livro de Registro dos Lugares. “A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira”( art. 1º, § 2º).



grupos étnicos formadores da nossa sociedade. Não se pode esquecer ainda, que os incisos previstos no artigo 216 não constituem rol taxativo de elementos relacionados à identidade, memória e a ação dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, pois o artigo utilizou a expressão *nos quais se incluem*, admitindo que outros possam existir, que não tenham sido citados.

É importante ressaltar que, tanto pode ser protegido e preservado como patrimônio cultural brasileiro um bem individual ou conjuntamente considerado. Não se importando com a titularidade desse bem, mas sim com sua composição, ou seja, pode tanto ser tombada uma casa como uma cidade inteira.

Fala-se em *grupos formadores da sociedade brasileira*, pois devemos lembrar que a nossa sociedade é derivada de uma miscigenação racial, de modo que será difícil não encartar ou não considerar a presença de uma determinada raça como formadora da nossa sociedade. A amplitude do conceito constitucional, resulta desta característica.

Os incisos do artigo 216 da Magna Carta incluem como bens culturais a serem preservados:

#### **I- as formas de expressão;**

Na lição do doutrinador José Cretella Júnior:

***Forma de expressão* é 'modo de expressão' ou 'manifestação'. *Forma*, que se contrapõe a *conteúdo*, é o sinal tangível mediante o qual se revela, fora do sujeito que a exprime, a vontade, constituindo esta o conteúdo do ato ou do sentimento. Os bens de natureza material e imaterial incluem suas *formas de expressão*, ou seja, projeções, no mundo, da vontade, do sentimento, da concepção do artista ou do cientista.<sup>10</sup>**

O legislador constituinte ao incluir as *formas de expressão* no conceito de patrimônio cultural brasileiro, dá garantia, apoio e incentivo à difusão das manifestações culturais, artísticas, científicas e tecnológicas, protegendo-as.

---

<sup>10</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, obra citada, p. 4435.

Para Paulo Affonso Leme Machado:

**O conceito de patrimônio cultural dado pela Constituição Federal permite uma proteção dinâmica e adaptável às contingências e transformações da sociedade. Daí a previsão de se resguardar as formas de expressão e os modos pela introdução dos espaços destinados às manifestações artístico-culturais.<sup>11</sup>**

## **II- os modos de criar, fazer e viver;**

Os *modos de criar, fazer e viver*, são as formas, técnicas e processos de variada espécie, que refletem o estilo do artista e do homem e se incluem entre os bens do patrimônio cultural brasileiro.

## **III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;**

Em face do pleno exercício dos direitos culturais, da liberdade que se tem para qualquer espécie de manifestação humana, têm-se como resultado, a criação artística, a obra de arte, a música, a escultura, a obra literária e muitos outros.

No mesmo sentido, igualmente estão as criações científicas e tecnológicas. “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica” (art. 218).

## **IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;**

As “obras”, os “objetos”, os “documentos”, as “edificações”, e demais “espaços destinados às manifestações artístico-culturais”, se incluirão entre os bens constitutivos do patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>11</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 849.

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

Quando o art.216 se refere aos bens de natureza material, tomados em conjunto, portadores de referências à identidade ou à memória dos diferentes grupos da sociedade brasileira, trata dos conjuntos urbanos e sítios que possuem determinado valor histórico.

Diz ainda Paulo Affonso:

**A noção de *conjuntos urbanos* foi bem empregada na Constituição, pois é mais larga do que a de cidade. Assim, ruas, becos, bairros, vilelas, subdistritos, distritos, aglomerações e cidades estão compreendidos na expressão 'conjuntos urbanos'. O patrimônio rupestre como patrimônio espeleológico estão abrangidos não só na noção de sítio paisagístico como na de sítio ecológico.<sup>12</sup>**

Os sítios de valor paisagístico, estão incluídos entre os bens de natureza material, como paisagens naturais notáveis, locais dotados de particular beleza ou particularmente dotados pela natureza.

A Constituição de 1967, art.172, parágrafo único, a EC nº 1, de 1969, art. 180, parágrafo único, aludem sobre os sítios de valor histórico (espaços caracterizados por traços estéticos) e sítios de valor arqueológico (bens públicos dominicais).

Sítio de valor paleontológico é o local onde se encontram fósseis, ou seja, vestígios ou resto petrificado de seres, plantas ou animais que habitaram a Terra em época remotíssima.

O espaço em que há uma perfeita inter-relação do meio com os seres vivos, onde dele fazem seu habitat, é visto como sítio de valor ecológico.

Há ainda aqueles que se incluem entre os bens constitutivos do patrimônio ou acervo cultural nacional, que por suas instalações, devem ser preservados,

---

<sup>12</sup> Idem, p. 849.

devido a sua importância presente e futura, são denominados de sítios de valor científico.

### **3.2.3. Proteção Constitucional dos bens mencionados**

Cabe portanto ao Poder Público, com a colaboração da comunidade a tarefa de identificar, conservar, proteger, valorizar e transmitir para as futuras gerações, com o intuito de garantir o histórico e o bem estar social.

Todos os bens acima mencionados, merecem uma proteção estatal, mas não como uma simples faculdade do Poder Público e sim com uma força mandamental, já que a Constituição em seu parágrafo primeiro do artigo acima citado, menciona sobre a ação estatal protetiva: “O Poder Público, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”.

Existem alguns meios utilizados para alcançar tal ação estatal protetiva, podem ser, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e ainda outras formas de acautelamento e preservação. Contudo, esse tema será aprofundado em capítulo posterior.

O artigo 216 da CF faz uma delimitação legal do que seja o patrimônio cultural brasileiro, portanto, devemos considerar o patrimônio cultural não só aqueles bens instituídos legalmente, mas todo aquele que seja significativo para a coletividade devido ao seu traço de identidade.

## **3.3. Competência dos entes da Federação na tutela do patrimônio cultural brasileiro.**

### **3.3.1 Federalismo e Meio Ambiente**

Quando se diz federalismo, refere-se a uma forma de Estado, denominada Federação ou Estado Federal. No Brasil adota-se o sistema de República Federativa, no qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, têm autonomia reconhecida pela Constituição de 1988, nos termos dos artigos 1º e 18.

Estas entidades federativas brasileiras (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) têm autonomia em relação a existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas.

O federalismo fala em repartição de competências entre a União e os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, há uma repartição de poderes entre as entidades autônomas. A Constituição prevê uma distribuição de atuação governamental, ou seja, qual será a área de competência para que os órgãos e entidades estatais possam realizar suas tarefas, funções, prestar serviços de acordo com as distribuições.

A Carta Magna de 1988, busca um equilíbrio federativo com o sistema de repartição de competências, visto que este é bem complexo. Afirma José Afonso da Silva:

**A Constituição de 1988 busca realizar o equilíbrio federativo por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definitivos indicativamente para os Municípios (arts. 29 e 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos, áreas comuns em que se prevêm atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.23) e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais e normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar (arts. 24 e 30).<sup>13</sup>**

A Constituição Federal brasileira não estabeleceu um conceito de norma geral. Cabe à doutrina e à jurisprudência conceituar. Assim, Paulo Affonso Leme Machado, acentua que;

**A norma geral visa à aplicação da mesma regra em um determinado tempo de espaço territorial. A norma geral federal ambiental, ou em outra matéria de competência concorrente, não precisa necessariamente abranger todo o território brasileiro. Uma norma geral ambiental federal poderá dispor, por exemplo, sobre as áreas**

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69.

**previstas no art. 225, § 4º- Floresta Amazônica Brasileira, Serra do Mar, Mata Atlântica, Pantanal e Zona Costeira. A norma geral pode abranger somente um ecossistema, uma bacia Hidrográfica ou somente uma espécie vegetal ou animal.<sup>14</sup>**

A Constituição com relação a repartição de poderes, divide a competência em material e legislativa (formal). Tem-se: 1) a competência material: a) exclusiva: da União (art.21), dos Estados, que se extrai de seus poderes remanescentes do art. 25, § 1º, e dos Municípios (art.30, III a VIII); b) comum: da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (23); 2) a competência legislativa: a) privativa ou exclusiva: da União (art.22), dos Estados (art.25, §§ 1º e 2º) e dos Municípios (art.30, I); b) concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art.24), onde a legislação da União é de normas gerais e a dos Estados e Distrito federal de normas suplementares; c) também está prevista a legislação suplementar dos Municípios (art.30, II).

### **3.3.2 Competências Ambientais**

A competência sobre o patrimônio cultural é do tipo concorrente, protegido pela atual Constituição Federal, legisla a competência do patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico. Esta competência está inserida no artigo 24, VII, mas permite em seu artigo 30,I e II da CF, que o Município possa legislar suplementarmente naquilo que for de âmbito local. De acordo com o artigo 30 da Carta Magna; "compete aos Municípios: legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber".

Estará o Município suplementando a legislação federal e estadual, em interesse estritamente local. A competência da União está limitada ao estabelecimento de normas gerais.

Os Estados têm competência legislativa suplementar de normas gerais estabelecidas pelo Governo Federal, nos termos do artigo 24, VI, VII e VIII e seu

---

<sup>14</sup> MACHADO, Paulo Affonso Lemes. Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82.

parágrafo 2º da Carta Magna. E tem competência com a União e os Municípios, nos termos do artigo 23, IV, VI e VII da CF.

A competência dos Municípios é reconhecida no artigo 23, III, IV, VI e VII, em comum com a União e os Estados, porém, mais no âmbito da execução de leis protetivas do que no de legislar. Mas é possível reconhecer que na norma do artigo 30, II, entra também a competência para suplementar a legislação federal e estadual na proteção do meio ambiente, natural e cultural, e legislar sobre assuntos de interesse local.

Com relação a competência material, a CF preocupou-se em ratificar expressamente o que se poderia inferir a partir da competência concorrente (art. 24, VII), quando expôs no artigo 23, III, IV e V que:

***É competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios:***

***(...)***

***III- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;***

***impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural;***

***V- proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;***

***(...).***

## 4.TUTELA ADMINISTRATIVA E SEUS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

### 4.1- Introdução

Para se entender melhor a matéria tema do capítulo em questão, não poderíamos deixar de mencionar os instrumentos administrativos, legislativos (leis federais, estaduais ou municipais) e jurídicos (Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo e Ação Civil Pública) de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Nos primórdios de nossa legislação protetiva, a proteção dos bens culturais era considerada simplesmente como matéria de interesse público, o qual era manifestado por meio da atuação direta do Estado, em especial pela imposição de um regime de tutela administrativa. Enquanto prevaleceu esse enfoque, a tutela jurisdicional dos bens culturais se resumia praticamente à repressão criminal. Por outro lado, não se vislumbrava senão excepcionalmente a necessidade de utilização da jurisdição civil para acautelar o interesse protetivo ou, caso esse fosse violado, obrigar à reparação do dano.<sup>15</sup> O entendimento vigente era de que tais finalidades o Estado contava com seus próprios instrumentos sancionatórios. (multas, embargo ou interdição, demolição ou retirada).

O parágrafo primeiro do artigo 216 da CF, destaca os instrumentos administrativos do patrimônio cultural brasileiro estudados neste capítulo:

**§1º: O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de**

---

<sup>15</sup> Neste sentido, PAULO AFFONSO LEME MACHADO, Ação Civil Pública (ambiente, consumidor e patrimônio cultural) e Tombamento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 101.



**inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acatamento e preservação.**

É importante observar que este parágrafo consagra o princípio da participação, informativo do direito ambiental, que consta do princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992: “trata-se mais adequadamente das questões ambientais assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, em nível pertinente”.

Como já fora salientado, não é possível preservar todo e qualquer bem, é necessário portanto analisar seu valor perante a sociedade. Assim é preciso falar em uma conciliação da novidade com o antigo, preservar e conservar, mantendo-se aqueles artefatos mais significativos, sem que se perca a criatividade do homem para mais e novos artefatos.

Partindo desta questão percebe-se a grande importância da atuação da comunidade, que deve participar na preservação do patrimônio cultural em conjunto com o Poder Público, para decidir sobre a valoração de um bem cultural e a necessidade de sua preservação.

Assim, para a determinação dos bens culturais a serem preservados é necessário aplicar o princípio do equilíbrio, onde Paulo de Bessa Antunes abordou o assunto, da seguinte forma:

**O direito ambiental é um direito de compromisso, onde cabe optar entre duas situações. Ao se fazer uma usina hidrelétrica pode-se ter em troca a redução da ictiofauna de um rio. Decidindo-se pela preservação do rio, deixa-se de produzir energia mais limpa do que a produzida por uma termoelétrica. Portanto, sempre haverá que se decidir entre uma ou mais situações, mais ou menos danosas ao meio ambiente. Daí, um dos princípios fundamentais que instruem este ramo do direito: o princípio do equilíbrio. Com base nele é que os aplicadores da política ambiental devem pesar as consequências previsíveis da adoção de uma determinada medida, de forma que esta possa ser útil à comunidade e não importar em gravames excessivos aos ecossistemas e à vida humana. Através do mencionado princípio deve ser realizado um balanço entre as diferentes repercussões do projeto a ser implantado. Devem ser analisadas as consequências ambientais, as consequências econômicas, as sociais, entre outras.<sup>16</sup>**

---

<sup>16</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 29.

Portanto, a participação da comunidade é fundamental, por ser ela a legítima produtora e beneficiária dos bens culturais, ninguém melhor para classificar ou determinar um valor cultural, que não precisa ser apenas artístico, arquitetônico ou histórico, mas também estético ou simplesmente afetivo. Pode portanto, representar uma prova de valor cultural a simples identificação ou simpatia da comunidade por determinado bem, sendo bastante superior àquela obtida através de dezenas de laudos técnicos plenos de erudição, mas muitas vezes vazios de sensibilidade.

## **4.2 Inventários e registros**

Fala-se em cadastrar, registrar, relacionar os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro, para que o Estado, num primeiro momento saiba onde estão localizados. É através dos inventários e registros que se sabe o tipo de bem, onde este se localiza e os perigos que os cercam.

Quando possível, cada item recebe um número inscrito em pequena placa e, depois, transcrito em livros apropriados a este fim, pelas repartições públicas, em geral, federais, estaduais, municipais ou distritais.

## **4.3 Vigilância**

A vigilância está introduzida como uma espécie de instrumento, mas é, de acordo com o artigo 20 do Decreto-lei 23/37, dever estatal ser vigilante pela conservação do bem tombado, tendo o direito de inspecioná-lo sempre que achar conveniente.

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

**Transparece neste ponto a preocupação de fazer do Estado o protetor de todas as manifestações culturais. Em especial do patrimônio cultural brasileiro, o qual lhe incumbe preservar de todos os modos. Cabe-lhe, também, estimular-lhe o desenvolvimento pelo incentivo para a produção e a divulgação de bens e valores culturais.<sup>17</sup>**

O poder de polícia do Estado , incide sobre todos os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro, de natureza material e imaterial, esta intervenção é obrigatória, para que haja a conservação e não ocorra evasão de obras de arte do País. Prevê portanto o texto constitucional uma “proteção especial” para os bens culturais especificados.

## **4.4 Tombamento**

### **4.4.1 Conceito e características**

Foi consagrado o instituto do tombamento, como o instrumento mais importante de preservação dos bens culturais em nosso ordenamento positivo. A criação do instituto pelo Decreto-lei n. 25 de 30 de novembro de 1937, representou o início de uma caminhada da proteção jurídica do patrimônio cultural em nosso país.

O entendimento de Vladimir Passos de Freitas em relação ao instituto do tombamento, ressalta que o Decreto 25/37 prevê:

**Regras necessárias à efetivação do mesmo em bens móveis ou imóveis, sítios naturais ou arqueológicos que tenham valor histórico, turístico, ecológico, estético, sacral, natural, objetivando preservá-lo para as gerações futuras. Pela leitura do texto legal, se depreende que o ato de tomar é o registro de coisas ou fatos referentes a uma especialidade, cuja finalidade é a sua preservação,**

---

<sup>17</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 365.

**mediante a fiscalização do poder público, submetendo-se inclusive à limitação administrativa, para edificar, alterar e modificar.<sup>18</sup>**

A origem da palavra tombamento já foi narrada por diversos autores, que assinalam por seu primitivo significado o ato de registrar, de guardar. Foi historicamente recolhida da tradição portuguesa, eis que já no Século XIV foi criado o Arquivo Real Português, instalado no Castelo de São Jorge, em Lisboa, por determinação do Rei D. Fernando I. A torre que encerrava os registros públicos da corte portuguesa, então denominada Torre de Albarrã, passou a ser conhecida como Torre do Tombo, em razão da função que lhe foi destinada. Embora a torre primitiva tenha sido destruída no terremoto de 1755, persistiu a denominação, definitivamente vinculada à idéia de conservação de bens e documentos históricos.<sup>19</sup>

Pela simples interpretação que se dá ao artigo 1º, §1º do Decreto-Lei 25/37, percebe-se que tomar é inscrever no Livro do Tombo.<sup>20</sup>

Para o Direito brasileiro, tombamento é o ato pelo qual o Poder Público institui a determinados bens, o registro no denominado Livro de Tombo, desencadeando um regime especial de proteção sobre determinado bem, submetendo-os a certas modificações com relação a sua livre disposição, em face de suas características especiais, com a finalidade da preservação cultural, atendendo ao interesse coletivo.

O instrumento do tombamento vem sendo utilizado em grande escala no Brasil como medida protetora. Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua tombamento como:

**Uma intervenção ordenadora concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinada à**

---

<sup>18</sup> FREITAS, Vladimir de. Direito Ambiental em Evolução. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 41.

<sup>19</sup> Cf. TELLES, Antonio Queiroz. Tombamento e seu regime jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 20 - 21.

<sup>20</sup> “Se tomar é inscrever, registra, inventariar, cadastrar, tombamento é a operação material da inscrição do bem... no livro público respectivo”. Cretella Júnior. José. Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 3.ed., 1978, p. 510; no mesmo sentido Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 483.; Pietro, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit.; p. 114 – 115.

**preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico.<sup>21</sup>**

O Decreto-lei federal 25, de 30.11.1937, em seu artigo 5º, expande este conceito acima, abrangendo os bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios e não somente à propriedade privada.

Afirma José Cretella Júnior: “Se tombar é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, tombamento é a inscrição de bem, móvel ou imóvel, no livro público respectivo”.<sup>22</sup>

A legislação federal, buscando efetivação a tutela do patrimônio cultural brasileiro, pelo que determina o artigo 216, V, da CF, dividiu o Livro do Tombo em : Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Livro do Tombo Histórico, Livro do Tombo das Belas Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas. Cada um dos livros poderá ter vários volumes.

O tombamento tem como finalidade conservar a coisa, em face de seu valor histórico ou artístico, para que mantenha sua característica original. Essa preservação não acarreta a perda do direito de proprietário em caso de a coisa estiver sob a posse de particular, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas lhe retira o direito de transformar e desnaturar a coisa. Não há portanto uma desapropriação, o domínio da coisa não se transfere para o Estado, a não ser que o proprietário esteja impossibilitado de conservá-la.

#### **4.4.2 Natureza jurídica do tombamento**

Muito se discute sobre a natureza jurídica do tombamento, de acordo com o entendimento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo;

---

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diego de Figueirredo. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 510.

<sup>22</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 510.

**(...) de ser o instituto um meio de proteção do patrimônio cultural, permitindo o acesso de todos à cultura; possui ele uma natureza jurídica de instrumento de tutela do meio ambiente cultural, cujo alcance pode se dar tanto pela via legislativa quanto pela via administrativa ou jurisdicional.<sup>23</sup>**

Como já fora mencionado, um dos principais objetivos do tombamento é a proteção e conservação da coisa, permitindo o acesso de todos à cultura, desta forma entendemos que o instituto possui uma natureza jurídica de instrumento que tutela o patrimônio cultural, cujo alcance pode ser tanto por via legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Desde o início do século passado o conceito de propriedade sofre modificações, da mesma forma surgiram várias soluções teóricas em busca de captar a essência desse regime. O tombamento vai possibilitar que não se transfira o domínio do particular, evitando-se a estatização de todo o patrimônio artístico, histórico e paisagístico. Com relação ao bem privado, passa a haver um regime jurídico de tutela pública.

Veremos a seguir as teorias jurídicas expostas para caracterizar tal regime jurídico: limitação administrativa da propriedade privada, servidão administrativa, propriedade coletiva dominial, domínio eminente estatal, bem cultural como bem imaterial, propriedade privada como função social, bem de interesse público.

#### **4.4.2.1 Teoria das limitações administrativas**

Ao lado de outras formas de limitação do direito, o regime instituído pelo tombamento consistiria basicamente na imposição de obrigações negativas ao proprietário da coisa, tais como abster-se de determinados atos ou sujeitá-los à autorização estatal, sofrer restrições na disposição da coisa, permitir a atuação fiscalizadora da Administração, etc. A idéia dessa corrente é que essas limitações

---

<sup>23</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abella. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 235.

afetem unicamente o exercício das faculdades que integram o direito de propriedade, em nada interferindo com o conteúdo do próprio direito, o qual permanece intocável.

Reforçando a teoria, José Cretella Júnior cita Zanobini, afirmando que:

**As limitações de Direito Privado são objeto das cogitações civilísticas, as de Direito Público são objeto de considerações, principalmente do Direito Administrativo”. Acrescenta o Professor paulista “as (limitações) de Direito Privado têm por fim a compatibilidade do direito de cada proprietário com os direitos e com os interesses dos outros sujeitos e sobre tudo com outros proprietários, as de Direito Público têm por objetivo a compatibilidade do direito do proprietário com os direitos subjetivos públicos do Estado.”<sup>24</sup>**

#### **4.4.2.2 Teoria da servidão administrativa**

Para alguns autores o regime do tombamento, é visto como um direito real instituído em favor da Administração sobre a coisa protegida. É portanto uma servidão de natureza administrativa, caracterizada como um “gravame instituído de modo especial sobre certos bens onerados com uma peculiar sujeição ao interesse público”, de acordo com a definição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Acredita tratar portanto o tombamento de uma servidão administrativa.<sup>25</sup>

Esta teoria tem como base algumas características: 1º) o tombamento não decorre diretamente da lei, mas de um ato administrativo específico; 2º) o tombamento incide sobre um bem em particular, apontado no ato administrativo, e não sobre uma generalidade abstrata de bens; 3º) o tombamento visa auferir uma utilidade pública do objeto afetado, colocando-o parcialmente à disposição da coletividade; 4º) o principal efeito do tombamento é o estabelecimento de um

---

<sup>24</sup> RDA 112/55 E 56, 1973.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. *In: Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, 1969, p. 59.

dever de suportar em relação ao proprietário, que deverá sujeitar-se à perda parcial de sua exclusividade sobre o bem.

Servidão Administrativa é um direito real de gozo de natureza pública que recai sobre um imóvel de propriedade alheia instituído pelo poder público em favor de um bem público ou de um serviço público.

#### 4.4.2.3 Teoria dos bens de interesse público

O primeiro autor a formular o conceito de bens de interesse público, foi Grisolia, baseando-se nas noções de “coisas de arte” e “belezas naturais” da legislação italiana então vigente.<sup>26</sup> De acordo com este autor, “a nota distintiva desses bens decorre de sua destinação especial em favor do patrimônio cultural da nação, o que por sua vez, justifica a imposição de um regime específico de direito público. Esse regime, todavia, adquire expressões diferenciadas, conforme a titularidade dos bens: para os bens de domínio estatal, ele se manifesta como um vínculo funcional de destinação; para os bens particulares, ele resulta em um poder de tutela estatal, com uma conseqüente diminuição dos poderes do proprietário privado”.<sup>27</sup>

Sustenta mesma posição o Prof. Aldo Sandulli, buscando diferenciar a destinação genérica que se deve dar à propriedade em consideração à sua função social, da destinação específica à satisfação de uma finalidade pública, por meio da sujeição de um regime especial de disponibilidade, pelo qual a Administração se vê investida em poderes *in rem*.<sup>28</sup>

Embora não tenha se tornado majoritária essa teoria em seu país de origem, tem o apoio de alguns defensores como José Afonso da Silva<sup>29</sup> e Paulo Affonso Leme Machado.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Leis 1.089, de 1 de Junho de 1939 e 1.497, de 29 de junho de 1939.

<sup>27</sup> *La tutela delle cose d'arte*, p. 202 – 206.

<sup>28</sup> SANDULLI, Aldo. “Spunti per lo studio dei beni privati d’interesse pubblico”. In: *Diritto della Economia*, n. 2, 1956, p. 167.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 489.



#### 4.4.2.4 Teoria da função social da propriedade

Para esta teoria a proteção do bens culturais deveria nascer como uma imposição natural, para a conservação e fruição da coletividade, ampliando os limites de propriedade privada, injetando em seu conteúdo outras conotações além daquelas estritamente identificadas com o interesse subjetivo de seu titular.

Segundo a lição de Aldo Sandulli observa que:

**A função social da propriedade se traduz essencialmente na imposição ao titular do direito sobre a coisa de certa obrigação pessoal (mas *ob rem*), tal como se tornar socialmente útil a titularidade privada do próprio direito (obrigação de produzir, de melhoramento, de benefício etc.)”, salienta que, contudo, “não se traduz em um regime especial da coisa em si mesma. Ao contrário, quando se tenha em mira a configuração de uma categoria de bem privado com especificação pública, se pressupõe um regime especial para esse bem.<sup>31</sup>**

#### 4.4.2.5 Domínio eminente do Estado

Nos ensina Hely Lopes Meirelles que:

**(...) o poder regulatório do Estado exerce-se não só sobre os bens de seu domínio patrimonial como, também, sobre coisas e locais particulares, de interesse público. Nessa última categoria encontram-se as obras, monumentos, documentos e recantos naturais que, embora propriedade privada, passam a integrar o *patrimônio histórico e artístico* da Nação, como bens de interesse da coletividade, sujeitos ao domínio eminente do Estado.<sup>32</sup>**

---

<sup>30</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública e Tombamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 71.

<sup>31</sup> SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Administrativo*. 12. ed. Nápole: Jovene, 1980, p. 523 – 524.

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 513.

Assim, no contexto específico dos bens culturais, o poder regulatório exercido pelo Estado, não diz respeito somente a bens patrimoniais que estão em seu domínio, mas também sobre coisas e locais de interesse público.

#### 4.4.2.6 Bem cultural como bem imaterial

Esta teoria foi construída por Massimo Severo Giannini, adotada por grande parte da moderna doutrina jurídica espanhola, parte do princípio de que há uma distinção entre coisa como suporte físico e o bem, que é precisamente uma determinada utilidade da coisa. Esta distinção entre coisa e bem permite estabelecer sobre uma única entidade material uma pluralidade de bens, desde o momento em que seja possível separar na coisa diversas utilidades, cada uma objeto de uma tutela específica. O bem cultural, diz Giannini:

**(...) seria ‘um bem imaterial’ cuja nota característica seria a de ser um bem aberto a uma ‘fruição coletiva’. O titular desta situação jurídica seria o Estado, que tem poder suficiente para tutelar essa fruição coletiva que resulta perfeitamente separável da coisa sobre a qual se assenta também um bem patrimonial, o qual, sob o ponto e vista do domínio econômico, pode ter outro ou infinitos titulares.<sup>33</sup>**

Segundo tal teoria diz ainda Alvarez que:

**(...) o bem cultural, é público não enquanto bem de domínio, mas enquanto bem de fruição. Os dois, o bem de domínio, propriedade privada e o bem de fruição, propriedade coletiva, coincidem no suporte físico, mas não na tutela jurídica nem na titularidade, que no primeiro caso se atribui ao proprietário e no segundo ao Estado.<sup>34</sup>**

Assim esses bens culturais identificados como coisas que representam um certo interesse para fins de proteção, geram um interesse público, mas não pelo suporte material, e sim pelo seu valor. Portanto, o bem cultural a que nos

---

<sup>33</sup> GIANNINI, Massimo Severo. “I beni culturali”. Rivista trimestrale di diritto pubblico, fascículo 01, 1976. Apud ALVAREZ, José Luiz. Estudios sobre el patrimonio histórico español. Madrid: Civitas, 1980, p. 26.

<sup>34</sup> ALVAREZ, José Luiz, obra citada, p. 26 - 27.

referimos não é a própria coisa, mas sim o valor que lhe atribuímos. Desta forma em uma determinada coisa é possível que se encontre, bens distintos: um bem econômico, de natureza material, e que pode ser objeto de direitos patrimoniais; e um bem cultural, de natureza imaterial, sujeito ao poder de tutela do ente estatal.

#### **4.4.3 Competência para tomba**

Para a preservação do patrimônio cultural é necessário que se elabore leis e a execução destas. No âmbito da competência, é importante lembrar que o nosso ordenamento jurídico, possui três formas de poder estatal (Federal, Estadual e Municipal) com certas divisões funcionais (Executivo, Legislativo e Judiciário) para execução da proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Conforme foi exposto anteriormente, o artigo 24, inc. VII, da Carta Magna, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas referentes a sua defesa, enquanto o art.23, inc. III, insere no âmbito da competência comum a eles e aos Municípios para protegerem os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. Logo, o art.30, inciso IX, trata da competência subsidiária dos Municípios, sofre estas limitações maiores tanto no plano executório quanto no legislativo, ficando, sujeitos às normas da União e do Estado.

Com relação às competências para legislar sobre o tombamento e para tomba, alguns estudiosos defendem a opinião de que a competência da União para tomba estaria subordinada à existência de um interesse nacional na tutela do bem, e aos Estados e Municípios caberia proteger as coisas de interesse estadual e local. Tal posicionamento não nos parece o mais correto e não encontra suporte em normas constitucionais ou ordinárias.

José Afonso da Silva, ao tratar do assunto afirmou:

**Trata-se antes de competência (ou dever) comum ou paralela, e não de competência concorrente, em sentido técnico, pois que o exercício dela por uma das entidades não exclui a da outra. Vale**

**dizer, em hipótese alguma se torna competência exclusiva. As três esferas de competência podem, paralelamente, tombar o mesmo bem, sem que haja exclusão em face de qualquer delas. Não ocorre caso de competência só da União, ou só do Estado, ou só do Município, como se quis insinuar, em pareceres, no discutido caso da Chácara do Céu, situado no Leblon, no Rio.<sup>35</sup>**

Portanto, conclui-se que ficaria difícil estabelecer critérios objetivos com relação ao grau de interesse envolvido, ou seja, seria impossível determinar em que medida a proteção de determinado bem seria mais interessante à União que ao Estado, ou que ao Município, e assim por diante. Estas discussões quanto a competência ou incompetência de determinado ente, levariam tal bem a uma ausência de proteção.

É importante ressaltar ainda que, existindo uma repartição de competências determinados bens estariam sujeitos à destruição, pela infelicidade de estarem sob a tutela de um ente menos dotado de recursos, ou menos interessado na proteção da memória coletiva. Quanto a inexistência da atuação tutelar municipal, José Eduardo Ramos Rodrigues se manifestou da seguinte forma:

**Desse quadro que é, infelizmente, o da realidade brasileira, decorre que a União e Estados não só podem, como devem auxiliar a preservação do patrimônio cultural de interesse local. Não apenas através do tombamento de bens culturais importantes para a comunidade local, que entretanto sofrem degradação por omissão do poder político municipal, como, também, pela assistência técnica e de restauração necessária à proteção daquele patrimônio cultural. Idêntico raciocínio deve permear o relacionamento entre União e Estados.<sup>36</sup>**

Sendo assim, é evidente a importância da competência da União, que deve preocupar-se com toda a proteção cultural do país, principalmente nos casos em

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 686 – 687.

Sobre a controvérsia judicial citada pelo autor, vide: THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “Patrimônio histórico – tombamento – notificação – registro”. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 119, mar – abr 1975, p. 628 – 636, e CARLOS MEDEIROS SILVA, “Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – tombamento – notificação do proprietário – registro – nulidade”. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 120, abr – jun 1975, p. 656 – 669.

<sup>36</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Tombamento e patrimônio histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 187.

que o bem tombado só tenha valor local ou regional, pois pode ocorrer uma insuficiência de proteção pelos Estados ou Municípios.

#### **4.4.4 Tipos de tombamento**

Mesmo que a Lei não faça qualquer diferenciação, no que tange à titularidade do bem é pertinente diferenciar o tombamento em dois gêneros: o tombamento de bem público e o tombamento de bem privado.

No primeiro caso, o tombamento é comunicado “à entidade a quem pertencer ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos” (artigo 5º, do Decreto-lei n. 25/37). Pelo estatuto federal, o tombamento de bens públicos depende apenas de iniciativa oficial por meio de ato da chefia do serviço protetivo federal que *ex officio* determina a inscrição do bem no Livro de Tombo. O Decreto-lei mencionado não tem previsão de recurso contra o ato administrativo que determinar o tombamento. Parece-nos que se deva admitir que a entidade atingida pelo tombamento possa impugná-lo perante o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural.

No caso do tombamento de bem privado, divide-se em duas espécies, referidas na lei: o tombamento voluntário e o tombamento compulsório.

Ocorre o tombamento voluntário quando o particular é quem propõe a preservação de bem de sua propriedade, ou quando o proprietário vier a anuir a provocação do Poder Público.

Será compulsório quando o proprietário resiste à inscrição do bem nos Livros do Tombo, por meio da impugnação à medida.

#### **4.4.5 Instituição do Tombamento: por lei e por ato do Poder Executivo**

#### 4.4.5.1 Instituição por lei

Primeiramente salienta Paulo Affonso Leme Machado que:

**Não há qualquer vedação constitucional a que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais.<sup>37</sup>**

Portanto, o ato estatal protetivo, legislativo ou executivo, será permitido desde que esteja de acordo com a lei.

Ilustra Hely Lopes Meirelles que o tombamento:

**(...) em si é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata da lei e de que esta apenas estabelece as regras para sua efetivação como mera preferência de que o tombamento seja sempre realizado por ato administrativo e não uma posição doutrinária tomada. Segundo nos parece, não há proibição de legislar-se casuisticamente sobre o tombamento, pois se tal se admitisse seria praticamente amputar-se uma atividade legislativa, sem qualquer amparo constitucional.<sup>38</sup>**

Negar a possibilidade do ato ser instituído por lei seria o mesmo que afrontar o texto da Constituição Federal, como menciona em seu artigo 216, § 5º, onde o legislador determina que *ficam tombados todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*.

É importante destacar que a origem do tombamento por lei torna-se vantajoso, uma vez que o desfazimento da medida somente poderá ocorrer por via de ato do Poder Legislativo. Parece-nos pertinente a esse respeito a lição de Paulo Affonso:

**A vantagem do tombamento originar-se de lei é que o desfazimento da medida somente pode vir através de ato do Poder Legislativo. Maior o consenso de vontades tanto no iniciar-se a conservação de um bem, como no cancelamento da proteção, em sendo necessário.**

---

<sup>37</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 872.

<sup>38</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 515.

Ademais, o tombamento provisório já existente por ato da Administração não perderia seu cabimento, funcionando até que o Poder Legislativo deliberasse.<sup>39</sup>

#### 4.4.5.2 Instituição por ato do Poder Executivo

Conforme o artigo 1º da Lei 6.292, de 15.12.1975, e o artigo 3º do Decreto federal 91.144, de 15.3.85, quando não se optar por via legislativa para a instituição do tombamento, fica estabelecido um procedimento para a medida protetora onde ocorre manifestação do parecer do Conselho Consultivo e homologação do Ministro de Estado da Cultura.

Com essa lei o sistema federal de tombamento foi modificado, o Conselho Consultivo continuou com suas funções, mas o Decreto-lei 25/37 que falava em “decisão”, agora com a modificação pela Lei 6.292/75, fala-se em “parecer”.

Conforme Oswaldo Bandeira de Mello, afirma que; “parecer é ato administrativo unilateral pelo qual se manifesta opinião acerca da questão submetida para pronunciamento. Diz respeito a problema jurídico, técnico ou administrativo”.<sup>40</sup>

O parecer auxilia e prepara os órgãos no momento de seus atos, ou de controle na consecução dos seus cometimentos. No caso de tombamento federal este parecer é obrigatório, não havendo manifestação do órgão gera nulidade.

O Ministro da Cultura é o agente ou órgão de controle, que examinará o parecer do Conselho Consultivo, onde poderá aceitá-lo ou rejeitá-lo. Desta forma poderá homologar ou não a opinião do Conselho Consultivo.

O Conselho Consultivo inicia o processo de tombamento e por conseqüência o tombamento provisório. Posteriormente o juízo definitivo do Conselho pode ser favorável ou não ao tombamento, permanecendo o tombamento provisório. No caso de o Ministro deixar de homologar parecer

---

<sup>39</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 873..

<sup>40</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Vol II. Rio de Janeiro: Forense, 1969 – 1979, p. 513.

favorável ao tombamento, cessa a eficácia do tombamento provisório. Portanto, só será definitivo o tombamento com o ato de homologação.

Já no sistema estadual e municipal, ainda que seja recomendável a instituição de um colegiado técnico para motivar o tombamento, não estão obrigados. Pode o tombamento ser através de decreto, resolução de Secretário de Estado ou ato de funcionário público a que se der competência.

#### 4.4.6 Procedimento

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

**É costumeiro entre nós chamar por tombamento tanto o procedimento como o ato que dele resulta. Isto porque estamos diante de um ato administrativo que vem precedido de uma série de outros atos, preliminares, seqüenciados e autônomos. Em outras palavras, o tombamento é também aquilo que a doutrina conceitua como procedimento administrativo.<sup>41</sup>**

A maioria dos estudiosos conceituam o tombamento como um procedimento administrativo, mas há quem entenda tratar-se de um processo administrativo, pelo menos com relação ao tombamento de iniciativa do Poder Público quando incide sobre bem de particular, desta forma, o proprietário é chamado para manifestar-se sobre tal ato, instaurando-se um contraditório no plano administrativo.

O Decreto-lei n. 25/37 em seu Capítulo II, descreve o procedimento do tombamento, indicando logo de início os Livros que inscreverão os bens protegidos de acordo com a sua categoria. Os Livros do Tombo são divididos em: Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Histórico; das Belas Artes; das Artes Aplicadas.

Em seguida a lei enumera as espécies de tombamento. Fala-se em tombamento de ofício, quando se tratar de bem público em mediante ofício a entidade política respectiva, após manifestação do IPHAN (Conselho Consultivo

---

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 139.



do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), visto que este é o órgão competente para aferir a existência do interesse público na conservação do bem, independentemente da vontade manifestada pelo seu proprietário. Já o tombamento voluntário ocorre a requerimento do proprietário e após manifestação do IPHAN.

O tombamento compulsório é a espécie que tem uma importância especial devido à litigiosidade. O interessado encaminha o requerimento ao IPHAN, se a manifestação deste for positiva o proprietário será notificado para anuir ou contestar. A contestação e a contra razão do Poder Público é encaminhada ao Conselho Consultivo, e este tem sessenta dias para decidir sobre o tombamento, sendo que essa decisão está sujeita a apreciação do Ministro da Cultura.

Assim o Ministro da Cultura poderá em primeiro lugar, verificar a legalidade do procedimento e, a seguir, avaliar a oportunidade e a conveniência de se efetuar o tombamento definitivo. Atestado o valor cultural de determinado bem, o bem é definitivamente tombado, ou seja, inscrito em um dos Livros de Tombo definidos na legislação.

O artigo 9º da lei definiu o procedimento do tombamento compulsório como processo, pelo fato de reconhecer nele a ocorrência de um “quase-contraditório”, semelhante ao processo jurisdicional:

**Art. 9º. O tombamento compulsório se dará de acordo com o seguinte processo:**

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

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

**3- Se a impugnação foi oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá a decisão a respeito, dentro do prazo da sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.**

Com a inscrição do bem cultural no Livro de Tombo, a proteção do patrimônio cultural deixa de ser provisória e passa a ser definitiva, ou seja, ganha estabilidade, cessando somente no caso de ocorrer o cancelamento ou a revogação do tombamento ou ainda com o desaparecimento do bem protegido.

Esta inscrição do bem cultural leva ao fim do procedimento de tombamento, mas em se tratando de bem particular, é necessário ainda a transcrição da medida junto ao Registro de Imóveis. Nesse sentido expõe o artigo 13 do Decreto-lei n. 25/37:

**Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.**

Com a leitura do artigo 13, entende-se que o procedimento registrário se justifica especialmente para que o ato tenha eficácia . As inscrições de registro, a par da publicidade que asseguram, interferem na constitutividade de direitos decorrentes do tombamento.

#### **4.4.7 Efeitos do tombamento**

O momento da incidência do tombamento sobre um determinado bem submetendo-o a um regime especial de proteção, produz efeitos a partir de sua edição. O ato de tombamento cria direitos e obrigações, que tomados em conjunto denominam o chamado regime jurídico do tombamento.

Com determinado ato de tombamento tem-se uma situação jurídica nova. Ele não se limita com situações preexistentes. No momento que ocorre a inscrição em um dos Livros de Tombo surge uma nova situação que pode afetar o proprietário, terceiros (interessados ou não) e o próprio Poder Público.

Mas antes mesmo da inscrição, ou melhor, no momento da notificação ocorre a incidência de efeitos como no tombamento provisório, que funciona como cautelar para evitar o perecimento do bem no curso do procedimento. Se não existisse tal forma acautelatória de preservação, talvez não fosse possível que os bens resistissem até sua proteção definitiva.

O tombamento provisório é um regime de proteção temporária, que produz praticamente os mesmos efeitos do tombamento definitivo, exceto pelo fato de não estar sujeito às disposições referentes à transcrição do ato no registro de imóveis e ao direito de preferência do Poder Público com relação à aquisição dos bens postos em alienação (Decreto-lei n. 25/37, artigo 10º).

Os principais efeitos decorrentes do ato de tombamento estão relacionados com as obrigações do proprietário, dos vizinhos do bem tombado, do órgão técnico.

O artigo 17 do Decreto-lei n.25/37 trata sobre as restrições à modificabilidade da coisa, tais restrições é que alcança a finalidade imediata do tombamento, ou seja, manter o objeto intacto, preservando assim a memória em favor da coletividade. Este artigo tem grande importância, por tratar de um elemento essencial para a estrutura do tombamento. O texto legal reproduziu que:

**Art. 17. As coisas tombadas não poderão em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem , sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.**

As restrições à modificabilidade do bem tombado são impostas a todos, mas assume um caráter especial com relação ao proprietário do bem tombado. O proprietário ainda que tenha a intenção de melhorar a coisa, deve consultar o órgão protetivo sempre que desejar alterar o bem tombado.

Em face das obrigações do proprietário, além da obrigação de não fazer onde implica que as coisas não poderão ser modificadas, a norma trata ainda da obrigação de fazer, no qual o proprietário tem o dever de conservar e zelar a coisa., ou comunicar o Poder Público se não tiver condições de fazer.

Estabelece também restrições à disponibilidade da coisa, onde os bens pertencente à União, ao Estado e ao Município são inalienáveis, sendo apenas possível a transferência de uma a outra pessoa de direito público interno, com notificação obrigatória ao órgão que instituiu tombamento. Quanto aos imóveis de particulares, estão sujeitos à transcrição do tombamento no Registro de Imóveis e restrições sobre a alienação dos bens, no qual devem assegurar direito de preferência à União, Estado e Município, nesta ordem em caso de alienação.

É importante ressaltar ainda sobre a disponibilidade da coisa tombada, no que diz respeito aos bens imóveis duas obrigações: a obrigação de fazer registrar o ato de alienação no prazo de trinta dias a contar do negócio (art. 13, § 1º) e a obrigação de comunicar a transferência no mesmo prazo ao órgão tutelar (art. 13, § 3º).

O Decreto-lei 25/37, em seu artigo 18, menciona as restrições à vizinhança do bem tombado, enfatizando a questão da visibilidade do monumento ao tratar da proteção do entorno. No seguinte sentido:

**Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.**

Os vizinhos do bem tombado não podem construir nas mediações obras que impeçam ou reduzam a visibilidade do bem tombado. Há ainda outra hipótese de restrição à vizinhança, onde estão proibidos de praticar todo tipo de ato que leve a destruição da coisa protegida, mesmo que esta destruição ocorra de forma lenta.

#### **4.4.8 Extinção do Tombamento**

Como vimos, a finalidade do tombamento é manter a existência e a integridade do objeto cultural. Há portanto algumas hipóteses em que a extinção do tombamento é possível, como nos casos de: desaparecimento da coisa, cancelamento do artigo 19, § 2º, pela revogação presidencial e anulação do tombamento.

Com o desaparecimento da coisa fica comprovado que o objetivo do tombamento não foi alcançado, pois com o desaparecimento do objeto tombado, não há que se falar em proteção especial. O regime protetivo sobre o objeto só será extinto com a perda total deste ou de qualquer interesse em efetivar sua preservação.

De acordo com o artigo 19, § 2º do Decreto-lei n.25/37, se o proprietário não tiver condições para realizar os devidos reparos à conservação do bem, esta obrigação é solicitada ao Poder Público, se este for omissivo nas providências de reparo, pode-se falar em destombamento do bem.

Já o Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, trata de outra possibilidade de revogação:

**Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivo de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico nacional de acordo com o Decreto-lei n. 25 de 30 de novembro de 1937.**

Contudo, o dispositivo legal mencionado é criticado por grande parte dos doutrinadores, pois a revogação do tombamento por decisão presidencial gera questão de interesse político, dependente de acontecimento casual e de sua vontade. Desta forma, os motivos que levaram a revogação podem desaparecer com o tempo e com mudanças políticas. Portanto, nos parece que tal decisão presidencial não impede que futuramente seja instaurado um novo procedimento administrativo de proteção ao mesmo bem cultural.

Poderá ainda, por meio de autoridade administrativa ou por força de decisão judicial, ser decretada a anulação de atos administrativos se houver

inadequação jurídica do ato (legalidade e legitimidade), sendo este desfeito, desconsiderando-se todos os efeitos que tenha produzido desde sua origem (efeito *ex tunc*).

#### 4.4.9 A indenização e o tombamento

Este assunto é sem dúvida o que desperta uma das maiores polêmicas no regime jurídico do tombamento. No Brasil encontramos dois posicionamentos com relação a indenizabilidade do tombamento: uma defendendo a gratuidade e outra de que o tombamento deve ser indenizado.

Todavia, é importante estabelecer que o regime protetivo não se equivale à desapropriação do bem tombado, mas a limitação de um ou vários direitos parciais componentes do direito da propriedade. A esse respeito foi discutido no caso do “Arco dos Telles”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no início da década de quarenta, onde prevaleceu o voto do relator, Ministro Castro Nunes:

**A finalidade do tombamento é conservar a coisa, reputada de valor histórico ou artístico com a sua fisionomia característica. Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa, como se exprime Lafayette (Coisas, §25), direito de transformação, assim o qualifica o Código Civil Português, o qual vai até a destruição mesmo, identificando-se, em certos casos, observa Cunha Gonçalves, com o proscrito *jus abutendi*. Por isso mesmo que a coisa não sai do domínio do particular, não se desloca para o domínio do Estado, este não estará obrigado a desapropriá-la pra realizar o fim que tem em vista.<sup>42</sup>**

A maior parte de nossa doutrina se manifesta favorável à indenização do tombamento. Em favor da pretensão indenizatória encontramos dois posicionamentos que justificam a indenizabilidade.

Alguns estudiosos partem do pressuposto de que o tombamento é indenizável pois trata de um ônus real, uma vez que recai um direito do Poder

---

<sup>42</sup> STF, Ap. Civ. N. 7.377 – DF, j. 17.06.42. Rel. Min. Castro Nunes. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 147, p. 791.

Público sobre o bem privado. A indenização é vista como uma regra absoluta em razão de sua própria natureza. A partir do momento em que o bem for tombado reverte ao proprietário o valor econômico equivalente a esse direito.

A segunda tese possui uma melhor justificação com relação à indenização do tombamento, pois faz uma distinção entre os tipos de propriedade para que possam ser indenizadas. Se manifesta nesse sentido em nossa doutrina atual Paulo Affonso Leme Machado:

**Devemos distinguir dois casos:**

**-quando a propriedade vinculada está inserida num contexto de outros bens vinculados ou limitados;**

**-quando a propriedade é escolhida individualmente para ser vinculada, não havendo mais bens a serem preservados na vizinhança ou bens existentes na vizinhança estão sujeitos a outro regime jurídico.<sup>43</sup>**

Desta forma ao relacionar um conjunto de propriedades imóveis situadas pelo seu valor cultural, não há que se falar em prejuízo especial. Assim se todos os bens situados nas mesmas proximidades ou em uma mesma região estiverem sujeitos ao mesmo regime de conservação e limitações, descaracterizam qualquer tipo de discriminação e nada há de indenizar pelo Poder Público.

A situação é diferente quando uma propriedade é escolhida individualmente para ser conservada, onde acarreta um sacrifício especial ao proprietário do bem escolhido, desencadeando um desequilíbrio nos encargos, justificando portanto a indenizabilidade.

Segundo Charles Debbasch aponta como prejuízo indenizável o prejuízo especial, isto é:

**Aquele que deve atingir um número limitado de indivíduos. De outro lado, o prejuízo geral atingindo o conjunto de cidadãos ou uma categoria de cidadãos não é indenizável. Os cidadãos devem, com efeito suportar cargas normais da vida social.<sup>44</sup>**

---

<sup>43</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 888.

<sup>44</sup> DEBBASCHI, Charles. *Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Cujas, 1972, p. 413.

Com a limitação de alguns direitos de propriedade, esta continua privada, portanto, não se questiona a indenização por expropriação, mas a indenização pelo prejuízo ocorrido, continuando a coisa na propriedade do particular.

Em contrapartida, defendendo a gratuidade do tombamento, um respeitável rol de juristas, não admitem a indenizabilidade, a não ser em circunstâncias excepcionais, quando a imposição do regime protetivo impossibilitar por completo o uso e a fruição do bem de propriedade particular.

A partir desta constatação, parece-nos que a simples limitação de certas faculdades do domínio, não representam que o proprietário deva ser indenizado, a não ser que o regime tutelar torne a propriedade econômica e socialmente imprestável ao seu titular.

Afirma Edmur Ferreira de Faria que:

**O Estado, quando intervém numa propriedade, terá de levar em consideração, para indenizar ou não, a situação atual e concreta. O que está fora da realidade palpável não pode ser objeto de apreciação para a reparação indenizatória. Assim, o tombamento, quando atinge um cinema, por exemplo, está afetando aquela realidade e não o que poderia ser no futuro aquela casa de diversão. Cinema continuará sendo, sem qualquer restrição. O único ônus para o proprietário, nesse caso, será o de manter o prédio conservado. Não há, como se vê, dano. A casa continuará sendo explorada da mesma forma que antes.<sup>45</sup>**

Enfim somente é possível falar de indenização em casos excepcionais quando o tombamento de coisa imóvel provocar prejuízo concreto e atual, pois caso contrário, a proteção e conservação traz grandes vantagens para os proprietários, onde estes ainda podem tirar lucros com o turismo cultural. No caso do Bairro do Pelourinho de Salvador e do Bairro do Recife antigo, com a recuperação dos casarões, criaram verdadeiros marcos turísticos brasileiros, valorizando os imóveis, tornando uma fonte de grandes lucros para os proprietários e grandes vantagens para a população em geral.

---

<sup>45</sup> FARIA, Edmur Frreira de. Curso de direito administrativo positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 434.



#### 4.4.10 Sanções administrativas

Embora o Decreto-lei 25/37 não tenha sido explícito quanto ao dever de reparação do dano, impõe para a Administração o dever de sancionar contra transgressores do regime protetivo. A legislação federal prevê uma série de sanções administrativas: a multa, a demolição e a restauração obrigatória.

##### a) Multa

Multas de 50% do valor do bem tombado estão previstas nos casos de: a) exportação ou tentativa de exportação de coisa tombada sem pedir prévia autorização ou tendo sido negada a autorização (primariedade do infrator); b) construção ou colocação de anúncios ou cartazes que impeçam ou reduzam a visibilidade do bem tombado; c) ausência de autenticação de objetos considerados como “antiquidades, obras de arte de qualquer natureza, manuscritos e livros antigos ou raros”; d) ausência de apresentação da relação de objetos, antes da venda, ao órgão estatal competente.

Multa de 100% do valor da coisa tombada será imposta no caso de reincidência em exportação ou tentativa de exportação; multa de 50% do lucro causado em caso de destruição, demolição, mutilação, e multa do mesmo valor no caso de reparação, pintura ou restauração sem prévia autorização do órgão competente. A autoridade responsável, no caso de bem público, incorrerá pessoalmente na multa; multa de 10%: a) quando o adquirente do bem tombado deixar de fazer dentro do prazo de 30 dias o registro no Cartório do Registro de Imóveis, “ainda que se trate de transmissão judicial ou *causa mortis*”; b) quando o proprietário de uma coisa tombada deixar de comunicar no prazo de 10 dias o seu extravio ou furto.

Para o cálculo das multas além dos valores de comércio ou de compra e venda do mercado deve-se avaliar os valores a serem protegidos na coisa tombada, pelo seu significado natural e cultural.

A legislação não foi explícita quanto ao dever de reparação do dano, sobre o tipo de culpa do proprietário e quanto ao tipo de responsabilidade a que está

sujeito (objetiva ou subjetiva). A Lei 6.938/81 em seu artigo 14, § 1º menciona o patrimônio natural tombado, onde afirma ter responsabilidade objetiva.

A lei paulistana (n. 10.032/85) prevê:

**As sanções e penalidades constantes deste título são aplicáveis com base na responsabilidade objetiva do proprietário do bem tombado, na simples ocorrência de fato que viole qualquer dispositivo desta lei, não excluindo o direito do Município ao ressarcimento de perdas e danos eventualmente apurados.**

#### b) Demolição

O Decreto-lei n. 25/37 determina que a Administração poderá exigir ao proprietário a demolição de obra ou retirar o objeto que possa prejudicar a visibilidade do bem tombado (artigos 17 e 18) ou executar diretamente tal medida.

O artigo 17 proíbe a destruição, demolição ou mutilação da coisa tombada, já o artigo 18 proíbe a construção na “vizinhança” de coisa tombada, sem autorização. Desta forma, se não houver autorização, mesmo que os arredores, ou entorno, pertençam ao mesmo proprietário está proibido de construir. O proprietário sem prévia autorização encontra-se proibido de destruir, mutilar ou demolir para poder construir obra nova, caso contrário, sofrerá a sanção de destruição da obra.

#### c) Sanção reparatória: restauração da coisa tombada

O Decreto-lei 25/37 não fez previsão quanto a possibilidade de o Poder Público propor a restauração do bem tombado em caso de omissão do proprietário. Mas mediante ação civil pública é possível pedir que se cumpra a obrigação de fazer a restauração.

No seu artigo 34 a Lei 10.032/85 do Município de São Paulo previu:

**Sem prejuízo das sanções estabelecidas nos artigos anteriores, o proprietário também ficará obrigado a restituir ou restaurar o bem tombado às suas custas, de conformidade com as diretrizes traçadas pelo órgão técnico de apoio.**

**§ 1º. Ser-lhe-á cominada multa independentemente de notificação, de pelo menos 1% do valor venal, por dia, até o início da reconstrução ou restauração do bem imóvel. Se móvel, a multa será de no mínimo 10 Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) ao dia.**

**§ 2º. Na falta de ação do proprietário, no prazo de 60 dias, o CONPRES poderá tomar as providências cabíveis conforme o previsto no art. 22 e parágrafos.**

**§ 3º. A possível ação prevista no parágrafo anterior, não exclui a multa que continuará a ser aplicada.**

#### d) Embargo e interdição

Embora a lei não faça referência explícita a esse tipo de sanção, ocorrerá a interdição toda vez que determinadas atividades lesarem ou possam lesar bem do patrimônio cultural e histórico, onde serão protegidos pela interdição dessas atividades. Sempre que a obra for realizada em desacordo com as normas protetivas, por não haver autorização ou sendo a obra realizada de forma contrária à autorização, poderá esta ser embargada. (Lei 6.513/77, artigo 24, II e III).

São aplicáveis aqui as mesmas considerações referentes a demolição, poderá ser executada diretamente pela Administração e no caso de desrespeito ao embargo caracteriza-se crime de desobediência (art. 330 do Código Penal).

## 4.5 Desapropriação

Pelo artigo 216 , § 1º- da Magna Carta, o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de desapropriação. Cabe ressaltar que a desapropriação é restrição total ao direito de propriedade sobre determinado bem, ao passo que o tombamento é restrição parcial ao mesmo direito de propriedade.

Desapropriação é o procedimento complexo de direito público onde o Estado, com fundamento na necessidade, na utilidade ou no interesse social, obriga o titular do bem, móvel ou imóvel, a desfazer-se, por transferência, desse bem mediante recebimento de justa indenização. Pela desapropriação, o Estado se torna titular do direito de propriedade, ou seja, adquire a propriedade. Mas é importante salientar que o Estado não pode desapropriar bem privado do particular para simplesmente transformá-lo em bem privado do Estado.

Será possível a desapropriação quando houver necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Clóvis Beviláqua sustenta que:

**Não há, realmente, diferença alguma, quer de efeitos, quer de processos, entre a desapropriação por necessidade pública e a desapropriação por utilidade geral. Todavia, é incontestável que os casos mencionados como de necessidade apresentam um caráter de maior gravidade e urgência do que os de utilidade, e esta consideração justifica a distinção tradicional do direito pátrio.<sup>46</sup>**

Portanto, fala-se em necessidade pública quando o poder público se encontrar diante de um problema inadiável, onde a única e indispensável solução é a transferência do bem para seu domínio. Já a desapropriação por utilidade pública também trata de necessidade, mas não com a mesma urgência da necessidade pública, onde em alguns casos pode ser adiada. No entanto, a diferença existente entre a necessidade e a utilidade está no “grau” de interesse social.

Por sua vez, a desapropriação por “necessidade” ou “utilidade pública” ou por “interesse social” existirá sob a condição de que haja prévia e justa indenização pecuniária. Diz a Constituição de 5 de outubro de 1988, artigo 5º, XXIV, que a indenização há de ser “justa”, “prévia” e “em dinheiro”.

#### **4.6 Formas de acautelamento e preservação**

Além dos instrumentos primários e secundários utilizados para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, todo meio ou instrumento jurídico que for empregado pelo Poder Público para acautelar ou preservar tais bens culturais, históricos ou artísticos está tutelado pela Magna Carta.

---

<sup>46</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civi comentado. 7. ed., 1945, vol. III, p. 136 –137.

Embora o tombamento seja considerado o instrumento mais usado para se alcançar a preservação, não pode ser utilizado para alcançar todos os objetivos relacionados a preservação.

É importante destacar que com os avanços do direito urbanístico, é nítida a necessidade de reformas na legislação brasileira em face da preservação, mediante adoção de institutos novos e adequados, a modernização do instituto do tombamento e ao incremento da desapropriação.

## **5. INCENTIVOS PARA A PRODUÇÃO E CONHECIMENTO DE BENS E VALORES CULTURAIS**

O parágrafo 3.º do artigo 216 da Constituição Federal trata dos incentivos para a produção e conhecimento de bens e valores culturais, dispositivo essencial à preservação do patrimônio cultural. O Estado incentivará ao artista a produção de bens e valores culturais e o conhecimento ao público.

Quando o Poder Público tomba um bem cultural, deve assumir conjuntamente com o proprietário particular a defesa do bem protegido, incentivando e auxiliando técnica e financeiramente. Havendo omissão do Poder Público, toda a obrigação de preservação fica a cargo do proprietário, causando prejuízos a este e uma má gestão do tombamento.

## 6. DOCUMENTOS E SÍTIOS DETENTORES DE REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS DOS ANTIGOS QUILOMBOS.

O parágrafo quinto do artigo 216 da Magna Carta tombou expressamente todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Como já dissemos, o ato de tombamento pressupõe bem de características perfeitamente identificadas. Assim, o legislador foi infeliz na elaboração de tal norma. Como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

**“Tem-se aqui uma norma desnecessária e perigosa. É desnecessária porque a autoridade pública não precisa dela para tombamento locais portadores de ‘reminiscências históricas dos antigos quilombos’. Perigosa, porque sua redação permitirá que algum ignorante entenda que todo local que ele, ou seus amigos, entenderem seja portador de ‘reminiscências históricas dos antigos quilombos’ já está tombado por força deste preceito constitucional. Obviamente o texto não pode significar senão que deverão ser tombados os referidos locais. Por outro lado, nunca se ouviu falar do tombamento de documentos”.**<sup>47</sup>

Para proteger documentos e sítios remanescentes dos quilombos é preciso identificá-los para que possam ser tombados. De nada adianta tombamento algo que não é conhecido, pois não há como protegê-lo, muito menos os vários sítios remanescentes que tenham valor exclusivamente arqueológico, que sofrem modificações e alterações por pesquisas arqueológicas. Com o tombamento, o sítio não pode sofrer qualquer modificação, inviabilizando a pesquisa arqueológica, assim, não podem integrar o patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>47</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, vol. IV, 1995, p. 87 – 88.

## 7.CRIMES

Determinadas condutas lesivas, por representarem um grave atentado ao patrimônio cultural brasileiro, são tipificadas como crimes e assim devem ser punidas, de acordo com os artigos 62 a 65 da Lei 9.605/98, inseridas no Título dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural.

Antes desta lei, a proteção ambiental estava inserida no Código Penal, no capítulo referente aos delitos de dano (arts. 163, III, 165 e 166 do CP). Os artigos 165 e 166 foram revogados pela nova Lei Ambiental e são os seguintes:

**Art. 165 (Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico) – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.**

**Art. 166 (Alteração de local especialmente protegido) – Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.**

Esses artigos apresentavam sérias deficiências, como a ausência de modalidade culposa e a exigência em tombarem bem arqueológico, tornando-se inaplicáveis. Com o novo regime constitucional de 88, onde não exige tombamento prévio para que este bem faça parte do patrimônio cultural brasileiro, houve a necessidade de uma reforma desses tipos penais onde estão dispostos nos artigos 62 a 65:

**Art. 62: Destruir, inutilizar ou deteriorar:**

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

**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 culposos, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.**



De acordo com o inciso I, qualquer bem que tenha seu valor cultural devem ser objetos de proteção por lei específica, ato administrativo onde se incluem o tombamento provisório e definitivo, além de outras formas de acautelamento (art. 216, § 1º. da CF) ou decisão judicial.

Pelo inciso II estão protegidos todos aqueles bens materiais mencionados nos incisos III, IV e V do artigo 216 da CF. Outros meios de acautelamento e proteção poderão ainda vir a ser criados em benefício dos bens culturais, como autoriza a Carta Maior. Quanto a esses bens mencionados para a consumação do delito basta que o dano atinja o edifício ou um dos objetos que façam parte do acervo.

O crime do artigo 62 deve ser punido a título de dolo quando o agente por vontade livre e consciente, destruir, inutilizar ou deteriorar os bens mencionados nos incisos I e II. De acordo com o parágrafo único do artigo 62, admite-se a forma culposa se a destruição, inutilização ou deterioração do bem resultar de negligência, imprudência ou imperícia do agente, diferente do que ocorria no regime penal anterior.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, por culpa ou dolo, até mesmo o proprietário, já o sujeito passivo é a coletividade pois o bem tutelado é patrimônio cultural, que gera interesse difuso ou seja de toda a sociedade.

**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.**

O artigo 63 trata de bens imóveis protegidos, embora não mencione expressamente o valor paleontológico ou seja os fósseis, pode ser inserido na expressão “valor cultural”, e ainda, não faz referência ao valor espeleológico, relativo a grutas, cavernas onde pode ser incluído entre os bens de valor ecológico.

Ao agente que alterar parcial ou totalmente, por qualquer meio, ou aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido, sem autorização da

autoridade competente ou em desacordo com a concedida, será punido somente a título de dolo.

Qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive o proprietário pode ser sujeito ativo, se alterar a edificação ou local especialmente protegido, desde que sem autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a concedida. O sujeito passivo será a coletividade e também o proprietário, se este não for sujeito ativo do crime.

**Art. 64: Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.**

O objeto material do artigo em questão é o solo não edificável, portanto imóvel, assim considerado pelo seu valor ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, inclui também os imóveis, situados no seu entorno, sem valor especial, cuja edificação venha a prejudicar aquele bem não edificável protegido.

A determinação do valor que justifique a não edificabilidade, embora o artigo seja omissivo em seu texto, nos parece resultar de lei, ato administrativo ou decisão judicial, por analogia com os artigos 62 e 63, da mesma forma devem demarcar o seu entorno e as restrições que sobre ele recaiam.

A consumação do delito ocorre com o início da construção, sendo o agente punido apenas pela modalidade dolosa. Qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive a pessoa jurídica descrita no art. 3º da Lei 9.605/98, que construa em solo não edificável, ou no seu entorno sem autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a concedida pode ser considerada sujeito ativo.

O sujeito passivo é a União, os Estados e os Municípios, diretamente, e a coletividade, indiretamente, ou o proprietário da coisa tombada se o mesmo não for o sujeito ativo do delito.

**Art. 65: Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.**

**Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.**

O legislador busca proteger aqui, as edificações comuns e os monumentos situados na cidade, tais como bustos, esculturas, estátuas, obeliscos e outros, da ação de pichadores ou grafiteiros.

A conduta punível é pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano. Pichar é pintar paredes de logradouros públicos ou privados com letras ininteligíveis ou figuras, danificando-as, inclusive dizeres políticos. Grafitar é também pintar locais previamente determinados para esse fim, com figuras artísticas mais apuradas. Conspurcar é sujar, macular ou corromper.

O crime é punido apenas a título de dolo e admite a tentativa, pode ser praticado por qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive o proprietário.

De acordo com o artigo 52 do Decreto n. 3. 179/99 se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada, em razão do seu valor artístico, arqueológico ou histórico a multa é aplicada em dobro.

Em face da Lei 9.605/98 a ação penal proposta com relação aos crimes dos artigos 62 a 65 é pública e incondicionada.

## **8. CONCLUSÃO**

Ao longo desta dissertação, observamos que os homens usam da memória para se situar no tempo, ou seja, resgatam o passado com o anseio de descobrir o futuro.

O homem com sua capacidade e liberdade de manifestação, constrói a sua própria história, cria um ambiente artificial no qual vive e o qual está continuamente transformando. No entanto, o comportamento humano preocupado com as condições materiais de vida na sociedade é capaz de mutilar as criações de várias gerações. Neste ponto, além da proteção do ecossistema natural é importante a conservação do patrimônio cultural brasileiro pelo valor que este representa na formação da sociedade.

Assim o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, bem como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida.

Nos dias atuais, o conceito de patrimônio cultural, que por muito tempo direcionou-se apenas a bens móveis e imóveis, passou a expressar também valores imateriais, intangíveis, como formas de expressão, modos de criar, fazer e viver das coletividades humanas.

O intuito maior de nosso trabalho foi demonstrar a existência e a importância de preservar os objetos da memória, ou seja, proteger os bens culturais mais significativos, conciliando a novidade ao antigo, para que não haja um congelamento da vida cultural, podendo o homem criar mais artefatos, sem paralisar suas manifestações culturais.

Também tentamos evidenciar que a participação da comunidade juntamente com o Poder Público na preservação do patrimônio cultural é fundamental para decidir sobre a valoração de um bem cultural, já que ela é a maior beneficiária.

Entre os vários instrumentos de proteção, o instituto jurídico do tombamento é o mais utilizado, pois pressupõe a preservação de bens materiais ou atividades lesivas contra os bens integrantes ao patrimônio cultural brasileiro razoavelmente determinados, assegurando a permanência e validade histórica. Entretanto, o tombamento só levará a indenização, quando realmente ocasionar prejuízo concreto e atual a coisa imóvel.

Para finalizar, é oportuno lembrar que o atentado contra o patrimônio cultural acarreta sanções administrativas e penais, onde determinadas condutas lesivas por representarem um grave atentado ao patrimônio cultural brasileiro, são tipificadas como crimes e assim devem ser punidas.

É importante que cada um de nós prossiga recolhendo os resíduos de nossa história, pois não devemos ser omissos ao que nos ajuda a entender o que somos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AB' SABER, Aziz Nacib. **O tombamento da serra do mar no Estado de São Paulo**. Revista do patrimônio histórico e artístico nacional n. 21, Rio de Janeiro, Fundação Nacional Pró-Memória, 1986.

ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. **I beni culturali e ambientali**. Milão, Giuffré, 1978.

ALVAREZ, José Luiz. **Estúdios sobre el patrimônio histórico espanõl**. Madri: Civitas, 1989.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CASTRO, Sonia Rabelo de. **O Estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v.6,

DASHEFSKY, H. Steven. **Dicionário de ciência ambiental**. São Paulo: Gaia, 1997.

DEBBASCH, Charles. **Droit Administratif**. Edition Cujas, 1971.

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

DURHAM, Eunice Ribeiro. **Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: RT, 1980.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FORATTINI, Oswaldo Paulo. **Ecologia, epidemiologia e sociedade**. São Paulo: Edusp, Artes Médicas, 1992.

FREITAS, Wladimir Passos de. **Direito ambiental em evolução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

FREITAS, Wladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes Contra a Natureza**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

GIANNINI, Massimo Severo. **"I beni culturali"**. Rivista trimestrale di diritto pubblico, fascículo 01, 1976.

GRANCO, Samuel Murgel. **O Meio Ambiente em Debate**. 14. ed. São Paulo: Moderna, 1991.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ITALIA, Salvatore. **La tutela dei beni culturali nell'ambito internazionale**. Udine: Del Bianco, 1988.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação Civil Pública e Tombamento**. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Brasileiro**. 8ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000.

MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PARIZATTO, João Roberto. **Dos crimes contra o Patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de . **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999.

STRINGA, Marialuisa. **Unescos convention concerning the protection of the World Governing of the environment**. Veneza: Icef, 1995.