

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em

Contratos e Responsabilidade Civil

**Hélio Rodrigues Figueiredo Júnior**

**A Constituição de 1988 e a imposição da preservação de um patrimônio cultural material local: as formas de acautelamento e de preservação do patrimônio cultural no § 1º no artigo 216 da Constituição e sua aplicação nos Municípios.**

**Brasília - DF  
2010**

**Hélio Rodrigues Figueiredo Júnior**

**A Constituição de 1988 e a imposição da preservação de um patrimônio cultural material local: as formas de acautelamento e de preservação do patrimônio cultural no § 1º no artigo 216 da Constituição e sua aplicação nos Municípios.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Contratos e Responsabilidade Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof.

Brasília - DF  
2010

Hélio Rodrigues Figueiredo Júnior

**A Constituição de 1988 e a imposição da preservação de um patrimônio cultural material local: as formas de acautelamento e de preservação do patrimônio cultural no § 1º no artigo 216 da Constituição e sua aplicação nos Municípios.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Contratos e Responsabilidade Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em / / , com  
menção ( ).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradeço muito ao Professor Paulo José Leite Farias pelas suas aulas, boa vontade, ajuda e sugestões para a realização do trabalho cuja versão final, lamentavelmente, não foi possível submeter ao seu crivo. Falha minha na tentativa de apresentar o melhor dentro do tempo de que dispunha. Ajustei o texto até o último momento. De qualquer forma, se logrei produzir algo de bom devo principalmente ao Doutor Paulo José Leite Farias. Caso contrário, a responsabilidade é toda minha.

## RESUMO

Resumo.

O estudo se propõe a analisar a promoção e proteção constitucional conferida ao patrimônio cultural brasileiro, com ênfase na questão dos bens culturais imobiliários. Os diversos institutos estabelecidos para a preservação dos bens culturais foram considerados como integrantes de um único sistema, cuja base se encontra na sua descoberta ou reconhecimento como uma operação de concretização de conceito jurídico indeterminado, segundo critérios traçados no próprio artigo 216 da Constituição. O exercício do poder discricionário se relaciona com a efetivação da proteção, que somente pode ser afastada, mediante suficiente motivação, na hipótese de colisão entre direitos de natureza também difusa. A motivação não se afasta do controle jurisdicional. A omissão do Poder Público nas questões relativas ao patrimônio cultural brasileiro não configura exercício de poder discricionário e também ser corrigida pelo Judiciário. O patrimônio cultural local enquadra-se na qualidade de patrimônio cultural brasileiro, razão pela qual todos os institutos para defesa deste são igualmente aplicáveis no âmbito dos municípios, inclusive no que se refere ao controle jurisdicional.

Palavras-Chave: patrimônio cultural brasileiro, conceito jurídico indeterminado, sistema constitucional de proteção, omissão da administração, controle jurisdicional, município.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 O PATRIMÔNIO CULTURAL.....	7
1.1 Bens culturais.....	7
1.2 Bens culturais materiais e imateriais.....	10
1.3 Bens culturais e função social da propriedade.....	11
2 PATRIMÔNIO CULTURAL, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO, DIREITO DIFUSO E PODER DISCRICIONÁRIO.....	15
3 MODALIDADES PARA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO.....	22
3.1 Inventários.....	22
3.2 Registros.....	23
3.3 Vigilância.....	25
3.4 Tombamento.....	27
3.4.1 Efeitos constitutivos do tombamento.....	31
3.4.2 Vinculação e discricionariedade no tombamento.....	32
3.4.3 Servidão administrativa, limitação administrativa e tombamento.....	35
3.5 Desapropriação.....	37
3.5.1 Desapropriação indireta.....	38
3.6 Outras formas de acautelamento e preservação.....	38
3.6.1 Lei específica.....	39
3.6.2 Decisão judicial.....	40
3.6.2.1 Indenização por danos ao patrimônio cultural.....	43
4 PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO.....	46
5 CONCLUSÃO.....	51
6 REFERÊNCIAS.....	54

## INTRODUÇÃO

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

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

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

Carla Gonçalves Antunha Barbosa, João Mitia Antunha Barbosa e Marco Antonio Barbosa relacionam o respeito à diversidade cultural, que se manifesta nos traços distintivos materiais e imateriais característicos de um grupo social, aos direitos fundamentais<sup>2</sup>. Por desenvolvimento semelhante, Marcos Paulo de Souza

---

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

<sup>2</sup> “A diversidade cultural é o reflexo direto do respeito aos direitos fundamentais: A cultura é um conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. A cultura engloba, além das artes e das letras, o modo de viver junto, o sistema de valores, as tradições e crenças, assim, respeitar e fazer respeitar a cultura inscreve-se no âmbito dos direitos humanos, segundo a posição da própria UNESCO. A diversidade cultural implica ainda no respeito às liberdades fundamentais, como a liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de opinião e de expressão, de participação na vida cultural de sua escolha, entre outras.” BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Direito à diversidade cultural na sociedade da informação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 59, abr./jun. 2007. p. 41.

Miranda indica o patrimônio cultural de uma sociedade como relativo à própria dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>

O reconhecimento da dignidade inerente a todas as comunidades humanas, portadoras de seus valores culturais, afasta a existência de cidades como as referidas no voto do Ministro Francisco Rezek, proferido no Recurso Extraordinário - 121.140-7 - RJ, Rel. Min Maurício Corrêa:

O proprietário não tem direitos ilimitados, e se ele os deseja maiores do que seria razoável, em lugar de especial interesse histórico, artístico, paisagístico ou o que seja, ele que procure lugar onde a falta de qualidade seja irmã gêmea da desídia do Poder Público em estabelecer regras de controle. Isso é efetivamente, a meu ver, uma equação simples. O proprietário que não quer restrição nenhuma ao seu direito de propriedade e deseja fazer do seu imóvel aquilo que à sua imaginação ou ao seu sentido de especulação pareça melhor, sem nenhuma espécie de regulamento do Poder Público, que procure (e não faltam no país) lugares condizentes com esse desejo de não enfrentar limites. Serão lugares que, pela sua modéstia em matéria de qualidade histórica, paisagística, ecológica, condigam com a miséria da disciplina urbana.

Não é o caso do bairro do Cosme Velho, no Rio de Janeiro; não é o caso do bairro de Laranjeiras, no Rio de Janeiro, onde este proprietário se instalou e quer, não obstante, que o Poder Público não tenha a prerrogativa de estabelecer posturas.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN<sup>4</sup> e os seus congêneres estaduais vêm atuando na preservação de um patrimônio cultural no âmbito de suas respectivas atribuições.

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

---

<sup>3</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p.233.

<sup>4</sup>“Com sete décadas de trabalho, o Iphan acumula mais de 20 mil imóveis e 83 conjuntos urbanos em seus livros de tombo. Ao acervo, somam-se 12 sítios arqueológicos e milhares de obras de arte e documentos. A lista de bens tombados no país inteiro é, porém, muito maior, incluídos os tombamentos estaduais e municipais. Essas iniciativas ganharam força a partir dos anos 1970, quando o patrimônio histórico e artístico foi descoberto pelos estados e prefeituras.” NOEL, Francisco Luiz. O patrimônio precisa de proteção – iniciativas voltadas para a preservação cultural e histórica ganham força no país. *Problemas Brasileiros*. São Paulo, n. 387, maio/jun. 2008, p. 55.

Passos de Freitas<sup>5</sup>, à ausência de pessoal qualificado e à pressão de grupos econômicos avessos a quaisquer restrições ao direito de propriedade.

Sérgio Buarque de Holanda<sup>6</sup> indica raízes históricas para uma concepção de auto-suficiência-individualista que permeia uma sociedade tão avessa a uma auto-organização na defesa de seus próprios interesses.

Cyro Corrêa Lyra<sup>7</sup> alerta para o desaparecimento e a mutilação dos marcos referenciais em municípios do Estado do Rio de Janeiro, situação mais grave naqueles que não possuem qualquer legislação protetora para os seus patrimônios culturais locais.

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

O patrimônio ambiental, natural e cultural, assim, é elemento fundamental da civilização e de cultura dos povos, e a ameaça de seu desaparecimento é assustadora, porque ameaça de desaparecimento a própria sociedade. Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida. Um povo sem cultura ou dela afastado, é como uma colméia sem abelha rainha, um grupo sem norte, sem capacidade de escrever sua própria história e, portanto, sem condições de traçar o rumo de seu destino.<sup>8</sup>

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

---

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

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

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

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

Vale observar a consideração de Maria Cecília Londres Fonseca no sentido de que a construção do patrimônio cultural nacional enfrenta como um de seus desafios a indicação de bens cuja significação “funcione como propiciadora de um sentimento comum de pertencimento, como reforço da identidade nacional”<sup>9</sup>:

No caso da política federal de preservação, os cerca de mil bens tombados (incluindo-se aí desde monumentos isolados a conjuntos da extensão do Centro Histórico de Salvador, com aproximadamente trezentos imóveis, e cidades inteiras, como Ouro Preto, Tiradentes, Olinda, Antônio Prado) funcionam mais como símbolos abstratos e distantes da nação do que como marcos efetivos de uma identidade nacional com que a maioria da população se identifique, e que integrem a imagem externa do Brasil.<sup>10</sup>

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

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

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

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

---

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

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

Passado Victor Nunes Leal<sup>11</sup> já considerava com relação a outras esferas da atuação administrativa está, cada vez mais, a extrapolar o âmbito local.

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

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

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

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

Ana Lúcia Goelzer Meira observa que “como muda a sociedade e mudam os seus valores, o que é considerado patrimônio cultural se modifica – é construído e reconstruído permanentemente”.<sup>12</sup> A autora, a título de exemplificação, apresenta a seguinte nota:

Um exemplo dessa questão, em Porto Alegre, é o acervo de edificações representativas do eclétismo que não era valorizado pelos arquitetos modernistas e que, a partir da década de 1970, passou a ser valorizado e inclusive tombado como patrimônio federal, estadual e municipal (antiga sede dos Correios e Telégrafos, atual MARGS, antiga Cervejaria Brahma, etc.).<sup>13</sup>

---

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

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

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

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

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

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

Assim, a preocupação é principalmente com a situação dos municípios que não possuem legislação protetora para seus patrimônios culturais imobiliários; que não produzem atos para a proteção de seus bens culturais e; cujas populações desoladas testemunham rápido desaparecimento de marcos que são característicos de sua formação histórico-cultural, a despeito dos termos da Constituição Federal.

# 1 PATRIMÔNIO CULTURAL

## 1.1 Bens culturais

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

Não se ignora que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural de uma comunidade é talvez a questão mais relevante para a efetivação de sua proteção e que tem como complicador a difícil definição do termo cultura.<sup>14</sup>

Carlos Marés de Souza Filho<sup>15</sup> observa que a preservação deve ser criteriosa e não pode abranger o conjunto indiscriminado das manifestações culturais, sob pena de se tentar estabilizar um processo cuja característica é a dinamicidade e assim prejudicar a própria produção cultural.

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

---

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

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

Somente as manifestações culturais que possam ser enquadradas em algum dos conceitos do artigo 216 da Constituição Federal são dignas de proteção. É com relação a estas manifestações que se utiliza a expressão patrimônio cultural.

Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>16</sup>, os bens culturais têm um valor intrínseco, que os diferencia dos demais e que se constitui em pré-requisito para a sua proteção.

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

Assim, adotando-se ensinamento de Miguel Reale, observa-se que o “bem cultural pode apresentar dois elementos: - ao primeiro chamaremos de ‘suporte’, e ao segundo de ‘significado’, sendo este a expressão particular de um ou mais valores”.<sup>18</sup>

Ainda segundo Miguel Reale<sup>19</sup>, os bens culturais devem não apenas ser explicados, mas compreendidos, o que envolve a análise de um elemento valorativo ou axiológico que lhe confere um sentido ou um significado especial.

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

Imaginemos, diz ele, que repentinamente, a Humanidade se torne insensível, sem vibrações estéticas, por ter-se-lhe obliterado o sentido do belo. Que representariam então os museus, como o Louvre, ou o do Vaticano? Uma coleção de coisas, uma reunião de objetos em que nada vibra. Pedacos de granito ou de mármore, blocos de bronze, retalhos de telas, algo que se parte, que se fragmenta. Poder-se-ia ‘explicar’ o material todo, mas já se não poderia ‘compreender’. O elemento axiológico é a essência da compreensão da cultura. No fundo, cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os.<sup>20</sup>

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, com uma concepção abrangente de um meio ambiente integrado da natureza e das modificações que nela introduzem os

---

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

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

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

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

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

seres humanos, considera que “para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo”<sup>21</sup>.

Os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. A razão cultural da obra de arte não está no suporte nem nas tintas, mas na imaterialidade complexa deles criada. Uma casa, beleza natural, objeto ou instrumento tem valor cultural não pelo material com o qual estão construídos, mas pelo que evocam, seja um estilo, um processo tecnológico ou um fato histórico. A última casa de adobe de uma região não será preservada por ser de adobe, mas porque, sendo de adobe e última, é uma referência a um processo construtivo, portanto cultural.<sup>22</sup>

Assim, a proteção mediante a caracterização de um bem como cultural depende de sua valoração, o que envolve uma aferição do significado que a sociedade lhe confere como portador de referência à sua própria identidade.

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

Valor cultural é “algo” que se agrega a determinado bem e que lhe passa a ser inerente.

Assim, a premissa é de que não é o Poder Público que confere ao bem a característica de patrimônio cultural. Pelo contrário, é por ser patrimônio cultural da comunidade que o Poder Público fica compungido a reconhecer o seu valor e atuar na sua preservação.

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

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

---

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

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

## 1.2 Bens culturais materiais e imateriais

O caput do artigo 216 da Constituição estabelece constituírem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto.

Apesar de o valor cultural representar algo de imaterial<sup>23</sup> e de ser este valor a razão da preservação, para os efeitos de proteção e de promoção, com base no dispositivo constitucional, efetua-se uma divisão entre patrimônio cultural material e imaterial, conforme o bem objeto da valoração cultural seja de natureza tangível (móvel ou imóvel) ou intangível (por ex.: tradições e costumes).

Os bens culturais materiais pertencem, em geral, ao passado de uma comunidade. São valores que correm grandes riscos, na medida em que dependem da preservação de suportes materiais móveis ou imóveis únicos e insubstituíveis. Sua destruição importa no desaparecimento de item que integra o patrimônio cultural comunitário.

Os bens culturais imateriais, ao contrário, são manifestações vivas, que se repetem e se reproduzem em princípio independentemente de qualquer suporte material único: formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver.

A concepção acima que foi extraída da obra de Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>24</sup> expõe a importância da distinção entre o patrimônio cultural material e imaterial: a sobrevivência do patrimônio cultural material exige a preservação de seus suportes materiais, geralmente impondo ao proprietário uma atuação nem sempre de seu interesse particular; a defesa do patrimônio cultural imaterial, normalmente consubstanciado em práticas comunitárias tradicionais, depende em

---

<sup>23</sup> “Os bens de valor cultural ou natural têm um valor destacado que representa, por si só, um bem imaterial de conteúdo não econômico, insuscetível de apropriação individual, já que pertence a todos os brasileiros. O valor contido nas coisas de interesse histórico, cultural ou natural é, em seu todo, um bem público de uso comum (res communes omnium), encarado como uma universalidade de direito, cuja conservação interessa a toda a sociedade. A comunidade nacional tem, outrossim, um direito subjetivo público de vê-lo protegido.” ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 10, abr./jun 2002, p. 44.

<sup>24</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 42, abr./jun. 2007, p. 52.

muito maior medida da atuação da própria comunidade e, na maior parte das vezes, não importa em intervenção no direito de propriedade.

No entanto, são reconhecidas situações em que a sobrevivência de manifestações comunitárias imateriais depende da preservação dos locais de suas práticas, gerando a necessidade da preservação de suportes materiais como, por exemplo, no caso da “linguagem dos sinos” das igrejas católicas de Minas Gerais, registrado como patrimônio cultural imaterial brasileiro em livro próprio do IPHAN<sup>25</sup>.

A permanência da tradição comunitária do badalar dos sinos depende da preservação dos próprios sinos e dos templos em que situados.

O mesmo fenômeno de interdependência entre preservação de patrimônio cultural material e imaterial foi referido pelo historiador e professor Paulo Marins, do Museu Paulista da Universidade de São Paulo, em comentário sobre a inundação que em 02 de janeiro de 2010 destruiu parte do conjunto arquitetônico da cidade histórica de São Luiz do Paraitinga, no Estado de São Paulo: “não é só a perda das edificações que existem ali, mas o fato de que essas edificações mediam uma quantidade de festas muito grande, que ocorrem em meio a elas e dentro delas, que foram perdidas”<sup>26</sup>.

### **1.3 Bens culturais e função social da propriedade**

A divisão básica entre patrimônio cultural material e imaterial possui relevância na medida em que as técnicas e os instrumentos para a preservação diferem segundo haja necessidade ou não da manutenção de determinados suportes materiais.

Fácil verificar os conflitos entre interesses de proprietários e da comunidade na questão da preservação do patrimônio cultural.

---

<sup>25</sup> BOECHAT, Ricardo. Cultura: som sublime. *Isto é*. Ano 32, n. 2089, 25 nov. 2009, p. 34.

<sup>26</sup> PARAITINGA: São Paulo pode ter perdido maior conjunto de edificações do século 19. *Correio Braziliense*, Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://correio braziliense.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>27</sup> expressa o entendimento de que a existência de bens de interesse cultural tem dado margem ao aparecimento de uma categoria distinta, identificada como “bens de interesse público”, sujeitos a restrições bem mais profundas do que a mera limitação em razão do interesse social.

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

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

Extraíndo-se a função social restaria o direito de propriedade com a sua clássica característica de absoluto<sup>28</sup>, o que não mais se admite.

A função social é restrição ao direito de propriedade que encontra respaldo na Lei Fundamental. Não se admite que o direito de propriedade deixe de cumprir sua função social. O interesse social deve preponderar sobre a vontade individual<sup>29</sup> e o atendimento à função social é condição para restrição ao direito e propriedade.

A função social do bem com características de patrimônio cultural é decorrente de sua própria e especial simbologia para a comunidade na qual inserido.

---

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

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

29 “Percebe-se, assim, que, para a Lei Maior de 1988, não basta ser proprietário do bem. A propriedade deve cumprir seu papel social, uma vez que o interesse da sociedade como um todo é preponderante sobre a vontade individual. Ou seja, os direitos sociais superam os direitos individuais.” GASPARI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 36.

A conformação entre direito de propriedade e sua função social passa a ser a própria razão da existência da propriedade; propriedade que não cumpre sua função social deixa de ser legítima.

Propriedade privada e sua função social são duas faces de uma mesma moeda: confundem-se premidas entre o interesse individual e o interesse coletivo.

No entanto, o princípio da reserva legal impõe que a conformação do exercício do direito fundamental da propriedade seja decorrência da aplicação direta da Constituição ou de lei em sentido formal<sup>30</sup>, com as suas características de abstração e de generalidade.

O sistema constitucional não deixa espaço para que meros atos administrativos autônomos restrinjam o direito de propriedade.

A conclusão é decorrência do princípio da legalidade estrita estabelecido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>31</sup> observa, com base no referido dispositivo constitucional, que os atos administrativos que visem impor restrições ao exercício de direitos somente são válidos se previstos em lei formal ou em diplomas normativos com idêntica força, como a medida provisória ou a lei delegada.

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

---

30 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 218.

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

perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos do cidadão em face do poder público.<sup>32</sup>

A juridicidade na atuação da Administração Pública pressupõe também respeito ao princípio da isonomia, que não admite que propriedades assemelhadas por ostentarem valor cultural recebam tratamento distinto: uma protegida e outra completamente negligenciada.

Tratamento diferenciado aos bens com valor cultural significaria ainda uma lesão à isonomia com desconsideração dos valores culturais de algumas comunidades que não teriam o seu patrimônio protegido, em total desacordo com o comando constitucional: promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Neste sentido, bem expressiva a manifestação de José Eduardo Ramos Rodrigues<sup>33</sup>:

“também exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural. Que, aliás é brasileiro, não havendo que se falar em ‘patrimônio de interesse estadual ou regional’ ou ‘de interesse municipal ou local’, como querem alguns autores, o que termina por fornecer descabidos argumentos para justificar a omissão dos órgãos de preservação mais organizados (federais e estaduais) diante da dilapidação cultural sistemática que vem sendo praticada em municípios que a soberba de alguns técnicos considera ‘desinteressante’ do ponto de vista patrimonial. Tal posição, é preciso ressaltar-se, não tem nenhum amparo legal, muito menos constitucional, contribuindo isto sim, para transformar moradores de cidades pequenas e pobres em cidadãos de segunda classe, sem direito à memória.”

Cada comunidade possui valores culturais próprios, que devem ser objeto de idêntica proteção. O ordenamento não admite que o Poder Público desconsidere os sentimentos valorativos culturais de grupos formadores da sociedade brasileira para negar a estes a proteção estabelecida.

---

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

33 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 21, jan./mar. 2001, p. 178.

## 2 PATRIMÔNIO CULTURAL, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO, DIREITO DIFUSO E PODER DISCRICIONÁRIO

O artigo 216 da Constituição traçou critérios qualificativos para o patrimônio cultural que são mais específicos que os encontrados no Decreto-Lei nº 25/1937 e que sempre foram suficientes para a edição dos atos de tombamento dos bens culturais materiais.

Em razão de maior especificidade, a caracterização dos bens culturais passou a decorrer diretamente do artigo 216 da Constituição e não mais do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937.

Assim, a concretização da promoção e da preservação do patrimônio cultural passou a representar o preenchimento de uma cláusula geral constitucional, conforme conceitos valorativos estabelecidos no próprio artigo 216 (bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira).

Trata-se de uma operação de densificação de um conceito jurídico indeterminado ou vago, de baixa densidade normativa, mediante emissão pelo aplicador do direito de um juízo de valor no caso concreto<sup>34</sup>.

A operação de densificação do conceito jurídico indeterminado considera as expressões de valores constitutivas do próprio conceito (no caso, o patrimônio cultural brasileiro), mediante interpretação com o objetivo de ser aplicado à determinada situação fática<sup>35</sup>.

Portanto, o enquadramento de algum bem no conceito de patrimônio cultural brasileiro ocorre com o preenchimento de conceito jurídico indeterminado, com a

---

<sup>34</sup> MAGALHÃES, Thiago Faria de Godoy. A importância do conceito jurídico indeterminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Esmape*. Recife, v. 12, t. 1, n. 25, Jan. jun. 2007, p. 371.

<sup>35</sup> "Deste modo, diante de um conceito jurídico indeterminado ou vago, cumpre ao julgador apreender o seu conteúdo e interpretá-lo, com base nas expressões de valores que constituem tal conceito, mas sempre atrelado ao caso concreto e ao momento em que estiver sendo aplicado, em face das variações dos significados e das específicas circunstâncias factuais." SAUSEN, Marlise Scheid. A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 78, maio-jun/ 2009, p. 182.

subsunção do fato à norma jurídica constitucional, de acordo com valores éticos, morais, sociais e políticos da comunidade e não com base em valores meramente pessoais<sup>36</sup>. Isto não pode ser confundido com o exercício de poder discricionário, realizado segundo juízos de oportunidade e de conveniência<sup>37</sup>.

A concretização do conceito jurídico indeterminado difere do desempenho de poder discricionário.

José Carlos Barbosa Moreira indica que conceitos jurídicos indeterminados integram a decisão de fato, enquanto que o exercício do poder discricionário se situa no campo dos efeitos, com a possibilidade jurídica da escolha da consequência decorrente da incidência do modelo normativo ao fato concreto.

Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o 'fato' (*Tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a decisão do 'fato', ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador<sup>38</sup>.

No momento da aplicação da lei o conceito jurídico indeterminado torna-se determinado, com a produção de única conclusão juridicamente aceitável; comporta apenas única solução justa, passível de amplo controle jurisdicional. Diferente é o poder discricionário, que permite mais de uma solução justa<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 35, abr./jun. 2008, p. 96.

<sup>37</sup> "Assim, é possível concluir que o adensamento de conceitos indeterminados ou valorativos, indicadores da relevância do bem, não oferece escolhas ilimitadas à Administração Pública. A determinação material daqueles conceitos atrai o dever de agir com vistas à integral satisfação do interesse veiculado na norma.

A constatação do valor histórico ou cultural não constitui atividade discricionária da Administração, porquanto essa tarefa de delimitação não oferece margem de opção à autoridade administrativa entre proteger ou não o bem. Vale dizer, feita a identificação, haverá apenas uma solução possível: a implementação de medidas de proteção especial." COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 51, jul./set. 2008, p. 191-192.

<sup>38</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66.

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Coord.). A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28.

José dos Santos Carvalho Filho destaca que, sem grandes problemas quanto a sua aplicação, os conceitos indeterminados sempre estiveram presentes nas normas jurídicas: são conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, a boa-fé e a diligência do bom pai de família do Direito Civil. Não há razão para que os conceitos jurídicos indeterminados fiquem alijados do campo do Direito Administrativo<sup>40</sup>.

Ainda que se considere a presença de questões técnicas para a caracterização de patrimônio cultural, isto também não deve ser confundido com discricionariedade. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles assinalou que a técnica impõe-se como fator vinculante nos serviços públicos especializados, “sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência”<sup>41</sup>.

Enfim, a qualificação jurídica, com a subsunção do fato à norma, é uma *quaestio iuris*<sup>42</sup> passível de ser conhecida pelo Poder Judiciário e não uma opção discricionária.

Flávio Henrique Unes Pereira<sup>43</sup> observa também que a aplicação de conceito jurídico indeterminado é questão relativa à interpretação da norma, juízo de legalidade passível de amplo controle jurisdicional.

É o que se nota com relação à qualificação do patrimônio cultural desde o paradigmático acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.377 pelo Pleno do Supremo

---

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Coord.). A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107.

<sup>42</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 71.

<sup>43</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. *Revista CEJ*. Brasília, n. 36, jan./mar. 2007, p. 30.

Tribunal Federal em 17 de junho de 1942, a respeito de tombamento efetuado pelo IPHAN, conforme observações de Victor Nunes Leal<sup>44</sup>.

A promoção e a proteção ao patrimônio cultural brasileiro qualificam-se como direitos de natureza difusa, portadores das seguintes notas básicas, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>45</sup>: indeterminação de sujeitos, indivisibilidade de objeto, intensa litigiosidade interna e tendência à transição no tempo e no espaço.

Direitos difusos surgiram com o Estado Democrático de Direito<sup>46</sup>, identificados como direitos de terceira geração. Materializam poderes de titularidade coletiva, consagrando o princípio da solidariedade no sistema constitucional, ao lado dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) e dos direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais)<sup>47</sup>.

---

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

1, que esteja vinculado a fatos memoráveis da história do Brasil; ou

2, que tenha excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico; ou

3, que se trate de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem.

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

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

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

<sup>45</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.294.

<sup>46</sup> ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual, *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, n. 378, abr. 2009, p. 90.

<sup>47</sup> Conforme voto do Ministro Relator Celso de Mello na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 – Distrito Federal.

Os direitos difusos possuem conteúdo político de extrema relevância no quadro constitucional e são tutelados jurisdicionalmente por processos de natureza objetiva, desvinculados dos interesses particulares de cada um dos membros da comunidade<sup>48 49</sup>.

No que se refere à característica de intensa litigiosidade, são comuns situações de contraposição entre interesses difusos na preservação de bens culturais e interesses difusos que, para serem atingidos, reclamam o desaparecimento de bem com valor cultural (hipótese, por exemplo, da necessidade da demolição de um imóvel histórico para a construção de uma via pública).

Os litígios que envolvem contraposição entre interesses de massa ou de grupos sociais exigem escolhas políticas mediante real exercício de poder discricionário, com opção, diante de fatos concretos, por alguma das soluções possíveis<sup>50</sup>.

Sob a consideração de uma equivalência de tratamento constitucional entre os valores culturais e os valores ambientais<sup>51</sup>, transcrevem-se considerações do Ministro Celso de Mello no voto proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1-DF, que indica a ponderação concreta, em cada caso, como fórmula para superação de antagonismos entre interesses metaindividuais, nos quais valores constitucionais relevantes se contrapõem:

(...) a superação de antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais) ponderar e avaliar *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso concreto, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (...) -, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.

---

<sup>48</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 78.

<sup>49</sup> TESHEINER, José Maria. Estudo de Caso: Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 167, jan/2009, p. 404.

<sup>50</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16

<sup>51</sup> “Portanto, a atual Constituição coloca, no mesmo pé de igualdade, a proteção dos valores históricos e culturais e o meio ambiente como um todo.” MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p.1197.

No entanto, caso a preservação de bem cultural não entre em conflito com outro interesse difuso, de natureza transindividual, não há que se falar em exercício de poder discricionário. A proteção ao bem cultural se impõe.

Assim, o Poder Público não pode deixar de reconhecer o valor cultural de determinado bem. A não proteção somente pode ocorrer diante da demonstração de algum outro interesse público, de igual hierarquia normativa constitucional, que no caso concreto se apresente mais relevante.

No momento posterior, não mais o relativo à caracterização do bem como cultural, mas sim o concernente aos efeitos da concretização do conceito indeterminado, com a proteção ou não do bem cultural diante de valor de igual hierarquia que, no caso concreto, se mostre mais relevante, é que há poder discricionário.

Poder discricionário que, no entanto, deve ser exercido mediante explícita e motivada ponderação de valores constitucionais, evidenciando as razões da escolha no caso concreto pela prevalência de um valor em detrimento de outro.

De qualquer sorte, ainda que discricionária a decisão administrativa, sua indispensável motivação não fica alijada de controle jurisdicional, pois a motivação apresentada vincula-se às circunstâncias de fato alegadas, “de modo que se esses motivos não existirem ou se não forem válidos, o ato será nulo”<sup>52</sup>.

Neste sentido, Maria Coeli Simões Pires<sup>53</sup> e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves<sup>54</sup> indicam como fórmula preventiva contra arbitrariedades a indispensabilidade de motivação, no caso de não proteção aos bens culturais.

Em conclusão, salvo quando presentes outras razões de interesse público, de igual hierarquia constitucional e devidamente motivadas, a Administração não pode desconsiderar a relevância cultural de um bem para deixar de protegê-lo. O §

---

<sup>52</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 122.

<sup>53</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 121-122.

<sup>54</sup> “Cumpre advertir que a liberdade dada ao administrador não pode dar azo à arbitrariedade. O agente político deve, a princípio, acatar o parecer do órgão técnico que tenha recomendado o tombamento, sob pena de desconsiderar o comando constitucional que prevê ser dever do Estado proteger o patrimônio cultural e natural através de um instrumento jurídico adequado.” ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 10, abr/jun 2002, p. 54-55.

1º do artigo 216 da Constituição deixa claro que a promoção e a proteção do patrimônio cultural compete primordialmente ao Poder Público, cabendo à comunidade uma atividade de colaboração.

Para o Poder Público há imposição decorrente da utilização de verbos no imperativo (“promoverá” e “protegerá”); a comunidade poderá colaborar. Exclui-se por ilegítima a mera omissão da Administração diante de valores constitucionais relevantes, conforme observa Frederico Menezes Breyner<sup>55</sup>.

Ainda sobre o § 1º do artigo 216 da Constituição, José Afonso da Silva<sup>56</sup> observa que a promoção relaciona-se à definição dos bens que integram o patrimônio cultural e a proteção envolve os respectivos meios de acautelamento, para que não deteriore.

Assim, na busca do fim público da promoção e proteção ao patrimônio cultural brasileiro, o Poder Público tem a obrigação constitucional de se valer dos meios para a declaração e a defesa dos bens revestidos de valores culturais, por intermédio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e de preservação.

---

<sup>55</sup> “Conclui-se que, sob qualquer ângulo, quando se analisa a implementação de direitos constitucionalmente garantidos, não há que se falar em poder discricionário pelo qual caiba à Administração a escolha entre agir e não-agir. A inação não é uma possibilidade dada pela Constituição. A Administração tem o dever de agir, escolhendo, dentre as possibilidades, aquelas que promovam o fim da maneira que julgar mais adequada e eficiente, ou, em outras palavras, aquela atividade que propicie o maior nível de implementação dos direitos prestacionais.” BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. *Revista Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, n. 139, jan./fev. 2008, p. 135.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

## 3 MODALIDADES PARA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

### 3.1 Inventários

O inventário para bens culturais ainda não foi objeto de legislação federal. No entanto, afirma-se que consista na catalogação sistematizada de bens de valor cultural, com referências às características peculiares de cada um e informações tidas por relevantes para estudos, divulgação e orientação das políticas públicas.

Marcos Paulo de Souza Miranda<sup>57</sup> considera que inventários de bens culturais realizados pelo Poder Público possuam natureza de atos administrativos restritivos e declaratórios da relevância cultural dos bens inventariados, dos quais derivam outros efeitos jurídicos para a sua preservação.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>58</sup> considera que o inventário deva ser destinado aos bens culturais que não estejam sob situação de risco, enquanto que intervenções mais efetivas, como o tombamento, devem ser adotadas com relação aos bens em situação de perigo.

Os inventários de patrimônios culturais podem ter por objeto bens imateriais ou materiais, tombados ou não, de relevância em quaisquer das esferas da Federação.

Como instrumento de sistematização de informações podem ser realizados por entes públicos ou privados (universidades, instituições de pesquisa,

---

<sup>57</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 15, jul./set. 2008, p. 186.

<sup>58</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 42, abr./jun. 2007, p. 55.

associações, etc.) e produzem conhecimentos de extrema relevância para a proteção ao patrimônio cultural.

O Inventário Nacional de Bens Imóveis em Sítios Urbanos (INBI/SU) é realizado pelo IPHAN desde a década de 80 e tem por finalidade “apoiar as ações de conservação, restauração, promoção e gestão do patrimônio urbano tombado”<sup>59</sup>.

O “Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis – Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro” foi realizado pela Secretaria de Estado de Cultura por intermédio do Instituto Estadual do Patrimônio Cultural – INEPAC em parceria com o SEBRAE-RJ e a UNESCO/Brasil para identificar o patrimônio cultural do Estado do Rio de Janeiro, bens tombados e não tombados, visando futuras ações preventivas<sup>60</sup>.

Considerando que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural seja a concretização de um conceito jurídico indeterminado, acredita-se que a inclusão de bem em inventário crie uma presunção quanto à sua relevância cultural, tornando obrigatória uma atuação do Poder Público.

### 3.2 Registros

O registro foi disciplinado no âmbito federal pelo Decreto nº 3551, de 04 de agosto de 2000, para bens culturais de natureza imaterial, constitutivos do patrimônio cultural brasileiro. Este Decreto criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

Estabelecido assim como um procedimento oficial, o registro destina-se às manifestações culturais tradicionais imateriais com o objetivo de valorizá-las e de

---

<sup>59</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Inventário Nacional de Bens Imóveis: Sítios Urbanos Tombados: Manual de Preenchimento. Versão 2001*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2006, p.10.

<sup>60</sup> INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL - INEPAC. Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis - Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.inepac.rj.gov.br>>. Acesso em 06 de nov. 2009.

perpetuá-las como referenciais identitários dos grupos formadores da sociedade brasileira<sup>61</sup>.

Thais Leonel identifica o procedimento do registro estabelecido no Decreto nº 3.551/2000 a um inventário com a sistematização dos conhecimentos sobre manifestações culturais imateriais e a reunião da mais ampla documentação sobre seus diversos aspectos e inscrição em livro próprio mantido pelo IPHAN<sup>62</sup>.

O registro destina-se assim à catalogação de informações sobre manifestações culturais imateriais de prática presente, com o objetivo de conhecê-las e de estimular a sua preservação como tradição viva. O registro não tem o condão de por si só impor a preservação destas manifestações culturais que, para sobreviverem, dependem da atuação da comunidade, como considerado anteriormente.

No entanto, não há como desconhecer situações como a referida acima (caso da “linguagem dos sinos” das igrejas católicas de Minas Gerais), na qual a preservação da cultura imaterial dependa da manutenção de um suporte material. Atento a esta realidade, o Decreto nº 3551/2000 previu um Livro de Registro dos Lugares para a inscrição de mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas.

Além do Livro de Registro dos Lugares, outros três livros foram instituídos pelo Decreto nº 3551/2000 para o registro de patrimônio cultural imaterial: o Livro de Registro dos Saberes, destinado à inscrição de conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; o Livro de Registro das Celebrações, destinado à inscrição de rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social e; o Livro de Registro das Formas de Expressão, destinado à inscrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas.

O § 3º do artigo 1º do Decreto nº 3.555/2000 previu a abertura de outros livros de registro para a inscrição de patrimônios culturais de natureza imaterial, que não se enquadrem em algum dos quatro livros referidos.

---

<sup>61</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 42, Nov./dez. 2008, p. 66-67.

<sup>62</sup> LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 1, jan./mar. 2005, p. 34.

### 3.3 Vigilância

De forma genérica, a vigilância abrange todos os atos relacionados à promoção e à proteção dos bens culturais.

Especificamente, como vigilância enquadra-se o exercício do poder de polícia, de aplicação mais evidente na preservação dos bens culturais que exijam a manutenção de suportes materiais. Neste sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti observou que os bens tombados ficam sujeitos à polícia e vigilância do Poder Público<sup>63</sup>.

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

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>64</sup>, o poder de polícia pode receber uma conceituação ampla, envolvendo atos do Legislativo e do Executivo, ou uma conceituação mais restrita, limitada aos atos do Poder Executivo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>65</sup> também considera a existência de um poder de polícia em sentido amplo, que abrange atuações dos Poderes Legislativo e Executivo; classifica assim a forma de seu exercício em atos normativos que estipulam limitações abstratas e gerais (não individualizadas) e em atos administrativos e operações materiais para a aplicação da lei ao caso concreto.

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

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei

---

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

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

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

aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;

2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.<sup>66</sup>

O artigo 78 do Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia administrativa como a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

A atividade da polícia administrativa possui caráter infralegislativo, “não apresenta natureza inovativa, mas meramente regulamentar”<sup>67</sup>. Geralmente encerra exercício de competência vinculada, quando “a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção”<sup>68</sup>.

Diógenes Gasparini<sup>69</sup> também observa situações em que o poder de polícia se exerce por meio de competência vinculada.

José Afonso da Silva observa que somente o Poder Legislativo pode originalmente estabelecer regras que alterem a ordem jurídico-formal, “o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a conseqüência de distingui-la da competência regulamentar”.<sup>70</sup>

Assim, entende-se que o exercício do poder de polícia vincula-se ao disposto na lei. É decorrência do princípio constitucional da legalidade.

---

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

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

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

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

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

Considerando o entendimento de que a Constituição Federal estabeleceu conceito jurídico indeterminado com o fornecimento de critérios suficientes para o enquadramento de bens na categoria de patrimônio cultural, toda vez que a intervenção do Poder Público se impuser para condicionar em concreto a atuação do particular, impedindo ou prevenindo danos ao patrimônio cultural, há vigilância mediante exercício do poder de polícia administrativa<sup>71</sup>.

São fundamentos legais para o exercício do poder de polícia na preservação de patrimônio cultural o artigo 10 do Decreto-Lei nº 25/1937, que possibilita um tombamento provisório mediante mera notificação ao particular quanto à instauração de processo de tombamento, e o artigo 20 do Decreto-Lei nº 25/1937, que estabelece estar a coisa tombada sujeita à vigilância permanente, podendo ser inspecionada sempre que for julgado conveniente sem que o respectivo proprietário ou o responsável possa se opor, sob pena de multa.

A omissão do poder público no exercício da vigilância ao patrimônio cultural pode ser suprida mediante atuação judicial.

### **3.4 Tombamento**

O tombamento é a modalidade para promoção e proteção ao patrimônio cultural material regulada no Decreto-Lei nº 25, de 1937.

Em razão de sua longa existência e dos naturais conflitos entre interesses de proprietários atingidos e os das comunidades detentoras de direito difuso à preservação do patrimônio cultural brasileiro é objeto dos maiores debates.

---

<sup>71</sup> “Assim, é certo que, uma vez reconhecido o caráter social do bem, em função de seu valor cultural ou natural, o qual justifica a medida de proteção, caberá ao Estado exercer o necessário poder de polícia para a garantia daquela preservação. Daí por que o poder de polícia fundamenta a ação protetora do estado em seus desdobramentos limitativos específicos, a partir do reconhecimento formal do valor social do bem via tombamento ou outro instrumento. Fundamenta também outras intervenções legais.” PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 98.

O Decreto-Lei nº 25/1937 instituiu um procedimento de acordo com o princípio do contraditório, com oportunidade para o interessado se opor à qualificação do bem como cultural, como forma de legitimar na época de sua edição a atuação da Administração.

O procedimento que resulta no ato administrativo de tombamento, permanece o principal instrumento para a preservação do patrimônio cultural material brasileiro.

No entanto, é fato que ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Decreto-Lei nº 25/1937 como norma geral, com aplicação em todos os níveis da federação, transformou o tombamento em um dos instrumentos para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

Assim, outrora único instrumento (além da desapropriação, que possui regimento próprio no Decreto-Lei nº 3.365/1941), o tombamento passou a integrar um sistema normativo composto por diversos outros institutos cujo objetivo comum é a preservação dos bens culturais brasileiros. O tombamento não pode ter tratamento desvinculado do sistema instituído pela Constituição.

Conforme exposto, entende-se que os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro enquadram-se na categoria de conceito jurídico indeterminado, reveláveis mediante operação de concretização assemelhada à que se realizava para a aplicação do artigo 1º do Decreto nº 25/1937, com a fundamental diferença de que se concretiza não mais um comando de lei, mas sim um comando constitucional.

Apesar de o tombamento afetar uma coisa individualmente, ele corresponde à concretização de um comando genérico, mediante reconhecimento dos atributos que justificam o regime protetivo: a diferença entre os bens culturais e os demais decorre da incidência direta da própria Constituição, não havendo que se falar também em afronta à isonomia<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões econômicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 59/60, jan./dez. 2004, p. 197.

Assim, bens que ostentem valores culturais assemelhados devem sofrer restrições equivalentes, sob pena de tratamento diferenciado aos respectivos proprietários.

Como considerado, o bem se define como cultural em razão de suas próprias características simbólicas e não porque o Poder Público o tombou. Não é mais o Poder Público que confere as características de patrimônio cultural.

Poder Público não constitui o patrimônio cultural brasileiro, que se desvinculou do ato administrativo de tombamento<sup>73</sup>, conduzido a um dentre vários outros instrumentos para a preservação cultural.

Conforme Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o patrimônio cultural “[...] não se torna relevante para a sociedade e seu ambiente porque o Poder Público, por ato administrativo, assim entende; ao contrário, porque é relevante para a sociedade e seu ambiente, cumpre ao Poder Público emitir o ato administrativo”.<sup>74</sup>

Hely Lopes Meirelles, em capítulo relativo às limitações administrativas ao direito de construir, conceituou o tombamento como “declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais, que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”<sup>75</sup>.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto<sup>76</sup> e José Eduardo Ramos Rodrigues<sup>77</sup> consideram o tombamento ato administrativo declaratório e não constitutivo do patrimônio cultural.

---

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

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

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

76 COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 51, jul./set. 2008, p. 192.

77 “O tombamento é ato administrativo que declara um valor cultural preexistente, que pode ainda não ter sido efetivado pelo Poder Público, apesar do interesse cultural do bem, seja por falta de tempo, por erro, culpa ou dolo. Neste caso, impõe-se a propositura da ação civil pública, como já está consagrado pela nossa jurisprudência: ‘não há restrição ao poder revisional dos Tribunais sobre o juízo da Administração, quando esta não reconhece os valores de vida referidos na lei 7.347/85. É da nossa organização política a posição superposta do Judiciário em face dos outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei (RT 658/91). Outrossim, qualquer cidadão pode propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. V, LXXII, da CF).”

Hugo Nigro Mazzilli<sup>78</sup> admite a proteção judicial ao bem de valor cultural, tombado ou não, eis que o tombamento, forma especial de proteção administrativa, seria ato declaratório e não constitutivo de valor cultural.

Não há mais como se admitir que o patrimônio cultural brasileiro possa ser constituído por decisão de Conselho Consultivo do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (item 3 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 25/37), homologada pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292/75) e passível de recurso ao Presidente da República (Decreto-Lei nº 3.866/41).

A homologação conceitua-se como ato administrativo vinculado da autoridade superior que envolve a aferição de legalidade<sup>79</sup>.

Homologação, ato vinculado, não se confunde com aprovação, ato discricionário que engloba análise de mérito (conveniência e oportunidade)<sup>80</sup>.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello observa que a homologação não constitui direito, apenas reconhece os existentes: “consiste em acerto formal, de assecuramento de direitos preexistentes, para que produzam seus efeitos práticos”<sup>81</sup>.

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

Conclui-se aqui que a Constituição de 1988 não recepcionou o § 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25, de 1937: “só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo”.

---

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 21, jan./mar. 2001, p. 183-184.

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

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

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

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

### 3.4.1 Efeitos constitutivos do tombamento

No entanto, apesar de o ato administrativo de tombamento envolver a declaração de relevância de bem para proteção, não há também como deixar de se reconhecer nele a produção de alguns constitutivos.

Nada há de diferente do que preceitua a doutrina processual: todo ato que põe fim a um processo possui efeitos declaratórios<sup>82</sup>, podendo produzir outros efeitos, constitutivos ou condenatórios.

Desta forma, ao efeito meramente declaratório do ato de tombamento<sup>83</sup> somam-se efeitos constitutivos, como a presunção do valor cultural do bem<sup>84</sup> (aferido em procedimento com a produção de pareceres técnicos e oportunidade de contraditório) e a possibilidade da incidência das sanções estabelecidas no Decreto-

---

<sup>82</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 327.

<sup>83</sup> Marcos Paulo de Souza Miranda transcreve seguintes argumentos apresentados por Nelson Nery Júnior em parecer na Apelação TJSP 119.378 *apud* EI nº 55.415-3-02 – TJSP, j. 23/03/2001: “Não se exige o tombamento formal do bem para que se possa classificá-lo como de interesse histórico. Ou o bem é de interesse histórico ou não é. E sendo, já merece a proteção pela via da ação judicial (Lei nº 7.347/85). O tombamento é formalidade que torna *juris et de jure* a presunção de que o monumento tem valor histórico. Somente isso. Não pode constituir-se em requisito para que o patrimônio histórico possa ser protegido, o que seria desastroso principalmente num Estado como São Paulo, onde há muitos edifícios de valor histórico. O mesmo alvitre é propugnado pela doutrina alemã, a propósito da interpretação do art. 2º da Lei de Proteção aos Monumentos do Estado da Baviera, de 25.06.1973. Esse art. 2º estipula a necessidade de haver um rol dos bens tombados (*Denkmalliste*), que devem sê-lo *ex officio*, dando-se ciência ao proprietário. Em comentário a esse dispositivo já se afirmou que o ingresso do bem no rol dos bens tombados, segundo o sistema da Lei de Proteção aos Monumentos, não é condição nem para classificá-lo como bem de valor arquitetônico, nem para a aplicabilidade da Lei de Proteção aos Monumentos (Erbel-Schiedermals-Petzet, Bayerische Denkmalschutzgesetz, Munchen, 2. ed, Comentário n. 2, I, 1, ao ar. 2º, p. 41).” MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Comentários à jurisprudência: 3.1. A desnecessidade do ato de tombamento para a preservação de bem dotado de valor cultural. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9, jul./dez. 2007, p. 415-416.

<sup>84</sup> O que ocorrerá, nas questões relacionadas com a aplicação da lei do patrimônio histórico e artístico, é que os tribunais, embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, se inclinarão a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado. LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. *Problemas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 248-249.

Lei nº 25/1937 pela não conservação ou alteração não autorizada de bens tombados<sup>85</sup>.

Conforme afirmado, afastam-se definitivamente os entendimentos de que o patrimônio cultural brasileiro seja constituído por ato administrativo e de que somente os bens culturais previamente reconhecidos pelo Poder Público seriam passíveis de proteção.

### 3.4.2 Vinculação e discricionariedade no tombamento

A competência administrativa para a preservação do patrimônio cultural, além de refletir e de envolver o poder para a emissão de atos jurídicos diante de bens com valor cultural, deve ser analisada na sua vertente de encargo, de dever e de obrigação. Quem possui competência administrativa tem que exercê-la, pois a “competência tem expressão compulsória”<sup>86</sup>.

Não sendo legítima a omissão no exercício da competência de proteção ao patrimônio cultural, verifica-se grande correlação entre o tombamento como um ato declaratório e não constitutivo do valor cultural de um bem e o amplo grau de vinculação do Poder Público no exercício da proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

---

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

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

Marçal Justen Filho afirma que a divisão entre atos vinculados e discricionários envolve uma questão de grau: inexistem “tipos puros e absolutos de vinculação e de discricionariiedade”<sup>87</sup>. Do mesmo modo, Maria Coeli Simões Pires reconhece no tombamento elementos de vinculação, apesar de sustentar que a sua natureza seja essencialmente discricionária: “essa tipologia se distingue também em função de prevalência”<sup>88</sup>.

Abandonando-se a concepção do ato de tombamento como uma categoria puramente discricionária ou vinculada, a questão transfere-se para a delimitação dos seus aspectos de vinculação e de discricionariiedade.

Retornando à premissa de que a caracterização do bem cultural signifique a concretização de um conceito jurídico indeterminado, o que admitiria uma única resposta correta (o bem é patrimônio cultural ou o bem não é patrimônio cultural) e por isso passível de amplo controle jurisdicional, afasta-se poder discricionário neste ponto.

Eventuais discussões sobre a categorização do bem como cultural situam-se no âmbito probatório, ou seja, da produção de conhecimentos sobre a coisa para reconhecimento de seu valor cultural.

Sobre a questão da caracterização do patrimônio cultural como um pré-requisito para atuação da Administração, Ana Maria Moreira Marchesan oferece interpretação bastante interessante, com aplicação do princípio da precaução como forma para maior efetividade à proteção cultural:

“Além das questões relacionadas à materialidade dos bens culturais, é possível invocar o princípio da precaução no tocante à incerteza, à oscilação da identificação do valor cultural de um bem, ou seja, no tocante à imaterialidade axiológica inerente a todo bem cultural.

Conforme averbamos alhures, a atribuição de valor cultural a determinado bem costuma se dar posteriormente, por uma série de fatores que envolvem múltiplos e diferenciados processos de apropriação, recriação e representação construídos e reconhecidos culturalmente e que ocorrem muitas vezes antes da criação ou constituição do próprio bem.

Quando o reconhecimento desse valor depende de uma avaliação técnica, essa não pode ser medida com uma régua nem se compreende dentre as ciências exatas. Ao contrário, assentar-se-á no campo das ciências humanas, condicionada a uma adequada fundamentação. Como todo e qualquer saber, esse está em constante e dinâmica evolução, de sorte que, sem que saibamos hoje se determinado bem poderá ou não ter reconhecido seu valor cultural, cautelas se impõem.

---

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

88 PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 120.

É claro que essa recomendação não pode ser levada ao extremo, sob pena de engessar a vida em sociedade.

Aplicar-se-á a prudência referida aos bens sobre os quais, hoje, ainda se têm dúvidas quanto ao seu valor. Dúvida implica inexistência de um saber homogêneo sobre algo. [...]

Entre autorizar ou não a demolição de um bem sobre o qual a sociedade ainda diverge sobre seu valor parece que a negativa é a melhor resposta, ainda que isso importe no sacrifício pessoal do proprietário, o qual poderá, nesses casos, em função da correta distribuição das cargas públicas, vindicar alguma indenização.”<sup>89</sup>

Toshio Mukai<sup>90</sup> conclui que o ato administrativo de tombamento encerra um poder-dever da Administração e jamais pode ser tido como discricionário.

Verificado o valor cultural do bem, não há como ser negada a sua qualificação. Não há poder discricionário do Administrador no reconhecimento ou na declaração do valor cultural do bem.

Da mesma forma, uma vez demonstrada a relevância cultural do bem e o risco de seu desaparecimento ou deterioração, a omissão do poder Público não seria legítima.

Além da hipótese em que o exercício do poder discricionário impõe apresentação de solução para situações de conflitos entre interesses difusos de igual hierarquia, é possível também se verificar exercício de poder discricionário na opção pelo instrumento mais adequado para a promoção e a proteção do bem cultural. No entanto, em não havendo legislação que regulamente os outros institutos constitucionais para a proteção ao patrimônio cultural material, o tombamento pela Administração se impõe.

A conclusão é de que inexistente poder discricionário para a omissão no reconhecimento (ou na declaração) do valor cultural de bens ou ainda para que se deixe de exercer vigilância sobre o patrimônio cultural. A mera inércia não pode ser considerada exercício de poder discricionário

---

<sup>89</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 130.

<sup>90</sup> “Ora, se é assim, se há um poder-dever da Administração no ato de tombamento, jamais esse ato pode ser discricionário; ao contrário, sendo vinculado esse ato, se um imóvel tiver valor histórico, natural ou artístico ou, ainda, arqueológico, não há como a autoridade deixar de tombá-lo, pois, constitucionalmente, pesa-lhe o dever de fazê-lo.” MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 194.

### 3.4.3 Servidão Administrativa, Limitação Administrativa e Tombamento

Maria Coeli Simões Pires<sup>91</sup>, Audrey Gasparini<sup>92</sup> e Lúcia Valle Figueiredo<sup>93</sup> vêem o tombamento como servidão administrativa. Neste sentido cita-se, por exemplo, decisão proferida no Recurso Especial nº 220983/SP, Rel. Min. José Delgado.<sup>94</sup>

Servidão administrativa é ônus real que decorre de ato específico do Poder Público e que restringe o exercício de determinada propriedade. No caso de servidão administrativa, a Administração deve indenizar por eventuais prejuízos causados ao particular.

Hely Lopes Meirelles<sup>95</sup> e José Afonso da Silva<sup>96</sup> enxergam o tombamento como uma limitação administrativa, no que também podem ser reforçados por decisões judiciais, a exemplo das proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE 121.140-7-RJ e no RE 114.468-PR.

Limitação administrativa é imposição decorrente da lei, genérica e abstrata, que atinge indiscriminadamente propriedades que estejam em uma mesma situação, condicionando o seu uso sem possibilidade de indenização ao proprietário eventualmente contrariado em seus interesses.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>97</sup> e Toshio Mukai<sup>98</sup> entendem que restrição decorrente de ato genérico e abstrato, que atinja indiscriminadamente todo um

---

<sup>91</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 54-55.

<sup>92</sup> GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 61.

<sup>93</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

<sup>94</sup> Conforme ementa de acórdão, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 220983/SP, Rel. Ministro José Delgado, considerou que ato administrativo de tombamento que esvazie o conteúdo econômico de imóvel deixa de caracterizar-se como servidão administrativa para transformar-se em desapropriação, com conseqüente indenização correspondente ao valor de mercado do imóvel.

<sup>95</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Atualização de Andrade Azevedo com colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 116.

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

<sup>97</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 587.

conjunto de imóveis situados em determinada região ou município, como no caso de Ouro Preto, se caracterizaria como limitação administrativa. Ao mesmo tempo entendem que tombamento incidente sobre imóvel isolado seria ato não abstrato nem genérico e se caracterizaria como uma servidão administrativa.

Edmir Netto de Araújo<sup>99</sup>, Marçal Justen Filho<sup>100</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>101</sup> entendem que o tombamento se caracterize como um instituto autônomo: nem servidão, nem limitação administrativa.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>102</sup>, a razão prática para a polêmica consiste no fato de que nas limitações administrativas o Poder Público não é obrigado a indenizar o proprietário do bem afetado, enquanto que na servidão administrativa há esta obrigação, sempre que verificado algum declínio no valor do bem.

O entendimento de que a categorização de um bem como patrimônio cultural seja decorrência direta do texto constitucional; de que a natureza cultural seja inerente ao bem e não constituída pelo Poder Público, que somente a declara; e de que proteção ao bem cultural se impõe como uma restrição preexistente, é incompatível com a caracterização do tombamento como servidão administrativa que, na qualidade de ônus real, exigiria ato específico para gerar as restrições à propriedade.

A adoção do posicionamento que indica o tombamento como uma limitação administrativa, apesar de mais adequada para sustentar entendimento de que as próprias características do bem seriam suficientes para impor a sua preservação, causa perplexidade, diante da impossibilidade conceitual de em determinadas situações gerar indenização.

De fato, o sistema constitucional instituído para a promoção e preservação do patrimônio cultural brasileiro admite o instituto da desapropriação, cabível quando as restrições impostas em prol da cultura sejam de tal magnitude que eliminem todos os atributos da propriedade. Nesta situação há indenização.

---

<sup>98</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 189.

<sup>99</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1045 - 1046.

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.412.

<sup>101</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 140.

<sup>102</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 856.

Considerando a presença de indenização na desapropriação para preservação de valores culturais, não há razão de ordem sistemática para se eliminar categoricamente a possibilidade de indenização aos eventuais prejudicados pelas demais ações protetivas do Poder Público<sup>103</sup>.

Considerando as premissas estabelecidas e admitindo-se a possibilidade de indenização, o tombamento não pode ser visto nem como limitação nem como servidão administrativa. Trata-se de um instituto jurídico e político autônomo, conforme referido na alínea “d” do inciso V do artigo 4º da Lei nº 10.257/2001, ao lado das servidões administrativas (alínea “b”) e das limitações administrativas (alínea “c”).

### 3.5 Desapropriação

O artigo 5º, alíneas “k” e “l”, do Decreto Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, previu a desapropriação por utilidade pública, para a preservação e a conservação de bens com valor cultural.

A desapropriação é instituto que acarreta a perda da propriedade mediante o pagamento de indenização. É forma de aquisição originária do bem pelo Poder Público.

Sandra Cureau<sup>104</sup> considera a desapropriação para o efeito da preservação de patrimônio cultural um “tombamento indireto”: tendo por finalidade a preservação do bem, o tombamento não poderia deixar de ser a conseqüência.

Em sentido inverso Audrey Gasparini<sup>105</sup> observa que a proteção ao bem desapropriado somente se torna efetiva após cumprimento dos trâmites do Decreto-Lei nº 25/1937, ou seja, com o seu tombamento.

---

<sup>103</sup> “Realmente, o tombamento, em sua índole, muito se aproxima da desapropriação; não leva à perda do direito de propriedade mas à perda de direitos ínsitos ao direito de propriedade, os direitos de usar e gozar da coisa própria. Seu fundamento, é certo, é a função social da propriedade.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 87.

<sup>104</sup> CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, n. 9, out./dez. 2003, p. 193.

A desapropriação com finalidade de preservação de valor cultural parece bastante para a proteção do bem, embora o tombamento cumulativo não deixe de ser conveniente.

De fato, a desapropriação acarreta a eliminação da propriedade privada. O bem passa ao domínio público que fica obrigado a preservá-lo.

Assim, considerando a hipótese em que a proteção de bem cultural requeira a total eliminação dos atributos da propriedade a desapropriação se impõe.

### **3.5.1 Desapropriação indireta**

Considera-se desapropriação indireta (com direito à indenização) hipótese em que restrição imposta para proteção de patrimônio cultural pelo Poder Público não seja resultado de procedimento de desapropriação regular (geralmente ocorre em decorrência de atos de tombamentos), mas que importe na total eliminação dos atributos da propriedade<sup>106</sup>, conforme vem sendo reconhecido pelo Judiciário<sup>107</sup>.

## **3.6 Outras formas de acatamento e preservação**

---

<sup>105</sup> GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 81-82.

<sup>106</sup> “Desapropriação direta é, portanto, aquela conduzida pelo poder público com a observância dos requisitos procedimentais exigidos pela Constituição Federal e pela legislação. Na desapropriação indireta, ao contrário, ainda que igualmente importe na perda da propriedade privada, não são observados os procedimentos constitucionais e legais pertinentes. Reconhece-se como tal a situação em que o particular se vê impedido de usar sua propriedade em razão de fatos imputáveis ao poder público, o que resulta em uma expropriação de fato.” FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 770.

<sup>107</sup> STJ. Resp. 220983/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado; STJ. Resp. 431555/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon; STJ. Resp. 28.239/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; TJSP. Apelação Cível n. 252.332-5/7-Ubatuba, 9ª Câm. Cível de Direito Público de Férias, Rel. Antonio Rulli.

O § 1º do artigo 216 da Constituição Federal deixou expressa margem para outras formas de acautelamento e de preservação ao patrimônio cultural brasileiro<sup>108</sup>.

Dentre outras modalidades de acautelamento e de preservação ao patrimônio cultural citam-se principalmente a lei, com o fim específico de preservação de determinados bens, e a decisão judicial<sup>109 110</sup>.

Eliane Elias Mateus refere-se aos artigos 62 e 63 da Lei nº 9.605/98, que tipificam e prevêm penalidades pelas práticas dos crimes de destruir, inutilizar ou deteriorar bens culturais e por alterar aspecto ou estrutura de edificação com valor cultural, especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial<sup>111</sup>.

### 3.6.1 Lei específica

---

<sup>108</sup> LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 1, jan./mar. 2005, p. 34.

<sup>109</sup> SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de direitos difusos*, vol 18, Direito Penal Ambiental, março-abril/2003, p. 2478.

<sup>110</sup> “Mais adiante, o § 1º deixa perfeitamente claro que o tombamento prévio não é requisito único para que um bem possa integrar o patrimônio cultural brasileiro, estando previstos ainda outros meios como inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Dentre esses últimos, é de se destacar a preservação pelo Poder Legislativo através de lei específica e pelo Poder Judiciário através de decisão judicial.” RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 21, jan./mar. 2001, p. 184.

<sup>111</sup> “Aliás, o dispositivo constitucional não reclama regulamentação, fazendo crer que qualquer outro instrumento que permita o acautelamento e a preservação do patrimônio cultural possa ser utilizado para esses fins, não se tratando de *numerus clausus*.

A decisão judicial, por exemplo, constitui forma de acautelamento e preservação, expressamente prevista nos arts. 62 e 63 da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

É possível a proteção de um bem como integrante do patrimônio cultural, pela via jurisdicional, independentemente de tombamento, porque o tombamento não é exigido para proteger o patrimônio cultural, visto que isso pode se dar por outras formas de acautelamento e preservação. Desse modo, pode o Poder Judiciário pronunciar-se sobre o valor cultural de um bem, não reconhecido pela União, Estado ou Município, com fundamento no art. 216 da CF/88. MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 49, jan./mar. 2008, p. 113.

Admite-se que lei específica determine a preservação de bem cultural<sup>112</sup>.

Paulo Affonso Leme Machado<sup>113</sup> também observa a possibilidade de tombamento efetuado diretamente por lei, ressaltando a vantagem de uma maior estabilidade do ato de proteção, pois o seu desfazimento somente poderia advir de outro ato do Poder Legislativo.

Sonia Rabello de Castro<sup>114</sup> considera possível que lei proteja toda uma categoria de bens portadores de características específicas, desde que com o caráter de abstratividade e de generalidade. Segundo esta autora, a hipótese não caracterizaria tombamento, que somente poderia resultar de um procedimento realizado nos termos do Decreto-Lei nº 25, de 1937.

### 3.6.2 Decisão judicial

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

A expressão “poder público”, utilizada no § 1º do artigo 216 da Constituição confere competência inclusiva ao Poder Judiciário para, desde que provocado, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>112</sup> DIAS, Edna Cardozo. Patrimônio Cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p. 1212.

<sup>113</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 930.

<sup>114</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.37.

A possibilidade de o Poder Judiciário analisar a correção do enquadramento de imóvel como patrimônio cultural foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal em 1942 na Apelação Cível nº 7.377, conforme sintetizado por Victor Nunes Leal<sup>115</sup>.

Miguel Seabra Fagundes<sup>116</sup> admitia a intervenção do Poder Judiciário para determinar ao Poder Público inerte uma atuação no sentido de preservar o patrimônio cultural.

Hely Lopes Meirelles informa que “quando o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido, em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público (ação civil pública) ou do

---

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

116 “E como a Administração Pública pode ferir o interesse geral, tanto por ação como por omissão – e nesse campo até muito por omissão – a *actio popularis* não se há de restringir aos casos de bens, sítios ou paisagens, que o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico haja tombado, seja pelo seu vinculamento a fatos memoráveis da história pátria, seja pelo seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico, seja ainda pelas suas qualidades naturais acrescidas pela indústria humana (Dec.-lei nº 25, de 30.11.1937, art. 1º). Se assim não se entender, desaparecerá uma das oportunidades mais úteis para o uso da ação popular nesse setor, que é o de compelir a Administração Pública a maior zelo ao inventariar e defender o patrimônio espiritual da comunidade, ligado a bens de valor histórico, artístico ou paisagístico. É certo que essa matéria envolve a apreciação do mérito de atos administrativos (a valia dos bens sob aqueles aspectos), mas também ocorre apreciação de mérito nos casos em que, sendo tombado o bem, se impugnem medidas administrativas, sob o fundamento de que o prejudicam. O que acontece é que o alargamento do controle jurisdicional, além do aspecto de legitimidade, resulta da vontade da lei, porquanto consequência necessária da ampliação do conceito de patrimônio para os fins de propositura de ação popular. Aqui há destarte, como consequência virtual do tratamento que o legislador emprestou à matéria, uma exceção ao princípio excludente da apreciação do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização de Gustavo Binenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 437-438, nota 220.

cidadão (ação popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo que faça a proteção”<sup>117</sup>

De igual forma, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz posicionou-se em parecer proferido na ApCiv 700199227, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul <sup>118</sup> com indicação de decisão também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, diante de omissão da Administração, determinou o tombamento municipal de imóvel, com a fixação de responsabilidade solidária do Poder Público e do proprietário pela sua restauração interna e externa (Apelação Cível nº 70013861158, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, julgado em 02/05/2007)<sup>119</sup>.

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>120</sup> tanto a ação popular (Lei nº 4.717, de 1965) quanto ação civil pública (Lei nº 7.374, de 1985) seriam pertinentes somente quando bens culturais estivessem sendo danificados ou em risco evidente. Segundo este autor, o sistema jurídico não forneceria instrumento adequado para meramente se obter declaração de interesse cultural de algum bem.

Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior admite que os legitimados para a propositura de ação civil pública possam “exigir posturas concretas da Administração, no sentido de providências visando adoção de medidas com vistas à declaração do tombamento de um bem, ou mesmo de proteção daqueles já tombados”<sup>121</sup>. No mesmo sentido colhem-se as manifestações de Sandra Cureau<sup>122</sup>, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto<sup>123</sup>, Maria Coeli Simões Pires<sup>124</sup>,

---

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

118 LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz. Pareceres: Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 47, jul./set. 2007, p.194.

119 LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores. Pareceres: Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 47, jul./set. 2007, p. 195.

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

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

122 SANDRA CUREAU, Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n 9, out./dez. 2003, p.194.

123 COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 51, jul./set. 2008, p. 192.

124 PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 325.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>125</sup>, Toshio Mukai<sup>126</sup> e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves<sup>127</sup>.

Frederico Menezes Breyner<sup>128</sup> e Analúcia Hartmann<sup>129</sup> observam que é função do Judiciário, desde que acionado, afastar lesões decorrentes de omissões da Administração.

A prática do Poder Judiciário de deixar de analisar determinadas situações sob argumento de não invadir esfera de competência dos demais Poderes é objeto da crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na medida em que pode cancelar práticas arbitrárias.<sup>130</sup>

### 3.6.2.1 Indenização por danos ao patrimônio cultural

A imposição de indenizações por danos ao patrimônio cultural também é fator de acautelamento. Maria Coeli Simões Pires observa que a ação civil pública de responsabilidade por danos pode ser alçada à condição do “mais eficiente mecanismo de proteção dos interesses coletivos”<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

<sup>126</sup> MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p.1201.

<sup>127</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 10, abr/jun 2002, p. 44.

<sup>128</sup> BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. *Revista Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, n. 139, jan./fev. 2008, p. 136-137.

<sup>129</sup> HARTMANN, Analúcia; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Org.); HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras (Org.); CAZETTA, Ubiratan (Org.). A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 406.

<sup>130</sup> “Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.

<sup>131</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 301.

A Constituição Federal, no inciso X de seu artigo 5º, estabeleceu como fundamental o direito à indenização por danos materiais e morais.

A Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública) dispôs nos incisos I e IV de seu artigo primeiro sobre a possibilidade de responsabilização por danos materiais e morais causados ao meio ambiente e a qualquer outro interesse coletivo ou difuso. Segundo Mariana de Cássia Araújo<sup>132</sup>, com referência à opinião de Teori Albino Zavascki, a Lei nº 7.437/1985 fundamentou o desenvolvimento de uma corrente de opinião, que se tornou majoritária, no sentido da admissão de indenização por danos morais de natureza transindividual.

De fato, a indenização por lesão aos direitos difusos de uma comunidade não pode ficar limitada ao valor material do bem lesionado, sob pena até de se tornar ineficaz. Imagina-se hipótese de prédio modesto, de pequena dimensão e de valor material reduzido, mas extremamente relevante sob o ponto de vista cultural e situado em terreno com alto valor comercial: indenização limitada ao valor material do bem não seria capaz de inibir sua destruição.

Considerando o aspecto da valoração do patrimônio cultural como um referencial comunitário, que se sobrepõe ao mero valor material da coisa, a indenização por danos morais transindividuais se impõe como medida para reparação integral dos danos causados pela destruição.

Marcos Paulo de Souza Miranda<sup>133</sup> indica acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em apelação contra sentença em ação civil pública (APCiv. 139.525-0/5-00, Rel. Ademir Benedito, j. 11.06.2007) que, na forma de sua ementa, situa a questão da indenização por danos morais à coletividade nos seguintes termos, em tudo aplicáveis às lesões ao patrimônio cultural: “a violação a direitos difusos não é, via de regra, patrimonial, mas sim moral, por atuar na esfera das convicções e impressões subjetivas de um número indeterminável de pessoas acerca dos fatos, em como estas pessoas reagem a esses fatos”.

---

<sup>132</sup> ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual, *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, n. 378, abr. 2009, p. 101.

<sup>133</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p. 241-242.

Marcos Paulo de Souza Miranda observa ainda que, no âmbito civil, a responsabilidade do violador de normas de proteção ao meio ambiente cultural é objetiva; independe de culpa conforme artigo 14, § 1º da Lei 6.938/1981 c/c artigo 927, parágrafo único do Código Civil<sup>134</sup>.

O artigo 13 da Lei nº 7.437/1985 determina que os valores decorrentes de condenações por lesões ao patrimônio cultural deverão reverter a um fundo, cujos recursos são destinados à reconstituição de bens lesados.

O Decreto nº 1.306/1994 regulamentou no âmbito Federal o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), com recursos destinados à reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

---

<sup>134</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p. 243.

## 4 PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO

A Constituição Federal estabeleceu logo em seu artigo 1º ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Adotou-se o chamado federalismo de segundo grau, com o município integrando a estrutura do Estado Brasileiro<sup>135</sup>.

O município enquadra-se como ente político-administrativo integrante da Federação Brasileira.

Como considerado, o artigo 216 da Constituição Federal indica como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

José Afonso da Silva<sup>136</sup> observa quanto ao referido dispositivo constitucional que patrimônio cultural brasileiro significa não só o patrimônio cultural considerado pela União, mas também o estabelecido pelos demais entes políticos. A reforçar sua compreensão, refere-se à presença da expressão poder público como abrangente de todas as esferas políticas para promover e proteger o patrimônio cultural.

Extraí-se do texto constitucional uma preocupação com a preservação de patrimônio cultural que retrate a diversidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dentre os quais se insere a comunidade municipal, sempre com características históricas próprias e patrimônio cultural local.

A comunidade municipal, com as suas peculiaridades históricas possui sempre um patrimônio cultural próprio.

---

<sup>135</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 18.

<sup>136</sup> SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

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

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

Tem-se como esclarecedor o parágrafo único do referido artigo 23 da Constituição que previu uma cooperação entre os entes federados em matéria de proteção ao patrimônio cultural. Neste sentido, Paulo Affonso Leme Machado sugere a criação de um “Sistema Nacional de Conservação do Patrimônio Cultural” que, respeitando as autonomias próprias de cada um, “economizaria investimentos e integraria as ações, ensejando um planejamento e uma gestão cultural compartilhados”<sup>137</sup>.

Segundo Edmir Netto de Araújo<sup>138</sup>, a despeito de o artigo 24 não conferir competência concorrente ao município no que se refere à proteção do patrimônio cultural de seu peculiar interesse, a competência legislativa seria suplementar e adviria do inciso II do artigo 30 da Constituição.

Da mesma forma, José Afonso da Silva<sup>139</sup>, Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>140</sup> e Eliane Elias Mateus<sup>141</sup> entendem que a Constituição conferiu competência legislativa para o município tratar do seu patrimônio cultural, na qualidade de assunto de interesse local. Assim foi também o voto do Ministro Relator Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário 121.140-7 – RJ<sup>142</sup>. Em contrário, citam-se

---

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

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

139 “Aí está: se se reconhece a existência de um patrimônio cultural local, que só pode ser patrimônio cultural municipal, então é que, por essa via, se lhes outorga competência legislativa para normatizar sobre tal patrimônio”. SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43-44.

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

141 MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 49, jan./mar. 2008, p. 102.

142 “O patrimônio cultural é elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados, e que impõem sejam promovidos pelos órgãos do

entendimentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>143</sup>, Diógenes Gasparini<sup>144</sup> e Audrey Gasparini<sup>145</sup>.

Lúcia Valle Figueiredo considera o município competente para legislar sobre o patrimônio cultural local. No entanto, condiciona a validade do ato administrativo de tombamento à existência lei municipal específica que “[...] ao definir quando e como deverão ser preservados determinados bens, indique, inclusive, a finalidade a ser tutelada por seu intermédio e as características que os distinguem, dando-lhes valor artístico ou histórico”<sup>146</sup>.

Sobre a questão de exigência de legislação municipal como requisito para a validade de atos da Administração que visem promover e proteger o patrimônio cultural local observa-se o seguinte trecho do voto do Ministro Francisco Rezek no Recurso Extraordinário 121.140-7 – Rio de Janeiro, Relator Ministro Maurício Corrêa:

Qualquer que seja o juízo que se faça sobre o tema jurídico em mesa, é ele de uma total univocidade. A questão é uma só, e não há nada mais em discussão neste recurso extraordinário. É saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereçá-las a determinados prédios, em determinada área do cenário urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende de uma lei do nível próprio no complexo federal – no caso, se ele dependeria de uma lei municipal, dando-lhe autoridade para isso. É só isso que está em jogo. E a esse respeito me parece impecável a posição assumida pelo Ministro-Relator. O Poder Público, no plano municipal, não precisa de mais nada além daquilo que a Constituição estabelece, sobre o zelo que ele há de ter pela preservação de certos valores ambientais urbanos.

---

Estado. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se-lhes as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos, o que não impede, por exemplo, que no Rio de Janeiro, se reconheça como patrimônio histórico, o Largo do Boticário.

As três instâncias administrativas se realizam harmonicamente nos limites de atuação de cada um deles. Assim sendo, tem o Município delegação constitucional para legislar sobre assunto que revele ser de interesse local a exigir medidas restritivas,- consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual.” STF. Recurso Extraordinário 121.140-7 – RJ, Segunda Turma, Rel. Min, Maurício Corrêa, j. 31 de maio 2005.

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

144 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 593.

<sup>145</sup> GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 51.

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

Nem consigo atinar com qual seria o conteúdo da hipotética lei municipal que ao acórdão recorrido pareceu faltante. Ela repetiria a Constituição? Não precisa. A ordem jurídica republicana não precisa de que os vereadores do Rio de Janeiro repitam aquilo que a Carta já estabelece. Ela diria, então, que determinados imóveis, em determinado bairro da cidade, devem observar tais ou quais limites ou posturas? Também não concebo lei para isso, visto que lhe faltaria abstração e generalidade.

Uma competência legislativa municipal relacionada ao patrimônio cultural local encontra-se no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), norma geral de direito urbanístico editada nos termos do § 1º do artigo 24 da Constituição Federal, que em seu artigo 35 previu a possibilidade de lei municipal, baseada em plano diretor, autorizar a alienação ou o exercício em outro local do direito de construir no caso de imóvel considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.

Segundo Audrey Gasparini, o estabelecimento da transferência do direito de construir teve como um de seus objetivos minimizar os prejuízos causados por tombamento ao proprietário do imóvel, substituindo em parte ou no todo indenização que seria devida pelo Poder Público<sup>147</sup>.

Eliane Elias Mateus também situa a transferência do direito de construir como espécie de compensação financeira ao proprietário atingido<sup>148</sup>.

Considera-se aqui a possibilidade de o Poder Público Municipal fazer uso da transferência do direito de construir com a finalidade de obter recursos para a restauração e preservação de bem cultural. O acordo para consubstanciar a referida transferência, com a participação do ente municipal, pode também estabelecer a obrigação de que o valor obtido pelo proprietário seja, no todo ou em parte, destinado à recuperação do bem.

Georges Luiz Hage Humbert<sup>149</sup> considera também como instrumento de proteção ao meio ambiente cultural o estudo de impacto de vizinhança - EIV previsto

---

<sup>147</sup> “O estatuto da Cidade, por sua vez, procurou minimizar os prejuízos impostos ao proprietário do imóvel tombado, bem como ao Poder Público, que poderá isentar-se de eventual indenização. Por disposição legal, o proprietário poderá aproveitar o potencial construtivo do seu imóvel tombado em outro imóvel. Este segundo imóvel poderá ser do mesmo proprietário ou de outro, situação esta que implicará em alienação.

No caso do imóvel que vier a receber o potencial construtivo do imóvel tombado ser do mesmo proprietário, não haverá custos nem para o Poder Público nem para o proprietário. A vantagem para o proprietário consiste em poder aumentar o potencial construtivo de outro imóvel seu. Se a transferência for para um terceiro, o proprietário receberá, em espécie, pela venda do potencial construtivo”. GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. entre p. 82-83.

<sup>148</sup> MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 49, jan./mar. 2008, p. 115.

nos artigos 36 a 38 da Lei nº 10.257/2001. De fato, o inciso VII do artigo 38 do estatuto da cidade impõe que o EIV não possa deixar de considerar questões relacionadas à paisagem urbana e ao patrimônio natural e cultural.

Enfim, não se retrata o patrimônio cultural municipal ou o estadual como menos importantes do que o conjunto dos bens declarados por órgão federal como patrimônio cultural nacional. Todos merecem igual proteção, pela sua mera característica de patrimônio cultural brasileiro.

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

Diante dos termos da Constituição, a conclusão é de que independentemente da existência de qualquer legislação local específica ou de órgão administrativo com atribuições congêneres à do IPHAN, a comunidade local tem direito à preservação de seu patrimônio cultural próprio. Para se atingir esta finalidade, o Estatuto da Cidade forneceu com a transferência do direito de construir um instrumento capaz de possibilitar em várias situações a obtenção de recursos, deixando a alegação de ausência de disponibilidade financeira de ser justificativa plausível para a não preservação de determinados bens.

---

<sup>149</sup> “O caráter preventivo do EIV deve ser ressaltado. Sendo um estudo técnico prévio, seu conteúdo poderá alertar e precaver o Poder Público quanto à repercussão do empreendimento no que se refere às questões ligadas à visibilidade, acesso, uso e estrutura do meio ambiente cultura que compõem determinada área.” HUMBERT, Georges Louis Hage. O estudo de impacto de vizinhança como instrumento de proteção ao meio ambiente cultural. *Fórum de Direito Ambiental*. Belo Horizonte, n. 27, maio/jun. 2006, p. 3325.

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal impõe a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O tombamento integra um sistema normativo composto por diversos outros institutos, cujo objetivo comum é a preservação dos bens culturais brasileiros. O tombamento não pode ter tratamento desvinculado do sistema instituído pela Constituição.

A operação de enquadramento de bem material na categoria de patrimônio cultural, que era realizada para a preservação dos valores estabelecidos no Decreto-Lei nº 25/1937, passou a ocorrer com base no próprio texto constitucional.

A Constituição de 1988 não recepcionou o § 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25, de 1937: “só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo”.

O valor cultural do bem decorre do significado que a comunidade lhe confere; é fato inerente ao próprio bem, que não depende de qualquer manifestação do Poder Público. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado cuja concretização ocorre mediante subsunção do fato à norma constitucional, que confere as características para o enquadramento do bem como cultural.

Não há poder discricionário na caracterização de um bem como cultural. Eventuais discussões quanto a este aspecto são *quaestio iuris*, da mesma forma que questões relativas à boa fé e à diligência do bom pai de família no âmbito do Direito Civil.

Conceitos jurídicos indeterminados integram a decisão de fato, enquanto que o exercício do poder discricionário se situa no campo dos efeitos, com a

possibilidade jurídica da escolha da consequência, decorrente da incidência do modelo normativo ao fato concreto.

Revelam-se assim dois momentos distintos para a efetivação da referida proteção: o primeiro relativo ao enquadramento dos bens no conceito de patrimônio cultural brasileiro, ou seja, ao conhecimento dos valores culturais; e o segundo relativo às ações devidas para a sua proteção.

Após o reconhecimento do valor cultural de um bem, passa-se ao segundo momento, relativo às ações devidas para a sua proteção. Neste segundo momento é possível o exercício de poder discricionário quanto meio mais adequado para acautelamento e, na eventualidade de colisão entre interesses difusos, na opção motivada por um valor em detrimento de outro (por exemplo: necessidade de demolição de imóvel histórico para a construção de via pública).

De qualquer sorte, ainda que discricionária uma decisão, sua necessária motivação não fica alijada do controle jurisdicional: a motivação apresentada vincula-se às circunstâncias de fato apresentadas que, se inexistentes ou inválidas, tornam nula a decisão.

Configurado o valor cultural de um bem, a atuação do Poder Público se impõe, com a necessidade da decisão mais adequada para o caso concreto. Não se admite a mera omissão da Administração como exercício de poder discricionário.

Considerando a proximidade das questões relativas ao patrimônio cultural imobiliário com o Direito Ambiental, com a impossibilidade da restituição ao estado anterior, tem-se por recomendável a aplicação do princípio da precaução.

A omissão do Poder Público na preservação do patrimônio cultural brasileiro pode ser suprida mediante provocação do Poder Judiciário. Este é o caminho aberto aos cidadãos titulares de direito difuso ao patrimônio cultural brasileiro, que encontra suporte no § 1º do artigo 216 da Constituição Federal.

Cada comunidade municipal é um grupo formador da sociedade brasileira e possui o seu próprio patrimônio cultural.

Todos os instrumentos constitucionais estabelecidos para a proteção ao patrimônio cultural nacional são igualmente aplicáveis no âmbito dos municípios.

Especificamente com relação aos municípios, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) previu em seu artigo 35 a possibilidade de lei municipal, baseada em plano diretor, autorizar a alienação ou o exercício em outro local do direito de construir no caso de imóvel considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural. Trata-se de uma forma de obtenção de recursos que, regra geral, torna insubsistentes eventuais alegações do Poder Público no sentido de uma ausência de disponibilidades financeiras para a preservação de determinados bens culturais imobiliários.

É perfeitamente possível que as comunidades municipais busquem perante o Poder Judiciário a defesa dos seus patrimônios culturais locais, como referenciais de sua identidade, ação e memória, para suprir as omissões dos poderes constituídos.

## 6 REFERÊNCIAS

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

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 29-57, abr./jun 2002.

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

ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual, *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, n. 378, p. 77-112, abr. 2009.

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antônio. Direito à diversidade cultural na sociedade da informação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 59, p. 39-55, abr./jun. 2007.

BOECHAT, Ricardo. Cultura: som sublime. *Isto é*. ano 32, n. 2089, p. 34, 25 nov. 2009.

BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. *Revista Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, n. 139, p. 125-144, jan./fev. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Coord.). A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-42, 2005.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Org.). *A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

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

CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 51, p. 185-192, jul./set. 2008.

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

CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, n. 9, p. 189-195, out./dez. 2003.

DIAS, Edna Cardozo. Patrimônio cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, p. 1212-1216, nov./dez. 2003.

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

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

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4.

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

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

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

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

FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 35, p. 85-104, abr./jun. 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

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

HARTMANN, Analúcia; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Org.); HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras (Org.); CAZETTA, Ubiratan (Org.). A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 403-416,

HOLANDA, Sérgio Buarque de; ARAÚJO, Ricardo Benzaquem de (Org.); SCHWARCZ, Lília Moritz (Org.). *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HUMBERT, Georges Louis Hage. O estudo de impacto de vizinhança como instrumento de proteção ao meio ambiente cultural. *Fórum de Direito Ambiental*. Belo Horizonte, n. 27, p. 3323-3326, maio/jun. 2006.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Inventário Nacional de Bens Imóveis: Sítios Urbanos Tombados: Manual de Preenchimento. Versão 2001*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2006.

INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL - INEPAC. Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis - Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.inepac.rj.gov.br>>. Acesso em 06 de nov. 2009

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

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 78.

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

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

LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz. Pareceres: Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 47, p. 191-196, jul./set. 2007.

LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 1, p. 29-37, jan./mar. 2005.

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

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

MAGALHÃES, Thiago Faria de Godoy. A importância do conceito jurídico indeterminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Esmape*. Recife, v. 12, t. 1, n. 25, p. 369-385, jan./jun. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 49, p. 101-118, jan./mar. 2008.

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

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

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

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

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 197-314.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54, p. 229-253, abr./jun. 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 15, p. 161-189, jul./set. 2008.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Comentários à jurisprudência: 3.1. A desnecessidade do ato de tombamento para a preservação de bem dotado de valor cultural. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9, p. 412-416, jul./dez. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 61-72.

MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, p. 1196-1216, nov./dez. 2003.

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

NOEL, Francisco Luiz. O patrimônio precisa de proteção – iniciativas voltadas para a preservação cultural e histórica ganham força no país. *Problemas Brasileiros*. São Paulo, n. 387, p. 54-58, maio/jun. 2008.

PARAITINGA: São Paulo pode ter perdido maior conjunto de edificações do século 19. *Correio Braziliense*, Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://correio braziliense.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. *Revista CEJ*. Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 42, p. 63-72, nov./dez 2008.

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

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 21, p. 174-191, jan./mar. 2001.

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

SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direitos Difusos*, v. 18, p. 2475-2485, mar./abr. 2003.

SAUSEN, Marlise Scheid. A dilação (in) devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 78, p. 163-199, maio/jun. 2009.

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

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

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

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 42, p. 43-56, abr./jun. 2007.

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

TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 167, p. 398-404, jan. 2009.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões econômicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 59/60, p. 191-206, jan./dez. 2004.

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