

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**INSTITUTO DO TOMBAMENTO E SUAS PRINCIPAIS QUESTÕES
DOCTRINÁRIAS**

LARISSA GOMES DA SILVA

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

LARISSA GOMES DA SILVA

**INSTITUTO DO TOMBAMENTO E SUAS PRINCIPAIS QUESTÕES
DOUTRINÁRIAS**

Monografia final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

RIO DE JANEIRO

2017/ 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

S586i Silva, Larissa Gomes da
Instituto do Tombamento e suas principais
questões doutrinárias / Larissa Gomes da Silva. --
Rio de Janeiro, 2017.
60 f.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Tombamento. 2. Patrimônio cultural. 3.
Discricionariedade. I. Oliveira, Fábio Corrêa Souza
de, orient. II. Título.

CDD: 341.3492

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

LARISSA GOMES DA SILVA

**INSTITUTO DO TOMBAMENTO E SUAS PRINCIPAIS QUESTÕES
DOUTRINÁRIAS**

Monografia final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Larissa Pinha de Oliveira

RESUMO

O presente trabalho trata do instituto do tombamento e de algumas das principais questões doutrinárias referentes ao instituto. Entre elas a questão da definição de cultura e de patrimônio cultural, definição essa que vem evoluindo e mudando com a o passar do tempo; a questão da existência ou não de discricionariedade da administração pública no ato do tombamento, devido à presença de conceito jurídico indeterminado (“relevante valor cultural”) nos comandos normativos do ato de tombamento; a questão da preservação do patrimônio cultural imaterial; a questão da definição do ato como declaratório ou constitutivo e, por fim, a questão do direito ou não à indenização dos proprietários dos bens tombados.

Palavras-chave: patrimônio cultural; tombamento; questões doutrinárias; discricionariedade.

ABSTRACT

The present work is about the listing and protection of cultural properties in the Brazilian law, known as “tombamento”. It addresses the main doctrinal questions on this subject, such as the definition of culture and cultural propertie, a definition that has been evolving with the passing of time; the question of the existence or not of a margin of discretion for the public administration when it comes to this institute, due to the presence of an undetermined legal concept (“relevant cultural value”) in the normative commands of said institute; the questions of the preservation of the immaterial cultural properties; the questions of the definition of the act as declaratory or constitutive; and, at last, the question of whether or not the owners of properties listed have the right to financial compensation.

Keywords: cultural propertie; doctrinal questions; discretion; compensation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	9
2. TOMBAMENTO – UM BREVE HISTÓRICO	11
3. PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	19
3.1 Cultura e Patrimônio Cultural	19
3.2 Discricionariedade e controle judicial	22
3.3 Tombamento de bens imateriais	37
3.4 Ato declaratório ou ato constitutivo	47
3.5 Conteúdo econômico e indenização no tombamento	49
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A preocupação com o compromisso de preservação do patrimônio cultural brasileiro, visando resguardar às gerações futuras o direito de ter acesso à memória da comunidade na qual estão inseridas, é crescente na sociedade e Estado contemporâneos.

O tombamento é o instrumento de reconhecimento e proteção do patrimônio cultural mais conhecido, podendo ser feito pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. É relevante por ser um dos principais meios de preservação e conservação da história e da cultura de um país, através de sua arte, seus monumentos históricos, e demais bens relevantes ao longo do desenvolvimento de um Estado e de sua identidade.

É regulamentado, em âmbito federal, pelo Decreto Lei 25 de 1937, primeiro instrumento legal de proteção ao patrimônio cultural brasileiro e primeiro das Américas.

Buscar-se-á no presente trabalho analisar e esclarecer os principais aspectos do instituto do tombamento, tratando de sua origem histórica, natureza jurídica, finalidade, definição, função e algumas divergências doutrinárias.

Como questões principais ter-se-ão as divisões doutrinárias quanto ao tombamento, como a possibilidade de tombamento de bens imateriais, o instituto do tombamento como ato declaratório ou constitutivo, vinculado ou discricionário.

Buscar-se-á também abordar a responsabilidade estatal pela fiscalização, reparação e conservação de bens tombados e jurisprudências relevantes ao tema.

O assunto aqui tratado possui grande relevância cultural e social e é tratado por diversos autores, professores e doutrinadores do direito administrativo e até mesmo de outras áreas. Conforme explicado anteriormente, existem divergências doutrinárias quanto à diversos aspectos do instituto do tombamento, como sua classificação entre ato discricionário ou vinculado, declaratório ou constitutivo, a possibilidade do tombamento de bens imateriais, os

limites de sua interferência nos poderes inerentes à posse, os limites da responsabilidade estatal nos reparos necessários aos bens tombados, entre outros.

Sendo um dos objetivos principais do presente projeto apresentar os pontos de vista divergentes mais relevantes e o melhor posicionamento jurídico sobre o tema, serão consultados livros, jurisprudências, legislação e artigos de maior relevância pertinentes ao tema. Os autores tratados serão Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Afonso da Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Afonso Leme Machado, Sonia Rabello de Castro, entre outros.

Este projeto busca apresentar as divergências doutrinárias acerca do instituto do tombamento e suas principais características, trazendo as doutrinas mais relevantes e confrontando-as. Isso será feito através de pesquisa de doutrinas, artigos, jurisprudências e textos em geral que tratem do tema deste projeto, agregando assim material que embase a monografia.

O método a ser aplicado na presente monografia é o método dialético, no qual são confrontadas doutrinas e jurisprudências opostas com o fim de comprovar o entendimento apresentado.

Em cada uma das partes apresentaram-se pontos de vista jurídicos sobre o que estava sendo tratado, não se pretendendo, no entanto, que uma visão seja tida como a única aceitável ou definitiva.

1. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Sendo o tombamento uma espécie de ato administrativo, cabe, inicialmente, fazer uma breve explicação sobre ato administrativo.

Nem todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato administrativo, assim como nem tudo que a Administração Pública faz é regido pelo direito público. Para que um ato seja administrativo propriamente dito, o regime incidente deve ser o de direito público.

Nos contratos administrativos, que são regidos pelo direito público, há incidência do direito privado de maneira supletiva em alguns casos. Relações de compra e venda e locação, por exemplo, são regidas pelo direito privado, e a administração pública muitas vezes é parte de tais relações.

Existem muitas definições doutrinárias para ato administrativo, aqui destacarei as definições de dois autores: Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella DiPietro.

Ato administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles, seria a “manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”¹.

Desmembrando a definição, temos:

- a) Manifestação de vontade: *ato* corresponde à manifestação de vontade, já *fato* corresponde à atividade material (materialização do ato, decorre do ato). Embora alguns doutrinadores tratem *fato* como acontecimento, deve-se notar que nem todo acontecimento é relevante para a administração pública. Exemplo: Ordem para construção de uma ponte. A ordem é o ato. A construção da ponte em si é o fato, e decorre da ordem.

¹ MIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

- b) Unilateral: Atos administrativos são caracterizados pela unilateralidade. Bilateralidade é característica de contrato, não de ato.
- c) Administração Pública: não só poder executivo, pois a função administrativa também é atipicamente praticada pelos outros poderes.
- d) Agindo nessa qualidade: significa que o ato pode ser praticado por servidores públicos, e também por delegatários, colaboradores e aqueles que estejam agindo na qualidade de agente público.
- e) Fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos: quando se pratica um ato administrativo, se visa a produção de um efeito jurídico. Ato jurídico é gênero, ato administrativo é uma espécie desse gênero. Nem todo ato jurídico é um ato administrativo. Aqui cabe ressaltar os fins de declarar, resguardar, modificar e transferir direitos, todos bastante relevantes para o instituto do tombamento.
- f) Imposição de obrigações aos seus administrados ou a si própria: também conhecida como imperatividade, atributo presente na maioria dos atos administrativos.

Ato administrativo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pode definir-se como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”².

Desmembrando a definição temos:

- a) Declaração do Estado ou de quem o represente: se assemelha a “manifestação unilateral de vontade da administração pública” de Hely Lopes Meirelles, no entanto, Di Pietro usa o termo declaração por achar o termo “manifestação” muito genérico. O problema com este ponto de vista é que declaração deve ser expressa, e nem

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo, Editora Atlas. 2014. P. 205.

sempre a Administração se manifesta de maneira expressa. Em alguns casos, pode haver a ocorrência do chamado “silêncio administrativo”. Em regra o silêncio administrativo não corresponde à manifestação de vontade da Administração Pública e não produz efeitos, a não ser que haja previsão legal para tanto. Um exemplo da ocorrência de silêncio administrativo seria quando uma norma prevê que se não houver manifestação da Administração Pública em determinado número de dias, este silêncio corresponderá a aceite tácito.

b) Que produz efeitos jurídicos imediatos: se assemelha a “que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, declarar, extinguir, modificar e transferir direitos ou impor obrigações aos seus administrados ou a si própria” de Hely Lopes Meirelles.

c) Sob observância da lei: é a incidência do princípio da legalidade.

d) Regime de direito público: condição para ser ato administrativo.

e) Sujeito a controle judiciário: cabe controle, o judiciário pode intervir quando provocado, e quanto ao aspecto da legalidade e princípios.

Assim, qualquer que seja a doutrina examinada, pode-se facilmente classificar o tombamento como uma espécie de ato administrativo, pois é uma declaração da Administração Pública, agindo nessa qualidade e no regime de direito público, com a finalidade de declarar, resguardar e modificar direitos, capaz de produzir efeitos jurídicos, impondo obrigações à seus administrados e à si mesma e sujeita à controle judiciário.

2. TOMBAMENTO – UM BREVE HISTÓRICO

O tombamento foi introduzido no Brasil pelo Decreto Lei 25, promulgado em 30 de novembro de 1937, poucos dias após o golpe de Estado que resultou na ditadura de Vargas, durante o período do Estado Novo³. No entanto, a promulgação dessa lei foi o resultado de um

³ FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte. Fórum, 2010.

movimento que se iniciou ainda no período democrático, com a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, em janeiro do mesmo ano. A própria estrutura do SPHAN seria posteriormente regulamentada na legislação do tombamento.

A aprovação do Decreto Lei 25, criando o instituto do tombamento e propondo a organização do patrimônio cultural no Brasil, foi a primeira forma de materialização legislativa do princípio da função social da propriedade, tão importante na Constituição da Federal de 1988, e que já tinha sido reconhecido na Constituição Federal de 1934, que era a vigente à época da promulgação do referido Decreto Lei.

O princípio da função social da propriedade se relaciona diretamente ao instituto do tombamento ao determinar a função do Poder Público de encontrar a medida mais adequada, numa dada situação, que equilibre direitos e interesses individuais de aproveitamento de bens com direitos coletivos e interesses difusos de utilização e preservação de bens. Encontrar o equilíbrio entre estes dois polos é ainda mais difícil quando estão envolvidos na relação direitos e interesses difusos como, por exemplo, a preservação da memória de um povo⁴.

A palavra tombo significa registro, e foi inicialmente empregada pelo Arquivo Nacional Português, fundado em 1375. Ali eram guardados os livros de registros especiais, chamados de livros do tombo. No Brasil, como uma deferência, o Decreto Lei 25 adotou a expressão. Assim, todo o bem material passível de acautelamento, por meio do ato administrativo do tombamento, deve ser inscrito no Livro do Tombo correspondente, conforme dita o artigo 1º, §1º do Decreto Lei 25 de 1937:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

⁴ FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte. Fórum, 2010.

Patrimônio Cultural é definido no referido decreto como um conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação é de interesse público, por terem elevado valor e relevância no setor histórico, arqueológico, etnográfico, paisagístico ou artístico, geralmente relacionados a fatos memoráveis da história do Brasil.

Qualquer pessoa, tanto física quanto jurídica, pode solicitar o tombamento de um bem. Para tanto, deve-se contatar o órgão responsável, IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), ou o Ministério da Cultura.

O IPHAN foi criado em 1937, pela Lei 378. Era então chamado de SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). O Decreto que instituiu o tombamento, conforme explicado acima, data do mesmo ano.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o tombamento é “forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”⁵.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto define tombamento como a “espécie de intervenção ordinária e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico”⁶.

Ao contrário da desapropriação, o tombamento não é causa de perda da propriedade. Através desse instituto o Poder Público, visando a proteção de bens culturalmente relevantes, determina sua inscrição nos Livros do Tombo, para fins de sujeição e restrições parciais. Tais restrições atingem, entre outros, o exercício das faculdades inerentes ao domínio.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editora Atlas. 2014. P. 146.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1976. P.289.

O tombamento é forma de intervenção restritiva, e não supressiva, não se perde a propriedade, mas ocorre uma restrição quanto ao seu uso e disposição.

Uma vez inscrito no livro do tomo, o bem não poderá ser destruído, descaracterizado, deteriorado ou demolido, pois passou a integrar o acervo cultural brasileiro, sem que, no entanto, tenha ocorrido a perda da propriedade. Por isso, esse instituto é considerado como um grau inicial de intervenção na propriedade, pois não expropria, mas também não dá ao titular do domínio plenas faculdades sobre a propriedade.

Além do dever de conservação, o titular do domínio fica obrigado a manter o bem móvel no território nacional (com algumas exceções), a não realizar qualquer obra que possa resultar na obstrução ou redução da visibilidade do imóvel tombado, nem afixar anúncios ou cartazes sem a autorização do órgão público competente.

Segundo Paulo Afonso Leme Machado, o tombamento possibilita a manutenção da propriedade com o particular, já que não se transfere a propriedade, e conserva-se (com ressalvas) o domínio, o que evita a estatização de todo o patrimônio artístico, histórico e paisagístico⁷.

O ato de tombamento, como ato administrativo, tem como pressuposto de sua legalidade o preenchimento, por parte da administração, dos seus requisitos: competência, finalidade, objeto, motivo e forma.

Quanto ao requisito da competência, no nível federal, a decisão do ato de tombamento cabe, primordialmente, ao órgão especificamente designado pelo decreto lei 25 de 1937, ou seja, ao Conselho Consultivo do Patrimônio. Isso não significa que, no processo do tombamento, não haja a participação de outros órgãos ou agentes administrativos que informem o processo, praticando os atos preparatórios.

A questão da preservação, a cada dia, vem se tornando mais complexa, envolvendo estudos especializados que envolvem técnicos de várias áreas. Tradicionalmente, o valor

⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1986. P.491.

cultural de um prédio em que estivesse em discussão seu aspecto artístico envolveria apenas profissionais da área da arquitetura.

Hoje, esta visão restrita do bem cultural acha-se ultrapassada, uma vez que os aspectos de arquitetura, da arte, da história, e de outras áreas de conhecimento especializado, de fato, e para fins de preservação, devem refletir a questão maior, que é a da cultura nacional.

Por esta razão é que o trabalho de conceituação do que seja patrimônio cultural exige a participação integrada de outros técnicos, pois se o fundamental não é a coisa em si, e sim o seu valor simbólico, é importante detectar não só a questão objetiva da arquitetura de um prédio, por exemplo, mas sua inserção como valor cultural para determinado grupo social.⁸

Face à complexidade desse objeto de trabalho, tão amplo quanto indefinível, é que se tornou necessária, antes da manifestação do Conselho Consultivo, a elaboração de estudos e trabalhos técnicos que examinem e opinem sobre o bem proposto para tombamento. Estes estudos, contudo, não constituem atos administrativos, mas sim procedimentos preparatórios que, encaminhados ao Conselho, facilitarão sua manifestação sobre a matéria proposta.

O ato de tombamento, portanto, é praticado pelo Conselho, através de deliberação coletiva, a ser submetido à homologação ministerial. O Conselho Consultivo é o órgão competente para esta decisão, conforme previsto na lei, e essa competência não pode ser delegada ou avocada.

É importante citar que o Decreto lei 25 de 1937, em momento algum, se refere à necessidade dos estudos técnicos. O que é necessário, segundo a lei, é a manifestação do Conselho Consultivo, manifestação que deverá estar em conformidade com a previsão legal de adequação da coisa ao conceito de bem de interesse público pelo seu valor cultural. No entanto, os Conselhos, em geral, não são órgãos executivos e, por esse motivo e para embasar a decisão, é comum que os processos sejam instruídos com estudos técnicos.

⁸ Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf

Motivo e finalidade, requisitos do ato administrativo de tombamento, encontravam-se especificados na Emenda Constitucional 69, no seu artigo 180, ao dispor que: “O amparo à cultura é dever do Estado.”

O parágrafo único do artigo 180 referia-se especificamente à proteção especial do poder público, tutelando os bens de “valor histórico ou artístico” e as paisagens e sítios naturais “notáveis”. Muito se alegava, em impugnações administrativas a tombamentos, a ausência ou insuficiência de motivo, por falta do denominado excepcional “valor histórico ou artístico” ou paisagem natural “notável”.

É importante assinalar que o parágrafo único do artigo 180 especificava uma ação do Estado, isto é, a proteção especial de determinados bens em razão do seu valor histórico e artístico, entendidos esses atributos como o valor cultural de um bem. Não há como admitir, porém, que o legislador constitucional tenha objetivado a proteção de somente bens de valor histórico ou artístico, deixando sem a proteção do Estado outros bens significativos e importantes para a cultura nacional, enquadráveis no dispositivo legal, através de uma interpretação mais ampla.

Esse entendimento mais genérico sobre o conceito de bem cultural foi incorporado textualmente à Constituição de 1988. O dever do Estado em proteger o patrimônio cultural está compreendido no artigo 215, quando dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

No artigo 216, a Constituição de 1988 referiu-se à expressão “patrimônio cultural” como sendo constituído pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em seu conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)”.

Ficou, assim, consagrada em sede constitucional a visão mais ampla do que seja patrimônio cultural, assunto que será tratado mais adiante.

Além disso, cabe ressaltar que a ideia de monumentalidade não mais se encontra ligada, necessariamente, à grandeza física da obra, mas à sua expressão como processo e resultado da formação e da expressão do saber cultural de um povo.

Embora ainda existam doutrinadores e juízes que ainda hoje insistam em conceituar o histórico e artístico com visão restrita, o conceito mais amplo e moderno dessas categorias já está se tornando majoritário dentre os especialistas na matéria.

Por fim, quanto à forma e procedimento, o decreto lei 25 de 1937 previu apenas alguns aspectos relacionados ao processo de tombamento e à sua forma.

Conforme exposto anteriormente, o ato de tombamento é a manifestação positiva de vontade, feita pelo Conselho Consultivo, no sentido de que determinado bem integre o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Essa decisão, para produção de seus efeitos, sujeita-se ao controle mediante homologação.

O tombamento de bens reveste-se de aspectos jurídicos complexos, além de não prescindir de estudos técnicos aprofundados relacionados com o sentido e a compreensão do que seja valor cultural. Daí porque, independentemente de previsão legal, são elaborados estudos técnicos que embasam a decisão do Conselho Consultivo.

Embora o decreto lei 25 não torne os pareceres técnicos obrigatórios, eles se tornaram indispensáveis não por força da letra da lei, mas para esclarecer a motivação do ato administrativo, explicitando a relação entre a escolha de determinado bem e o interesse público de conservá-lo.

Os estudos, os pronunciamentos, os encaminhamentos da matéria até esta chegar à decisão do Conselho Consultivo, formam juntos o processo administrativo de tombamento. Não obstante ser a decisão do Conselho o ato de manifestação de vontade do poder público, a instrução do processo de tombamento é de grande importância não só para embasar sua decisão, como também para informar quanto a aspectos fundamentais do tombamento, como precisar seu objeto, determinar sua característica e sua expressão enquanto bem de valor cultural do país.

Em relação ao processo de tombamento, o decreto lei 25 especifica dois procedimentos: o tombamento voluntário e o tombamento compulsório. Esta distinção baseava-se no fato de, no primeiro caso, o proprietário solicitar o tombamento ou anuir com ele, e no segundo não. O tombamento compulsório ocorria quando o proprietário do bem impugnasse o tombamento.

O principal motivo da distinção legal consistia na desnecessidade de deliberação do Conselho Consultivo para tombamento voluntário, exceto na hipótese de ter o proprietário solicitado o tombamento. No tombamento compulsório, a impugnação apresentada seria submetida ao Conselho, juntamente com a resposta dada a ela pelo órgão do qual tivesse emanado a iniciativa do tombamento.

O artigo 9º do decreto lei 25 de 1937 estabelece que o proprietário tem o prazo de quinze dias, contados a partir do recebimento da notificação, para se manifestar sobre o tombamento do bem.

Em suma, o Conselho Consultivo seria ouvido em duas hipóteses: no caso de o proprietário solicitar o tombamento e no caso de impugnação do mesmo, configurando-se o tombamento compulsório.

Ocorre que, hoje, a distinção entre tombamento voluntário e compulsório se mostra obsoleta em seu aspecto prático, pois há entendimento pacífico de que a lei 6.292, de 1975, que dispõe sobre a homologação ministerial, não dispensa o parecer do Conselho Consultivo para nenhum tipo de tombamento.

Ou seja, com o advento desta lei, todos os tombamentos, sejam eles voluntários ou compulsórios, passaram a ter a necessária manifestação do Conselho Consultivo. Desse modo, o processo de tombamento segue a seguinte tramitação: o proprietário do bem é notificado, tendo o prazo de quinze dias para anuir, ou não, ao tombamento. Havendo impugnação, o órgão que encaminhou o tombamento deve se manifestar sobre ela, enviando o processo à apreciação do Conselho. Não havendo impugnação no prazo legal, o processo também será encaminhado ao Conselho, para deliberação. Em ambos os casos, após manifestação do Conselho, a decisão será submetida à homologação ministerial.

3. PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

3.1 Cultura e Patrimônio Cultural

O dicionário Michaelis define cultura como “Conjunto de conhecimentos, costumes, crenças, padrões de comportamento, adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um grupo social⁹.”

Quanto ao conceito de preservação, Sonia Rabello de Castro a define como “toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma nação”¹⁰.

Conforme ensinou Diógenes Gasparini, uma vez reconhecida a existência de interesse público na conservação de determinado bem, dado seu valor histórico, artístico ou cultural, poderá o Poder Público, por meio da edição do ato do tombamento, submetê-lo a regime jurídico especial de uso, gozo, disposição ou destruição¹¹.

Justamente por importar em meio de interferência do Estado na propriedade privada o tombamento cria situações jurídicas complexas que merecem ser discutidas e estudadas.

O Decreto Lei 25 de 1937, tratando do instituto do tombamento, define patrimônio histórico e artístico em seu artigo 1º:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

(...)

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pelo natureza ou agenciados pelo indústria humana.

Já a Constituição Federal de 1988 trata do tema patrimônio cultural da seguinte forma:

⁹ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=cultura>

¹⁰ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Editora Renovar. 1991. P. 5.

¹¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 803.

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

Pode-se perceber, assim, que a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 216, ampliou o conceito de patrimônio cultural estabelecido pelo Decreto Lei 25, substituindo a nomenclatura Patrimônio Histórico e Artístico por Patrimônio Cultural Brasileiro. Essa alteração incorporou o conceito de referência cultural e a definição dos bens passíveis de reconhecimento, sobretudo os de caráter imaterial.

A Constituição estabelece ainda a parceria entre o poder público e as comunidades para a promoção e proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro, mantendo, no entanto, a gestão do patrimônio e da documentação relativa aos bens tombados sob responsabilidade da administração pública.

O artigo 1º do Decreto Lei 25 de 1937 dita que o valor cultural do bem a ser tombado deve estar vinculado a fatos memoráveis do país ou a excepcionalidade. Historicamente, o instituto do tombamento foi pensado para a proteção de obras monumentais, às quais seria conferido o status de representantes da identidade cultural brasileira, ainda em formação no início do século XX. Maria Coeli Simões Pires reflete sobre as consequências sociais e normativas que estão na base da edição do referido decreto, ensinando:

Pelo caráter restrito do próprio conceito de patrimônio cultural adotado, pelo traço elitista das representações, ditas nacionais, e pela exclusão das diferenças, a conformação do patrimônio não deixava de ser uma artificialização segregadora, já

que os bens que o integravam eram, ao mesmo tempo, materialidade e idealização, num sistema de representação oficial e hegemônica, e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultura¹².

Diferentemente do contexto histórico vivenciado em 1937, o constituinte brasileiro do fim do século XX imprimiu ao patrimônio cultural uma visão mais democrática, privilegiando a participação popular e ampliando o conceito de bens merecedores da especial proteção legal. Conforme ensina Sonia Rabello de Castro:

a Constituição de 1988 não deixou dúvidas quanto à concepção ampla do que seja bem de valor cultural e, nesse sentido, o Decreto-Lei n. 25/1937 foi por ela recepcionado, sendo que a conceituação dos motivos especificamente apontados nesta norma deve ter agora o sentido lato que a Constituição de 1988 necessariamente lhe imprime¹³.

Assim, o conceito de patrimônio cultural foi expandido após o advento da Constituição de 1988, passando a contemplar, nos termos do art. 216, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas. E, ao lado do tombamento, foram previstos outros instrumentos de proteção, como o registro, a vigilância e a desapropriação.

A principal diferença em relação ao modelo anterior é que não mais se exige que o bem a ser tombado possua caráter excepcional ou monumental para que lhe seja reconhecido o relevante valor cultural, como previsto no art. 1º do Decreto Lei 25 de 1937.

Assim, os bens de natureza material ou imaterial que façam referência à identidade de algum dos grupos formadores da sociedade brasileira, mesmo que não vinculados a fatos memoráveis da história do país, serão passíveis de proteção legal.

¹² PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*. In: FERNANDES, Edésio; ALFOSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P.77.

¹³ CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P.84.

Enquanto o Decreto de 1937 estabelece como patrimônio cultural o conjunto de bens móveis e imóveis cuja conservação seja de interesse público, o artigo 216 da Constituição conceitua patrimônio cultural como sendo bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, relevantes à identidade, ação ou memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Conforme visto acima, na redefinição promovida pela Constituição, estão presentes as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Percebe-se, assim, a existência de uma gama extensa de bens passíveis de serem objeto do tombamento, tais como fotografias, livros, acervos, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, ruas, praças, bairros, cidades, regiões, florestas, entre outros.

Apesar do extenso leque de bens passíveis de tombamento, para que ele de fato ocorra, deve ser comprovada a relevância cultural do bem, o que pode se mostrar tarefa complexa, tratando-se de conceito jurídico indeterminado. Em geral, essa comprovação ocorre através de prova pericial.

Assim, analisando-se os dispositivos constitucionais referidos, observa-se que o tombamento, na atualidade, tem por objeto a proteção dos bens materiais móveis e imóveis portadores de relevante valor para o patrimônio cultural brasileiro, entendido esse patrimônio de forma estendida, a abranger os mais distintos e plurissignificativos aspectos da identidade brasileira.

3.2 Discricionariedade e controle judicial

O tombamento é resultado de um ato administrativo realizado de acordo com um processo definido, sendo a forma de atuação do administrador submetida às prescrições legais do processo de tombamento. Com base nesse raciocínio, parte minoritária da doutrina define o

instituto como ato vinculado, dado que há um regime jurídico especial sobre o instituto, com regras objetivas que visam impedir a intervenção arbitrária ou tendenciosa do administrador público, cuja ação é conduzida pelo texto legal e baseado em análise técnica.

No entanto, a corrente majoritária considera se tratar de ato discricionário, pois a lei deixa à cargo do administrador público a decisão de tomba ou não, apesar da existência do diploma legal tratando do instituto, em última instância é a administração quem valora a conveniência e oportunidade de realizá-lo.

Segundo José Afonso da Silva, o instituto do tombamento é, de certa forma, vinculado, o autor explica:

O ato de tombamento é, porém, vinculado no sentido de que não se verificará sem o parecer técnico do órgão competente (IPHAN ou entidade semelhante nos Estados ou Municípios) aconselhando a medida. O ato está, pois, vinculado a esse parecer. Mas este não vincula a autoridade competente para emitir o ato de tombamento. Pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo (...). O tombamento, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade.¹⁴

Outros autores, como Pontes de Miranda e José Celso Mello Filho, também consideram o ato de tombamento um ato vinculado. Nesse sentido, o Ministro Nunes Leal, se referindo ao tombamento, disse:

A atribuição de valor ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência e oportunidade. Ato discricionário é, por exemplo, o tombamento em si mesmo, ou a ocasião de o efetuar, porque a autoridade, mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, tem liberdade de o tomba ou não, como tem a liberdade de escolher a ocasião mais apropriada para praticar esse ato. (...) Mas na qualificação de um bem como compreendido no patrimônio histórico e artístico nacional, o que se tem é a devida ou indevida aplicação da lei, isto é, matéria pertinente como exame da legalidade, segundo o critério assentado na Lei 221, de 1984.¹⁵

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1981. P491.

¹⁵ Vitor Nunes Leal, Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.377, Revista Forense, p. 143.

O tombamento é resultado de um ato administrativo realizado de acordo com um processo pré definido por lei, a forma de atuação do administrador é submetida às prescrições legais do processo de tombamento. No entanto, não se trata de um ato vinculado, mas sim discricionário, pois a lei deixa à escolha do administrador a decisão final de tombou ou não. É a administração quem valora a conveniência e oportunidade do ato. Há discricionariedade na edição do ato, pois o tombamento impõe vários encargos ao ente federativo que determinou a medida, como a fiscalização e, eventualmente, a reparação ou conservação. Mesmo que a medida seja determinada pelo órgão competente, a decisão precisa ser homologada, o que torna ainda mais claro o aspecto da discricionariedade.

Há de se ressaltar também que o ato administrativo do tombamento, como ato administrativo que é, não deve ser classificado de discricionário ou vinculado; o que deve ser verificado nele é o poder discricionário contido no ato. É nesse sentido que é discricionário o poder da administração de escolher o critério técnico para determinação do que entende ser valor cultural de um bem.

Para José Cretella Junior, com base na autonomia da administração pública, a administração poderia optar pela não realização do tombamento, mesmo que haja uma recomendação para a sujeição do bem ao regime especial, em razão da prevalência do interesse público¹⁶.

Ao editar ato de tombamento visando à proteção do patrimônio cultural brasileiro, cabe ao Poder Público aferir e atestar, previamente à sua edição, o “relevante valor cultural” do bem a ser preservado (conforme ditam o artigo 216 da CF/88 e o artigo 1º do Decreto Lei 25/1937). Nesse contexto, fica evidente a presença de um conceito jurídico indeterminado nos comandos normativos do ato de tombamento.

O exercício da competência do administrador público na definição do relevante valor cultural de bens tombados tem sido objeto de grande quantidade de ações judiciais propostas por proprietários, nas quais se questiona a validade do ato produzido pela Administração. Por

¹⁶ CRETELLA JUNIOR., José. *Regime jurídico do tombamento*. Editora Saraiva. 1997. São Paulo. P. 54.

esse motivo, essa questão desemboca no problema dos limites do controle jurisdicional do ato de tombamento¹⁷.

Embora a doutrina administrativa venha, há muito tempo, se debruçando sobre esta matéria, não se pode dizer que um consenso tenha sido atingido quanto à seguinte questão: esse tipo de estrutura normativa (que contém conceito jurídico indeterminado) confere ou não discricionariedade ao agir do administrador público?

O exercício da competência do administrador público na definição do relevante valor cultural de bens tombados tem sido objeto de grande quantidade de ações judiciais propostas pelos proprietários de tais bens, nas quais se questiona a validade do ato. Por isso, essa questão acaba culminando no problema dos limites do controle jurisdicional do ato de tombamento.

Nesse ponto, reconhecida a existência de discricionariedade na definição do relevante valor cultural do bem a ser tombado, parte da doutrina e da jurisprudência defendem não poder ser o mérito do ato objeto de análise pelo controle jurisdicional, dado que estaria sujeito exclusivamente aos juízos de conveniência e oportunidade do administrador público. Por essa linha de raciocínio, o reexame desses atos pelo Poder Judiciário implicaria em ofensa direta ao importante princípio da separação dos poderes, um dos princípios fundamentais do Direito Brasileiro, previsto no artigo 2º da CR de 1988.

Ou seja, quando reconhecida a presença de discricionariedade no ato de definir o “relevante valor cultural” do bem a ser tombado, defende parte da doutrina e da jurisprudência que o mérito do ato não pode ser objeto de análise pelo controle jurisdicional, uma vez que estaria afeto exclusivamente aos juízos de conveniência e oportunidade do administrador. Para esta corrente, o reexame desses atos pelo Judiciário implicaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo de jurisprudência que suporta tal ponto de vista acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que diz:

¹⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. *O controle judicial do “relevante valor cultural” de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte. Meritum. V. 10. N. 1. P. 239-274. 2015.

Por ser o tombamento ato discricionário do Poder Público, não cabe ao Judiciário a análise de mérito do ato, ou seja, rever os critérios adotados pelo administrador, dado que não há padrões legais para verificar a atuação, cabendo apenas verificar se foram atendidos os requisitos de sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.¹⁸

A decisão foi proferida no caso em que os proprietários do imóvel conhecido na cidade de Belo Horizonte por “Casa Rosada” haviam interposto Apelação Cível contra sentença desfavorável a eles, buscando a declaração de nulidade de tombamento feito pelo município, com o fundamento de ausência de motivação.

Por outro lado, uma outra corrente doutrinária acredita que, atualmente, há forte tendência no sentido da aceitação da interferência do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa, tendo em vista, principalmente, a qualificação dos conceitos jurídicos considerados “indeterminados”. Tal posicionamento se baseia primariamente na teoria da discricionariedade tendente a zero, oriunda do direito alemão.

Convergente com este posicionamento também há jurisprudência:

Conquanto encontre-me perfilado entre aqueles que entendem que o ato de tombamento insere-se dentre os atos discricionários da Administração Pública, entendo que mesmo estes têm sua eficácia dependente de motivação, requisito este que viabiliza o controle de legalidade do ato.¹⁹

Há ainda uma terceira corrente que se posiciona contra o controle de mérito do ato administrativo, mas confere ao Poder Judiciário a prerrogativa não apenas de analisar os aspectos legais envolvidos nos procedimentos adotados pela administração pública, mas também a juridicidade desses atos, entendendo essa interferência como a busca pela adequação da atividade pública aos princípios norteadores do direito, dado que “toda conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se legitima se imantada pelo primado dos princípios e dos direitos fundamentais”.²⁰

¹⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00.266516-4/000. Relator: Edivaldo George dos Santos. Julgado em: 30 set. 2002c. Disponível em: www.tjmg.jus.br

¹⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.333891-0/000. Relator: Francisco Figueiredo. Julgado em: 30 set. 2003. Disponível em: www.tjmg.jus.br

²⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais*. Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica, Itajaí, volume 18, número 3, página 431. Setembro - Dezembro 2013.

Essa corrente defende que não deve haver controle de mérito do ato administrativo, mas o controle judicial poder ocorrer com o fim não apenas de analisar os aspectos legais envolvidos nos procedimentos adotados pela Administração Pública, mas também a juridicidade desses atos, sendo tal interferência uma forma de busca pela adequação da atividade pública aos princípios norteadores do Direito²¹.

Nesse sentido, há jurisprudência interessante, que reconhece a existência de discricionariedade e observa que deve-se evitar a análise do mérito do ato administrativo aqui tratado, a não ser que este viole importantes princípios constitucionais, como razoabilidade e legalidade. Nesse sentido:

Processo: AC 70054564273 RS. Órgão Julgador: Vigésima Segunda Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 16/09/2013. Julgamento: 12 de Setembro de 2013. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. PRETENSÃO DE TOMBAMENTO DE IMÓVEIS. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DO ENTE MUNICIPAL. PERÍCIA JUDICIAL AFASTANDO O NECESSÁRIO VALOR HISTÓRICO, ARQUITETÔNICO OU CULTURAL DOS BENS. LEGALIDADE DA ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO.

(...)

3. MÉRITO. - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º, CF/88). - No ato administrativo de tombamento - regulamentado pelo Decreto-Lei 25/1937 - o ente competente deve atuar no espaço concedido pela norma, o que revela a discricionariedade técnica da medida. Se a avaliação da municipalidade ocorrer mediante correto procedimento e for materialmente razoável, não pode ser reformada pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida violação à competência constitucional dos Poderes da República. O controle judicial limita-se, enfim, à legalidade da atuação. - Avaliação dos bens que deve ser pautada pelo aspecto técnico, sob pena de emprestar desmedido subjetivismo, o que travaria quaisquer políticas públicas pela simples existência de opiniões ou posições divergentes daquelas adotadas pelo órgão competente. - Caso concreto em que o laudo pericial do juízo afastou o valor histórico, cultural ou arquitetônico necessário para justificar o tombamento dos imóveis em questão, circunstância suficiente a legitimar a atuação do Município como posta. (...).²²

²¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. *O controle judicial do "relevante valor cultural" de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte. Meritum. V. 10. N. 1. P. 239-274. 2015.

²² Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113232241/apelacao-civel-ac-70054564273-rs>

Sendo o conceito de “relevante valor cultural” um conceito jurídico indeterminado, de fato há algum espaço para discricionariedade do administrador público no que tange o tombamento. No entanto, isso não impossibilita a ocorrência de controle judicial mediante provocação, quando o proprietário de um bem tombado se sentir injustiçado por achar que o tombamento de seu bem foi injustificado ou excessivamente oneroso. Nesse sentido:

TJ-MG - 100249909538610011 MG 1.0024.99.095386-1/001(1) (TJ-MG). Data de publicação: 25/06/2004.

Ementa: TOMBAMENTO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE RELEVANTE VALOR CULTURAL. PROCEDIMENTO. DESCONFORMIDADE COM AS REGRAS GERAIS FIXADAS PELA LEGISLAÇÃO FEDERAL. NULIDADE DO ATO DE TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. PREJUÍZO EFETIVAMENTE SOFRIDO E DEMONSTRADO. Inexistente o valor histórico cultural do imóvel, não se justifica o ato de tombamento. A lei municipal não pode subtrair, no procedimento para tombamento, fases previstas em normas gerais federais e estaduais. Comprovado em perícia que o imóvel, em virtude de indevido tombamento, sofreu depreciação e foi, por isto, alienado por valor inferior ao real, demonstra-se cabível a indenização pelo prejuízo sofrido.²³

TJ-SP - Apelação APL 994060946210 SP (TJ-SP). Data de publicação: 20/04/2010.

Ementa: Anulação de ato administrativo. Tombamento. Indenização. Comprovado por laudo pericial não ter o imóvel em questão interesse histórico, cultural e arquitetônico, o ato administrativo que determinou o seu tombamento não merece prosperar. Indenização indevida por se tratar de pedido subsidiário. Recursos improvidos.²⁴

Quanto à natureza jurídica do ato final do procedimento, não obstante a aceitação da presença de alguns aspectos vinculantes no ato, a edição do ato de tombamento é feita mediante certa liberdade de escolha quanto ao relevante valor cultural do bem, liberdade que é atribuída, pela ordem jurídica, ao administrador.

Quanto aos elementos considerados vinculados, quais sejam, a competência, a forma e a finalidade, percebe-se que o Decreto Lei 25 de 1937 impõe ao administrador o atendimento de certos requisitos que, se não observados, podem implicar na própria nulidade do ato de tombamento.

²³ Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5817534/100249909538610011-mg-1002499095386-1-001-1>

²⁴ Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9070793/apelacao-apl-994060946210-sp>

Conforme os artigos 4º, 5º, 7º e 9º do Decreto Lei 25 de 1937, a competência para a edição do tombamento, em nível federal, será do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (antigo SPHAN, atual IPHAN). A forma a ser seguida pela Administração, por sua vez, vai depender da modalidade de tombamento que se pretende, valendo notar que, quando impugnado o procedimento pelo proprietário do bem, a decisão final acerca da controvérsia ficará a cargo do Conselho Consultivo do mencionado órgão (conforme ditado pelos artigos 1º, § 1º, 4º e 9º do referido decreto).

Já no que concerne à finalidade do ato, observa-se que o artigo 1º do referido diploma e o artigo 216 da Constituição de 1988 condicionam a proteção conferida pelo tombamento, que deve necessariamente atender ao interesse público e dirigir-se ao bem que apresente aspectos de relevância histórica, artística, arqueológica, etnográfica ou bibliográfica.

Quanto ao motivo e ao objeto do ato, por fim, pode-se concluir que neles residirá a atuação discricionária do administrador. Nesse sentido:

estes elementos configuradores do mérito do ato administrativo em matéria de tombamento irão definir, no que toca a seu conteúdo, por exemplo, a abrangência espacial do tombamento (fachada, interiores, bens móveis internos etc.) e o motivo, ou seja, as razões de fato e de direito que exteriorizam a vontade das autoridades competentes, in casu, que demonstram que o bem tombado enquadra-se nas hipóteses legais (art. 1º do Decreto-Lei 25/1937), ensejadoras da proteção do patrimônio cultural²⁵.

Ao disciplinar a competência executiva para a edição do ato do tombamento, o artigo 4º do Decreto Lei 25 de 1937 determinou que, em nível federal, tal atribuição ficaria a cargo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Atualmente, conforme dispõe o artigo 2º do anexo I do Decreto nº 6.844 de 2009, essa função é exercida pelo Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural Nacional - IPHAN, órgão vinculado ao Ministério da Cultura, contando também os estados e municípios com seus respectivos órgãos encarregados de efetivar as políticas de proteção do patrimônio cultural regional e local.

Dentre as atribuições conferidas a esses órgãos, destaca-se a de valorar os aspectos presentes no bem que se pretende proteger, por meio de seu respectivo Conselho Consultivo,

²⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Tombamento de imóveis urbanos e indenização: estudo das tendências contemporâneas a partir da jurisprudência*. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Coord.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 197.

para que seja firmado o juízo final acerca da adequação ou não desse bem aos requisitos necessários para integrar o patrimônio histórico e artístico nacional.

Assim, quando a decisão a ser tomada por esses conselhos deliberativos estiver no sentido da efetivação do tombamento, os motivos apresentados devem ser respaldados em parecer técnico devidamente fundamentado, que ateste a relevância cultural do bem.

Percebe-se assim que a parte da doutrina que defende a presença de discricionariedade na definição do relevante valor cultural exigido para a edição do ato de tombamento tem justificado sua posição pela presença de margem de livre apreciação decorrente do conceito jurídico indeterminado.

Conforme ensinam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás- Ramón Fernandez “ por sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados”²⁶. Para distinguir esses dois aspectos, os autores espanhóis caracterizam os conceitos determinados como aqueles que “delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca”²⁷.

Os mencionados autores definem a técnica do conceito jurídico indeterminado como aquela em que “a lei se refere a uma esfera da realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado”²⁸.

A utilização de conceitos legais vagos é geralmente justificada pela doutrina com base na impossibilidade do legislador prever todas as situações que se apresentarão no caso concreto àquele encarregado da aplicação da norma e a sua correlata solução. Por isso tais doutrinadores defendem que o legislador “para flexibilizar a ação administrativa, instrumentando-a para a obtenção dos resultados legalmente desejáveis de excelente realização do interesse público, confere certa ‘liberdade’ no mandamento”²⁹.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 958.

Essa liberdade conferida pelo legislador ao aplicador da norma, apesar de encontrar questionamentos de parcela minoritária da doutrina nacional, normalmente é tratada como hipótese de insurgência de verdadeiro campo de atividade discricionária da Administração. Nesse sentido, destacam-se a teorias que defendem a existência de discricionariedade na *zona de incerteza* dos conceitos jurídicos indeterminados.

Celso Antônio Bandeira de Mello tratou da existência de discricionariedade nessa *zona de incerteza* verificada nos conceitos. O mencionado autor defende que, diante desse “campo nebuloso”, exige-se do administrador mais do que simples trabalho de interpretação normativa. Segundo o autor, haverá discricionariedade no mandamento da norma:

(...) quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias³⁰

Florivaldo Dutra de Araújo defende que a interpretação, além de ser um ato de conhecimento de algo contido na norma, envolve trabalho volitivo de escolha da solução mais adequada. Daí, a afirmação de que “a interpretação, portanto, é o trabalho de busca da melhor aplicabilidade possível para uma norma, e não o (único) correto entendimento”³¹.

Por fim, qualquer que seja a corrente doutrinária adotada, dentre as três anteriormente citadas, quanto à extensão do controle judicial sobre o tombamento, o fato é que o controle dos atos praticados pela Administração será sempre conferido, em última análise, ao Poder Judiciário, conforme ditado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, XXXV.

Tradicionalmente, o controle judicial da atividade discricionária somente incidiria sobre a competência, a forma e a finalidade do ato administrativo. Já o motivo e o objeto estariam imunes da apreciação judicial, por dizerem respeito ao mérito do ato, matéria afeta aos juízos de oportunidade e conveniência próprios do agir da administração.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

³¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e motivação do ato administrativo*. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 116.

Essa teoria, que prevaleceu nas primeiras décadas do século XX no Brasil, foi e ainda é defendida por diversos doutrinadores, entre eles Seabra Fagundes, que defende posicionamento rígido acerca da possibilidade de controle dos atos discricionários. Assim, tratando-se de competência discricionária, o mérito, seria de atribuição exclusiva do Poder Executivo:

e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘faría obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação e independência dos poderes’. Os elementos que o constituem são dependentes do critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional³².

Na contramão da concepção de legalidade restrita defendida como critério para a delimitação do controle sobre as atividades da administração pública, grande parte da doutrina passou a admitir, aos poucos, o aumento das possibilidades de averiguação dos atos administrativos discricionários.

Além do respeito à legalidade estrita, defende-se a necessidade de conformação dos atos administrativos aos princípios jurídicos e aos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos. Nesse sentido, Germana de Oliveira Moraes afirma:

Hoje em dia, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade restrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial.³³

Por essa nova definição, o mérito do ato administrativo, enquanto campo ainda insuscetível de controle do Judiciário, seria apenas “nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”³⁴.

³² FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 147.

³³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 49.

³⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 50.

De forma a também pregar a ampliação das possibilidades de controle judicial sobre os atos tidos como discricionários, a chamada teoria da discricionariedade tendente a zero tem como preocupação fundamental a redefinição do conceito do que seja “discricionariedade”. Nesse sentido, Juarez Freitas, ao redefinir a discricionariedade, passa a não admitir ato administrativo completamente insindicação. Para o autor, a discricionariedade administrativa legítima é:

(...) a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências, mediante justificativas válidas, fática e juridicamente aceitáveis, observados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa administração pública³⁵.

Freitas acrescenta ainda que os fundamentos de fato e de direito do ato administrativo também devem ser controlados de maneira incisiva. O autor pondera que o controle do ato administrativo, não apenas no tocante à legalidade, mas a partir dos princípios fundamentais, alcança questões antes consideradas imunes ao controle judicial, tais como “o tempo razoável e a probidade das escolhas administrativas, entendidas como opções sobre o que fazer ou não fazer, em determinado contexto de dilema público”³⁶.

Tal posicionamento tem consequências específicas no controle das políticas públicas e das omissões administrativas que, para o autor, devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Para o autor, “no exercício do controle dos atos administrativos, o juiz pode e deve tomar providências, se a omissão administrativa apresentar-se irreparável ou de difícil reparação”³⁷. Isso se trataria, para o autor, de impedir a arbitrariedade, seja ela por ação ou por omissão.

Assim, o controle exercido pelo Judiciário teria a função de certificar que a solução mais adequada seja a eleita pelo administrador. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o “controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de

³⁵ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais*. Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica, Itajaí, v. 18, n. 3. P. 425.

³⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais*. Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica, Itajaí, v. 18, n. 3. P. 420.

³⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais*. Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica, Itajaí, v. 18, n. 3. P. 427.

alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato³⁸. O autor defende ainda ser:

(...) o exame de motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista³⁹.

Aplicando-se esse raciocínio ao ato de tombamento, revela-se a patente necessidade de o Poder Judiciário incorporar as transformações conceituais operadas nesse instrumento de proteção do patrimônio cultural, especialmente após a Constituição de 1988. Assim, a análise jurídica da questão não deve se restringir aos critérios de excepcionalidade e monumentalidade presentes no Decreto Lei 25 de 1937. Para além dos bens de arquitetura excepcional, ou vinculados a fatos memoráveis da história do país, a Constituição destinou proteção especial àqueles portadores de referência à cultura dos mais variados povos construtores da identidade nacional.

Também é importante apontar que a existência de uma margem de discricionariade não significa que o poder público pode simplesmente tomar bens sem justificativa e motivação apropriadas. Apesar da presença de conceito jurídico indeterminado nos comandos normativos, a liberdade da administração pública não é irrestrita, e ele deve se guiar pelo decreto lei 25 de 1937, pela Constituição da República de 1988 e pelos princípios constitucionais.

Justamente pela presença de discricionariade, a possibilidade de controle judicial é tão interessante para o instituto, já que muitas vezes o administrador público se utiliza da discricionariade como proteção para o cometimento de arbitrariedades.

A seguir, parte interessante de decisão judicial, que vai de encontro a alguns pontos tratados anteriormente, como a vinculação da qualificação do bem que se pretende tomar à uma das hipóteses previstas em lei, não sendo sua discricionariade ilimitada. Segundo a decisão, a justificativa do ato deve ser concreta e relevante.⁴⁰

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 967.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 967.

⁴⁰ [https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115516049/embargos-infringentes-ei-10024062680129002 - mg/inteiro-teor-115516094](https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115516049/embargos-infringentes-ei-10024062680129002-mg/inteiro-teor-115516094)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. (...) Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “EMBARGOS INFRINGENTES. ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. JUSTIFICATIVA À EDIÇÃO DO ATO. HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1º DO DL 25/37. EXCEPCIONAL VALOR ARTÍSTICO OU VINCULAÇÃO A FATOS MEMORÁVEIS DA HISTÓRIA DO BRASIL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. -Segundo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 25/37, apenas se justifica o tombamento de bens cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. *A qualificação do bem a ser tombado é ato de natureza vinculada, ficando a manifestação de vontade do administrador condicionada ao enquadramento preciso em uma das hipóteses previstas no art. 1º do Decreto-Lei 25/37, razão pela qual a motivação do ato, isto é, a justificativa de sua edição, deve ser concreta, relevante e robusta, assentada em elementos técnicos que evidenciem a configuração de alguma das circunstâncias fáticas delineadas na lei.* Uma vez não demonstrado, de forma satisfatória, o excepcional valor artístico do bem, tampouco a sua relevante linhagem histórica, a ponto de torná-lo suscetível de integrar o patrimônio nacional, por meio do tombamento, devido é o reconhecimento da nulidade do ato. V.V. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. IMÓVEL DE VALOR HISTÓRICO EM BELO HORIZONTE. AÇÃO ANULATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Se a prova técnica e demais elementos de convicção produzidos no decorrer do processo de conhecimento apontam para a coexistência dos requisitos necessários ao reconhecimento do valor histórico de imóvel edificado na época da construção da capital mineira, deve ser reconhecida a validade do tombamento feito pela Municipalidade. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. ⁴¹ (Grifos meus).

Além disso, a decisão prossegue trazendo outro ponto anteriormente tratado neste trabalho, o fato de que o bem não precisa mais ser monumental ou excepcional para que se justifique seu tombamento, bastando que seja relevante para a identidade de algum dos grupos formadores da sociedade brasileira.

No recurso extraordinário, o Agravante alega ter o Tribunal de origem contrariado o art. 216 da Constituição da República. Argumenta que o acórdão recorrido anulou o ato administrativo de tombamento por considerar inadequados seus motivos, ou seja, por considerar que os fatos evocados pelo Município de Belo Horizonte para embasar o tombamento não seriam suficientes para demonstrar o valor cultural do bem, o que levaria à nulidade do ato. Como se vê, é a própria Constituição que adota concepção ampla a respeito do que pode ser considerado patrimônio cultural, bastando que os bens a serem protegidos sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Ora, é evidente

⁴¹ Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115516049/embargos-infringentes-ei-10024062680129002-mg/inteiro-teor-115516094>

que uma edificação erguida pelo próprio Estado para abrigar seus funcionários em sua nova capital, no início da República, porta referência essencial à memória de um grupo essencial na sociedade local, (...) de modo que não se pode deixar de considerá-la parte do patrimônio cultural digno de proteção constitucional. Aliás, o acórdão recorrido reconhece que o laudo pericial produzido nos autos, juntamente com documentos da fase administrativa do tombamento, apontam a importância histórica do bem. Merece todo o crédito, neste particular, o voto vencido do Desembargador Alberto Vilas Boas, relator dos embargos infringentes. *O imóvel não precisa ser o único testemunho de um fato histórico para ser tombado, sob pena de transformarmos o instituto do tombamento em letra morta e raridade objeto de estudo de curiosos. Nem a Constituição nem a lei exigem este caráter único. Basta portar referência à memória da sociedade para que se justifique o tombamento e este requisito foi, no caso, bem atendido.* (...) em se tratando de ato administrativo, convergem doutrina e jurisprudência no sentido de que *a escolha do bem a ser tombado é ato de natureza vinculada, ficando a manifestação de vontade do Administrador condicionada ao atendimento dos requisitos legais supra destacados, que se resumem no efetivo valor cultural do bem. Em consequência do exposto, deve a autoridade administrativa motivar, de forma eficiente, o ato de tombamento, isto é, expor as justificativas da edição do ato que, por sua vez, devem estar assentadas nas circunstâncias fáticas delineadas na norma legal.*⁴² (Grifos meus).

A decisão prossegue adentrando no mérito da decisão de tombamento julgada, considerando sua motivação deficiente, com critérios demasiadamente amplos. Além disso, a decisão chega a afirmar a vinculação do imóvel a fatos memoráveis da história do Brasil seria justificativa insuficiente para o tombamento, indo na contramão da parte da doutrina que defende a expansão das possibilidades de tombamento (assunto também tratado anteriormente):

No entanto, após minucioso exame dos autos, verifica-se que a motivação do ato sub examine apresentou-se deficiente, desprovida de elementos concretos a conduzir à necessidade de tombamento. Malgrado tenham a Secretaria Municipal de Cultura (fls. 37/38), no procedimento administrativo, e a douta Perita oficial (fls. 1124), nos presentes autos, concluído que o imóvel situado na Rua Timbiras, 1.387, apresenta relevância histórico-arquitetônica relacionada ao processo de surgimento de Belo Horizonte, em razão de sua fachada ostentar características do estilo padrão das primeiras fases de ocupação do bairro Funcionários, entendo, concessa venia, que *tal critério de avaliação é demasiado amplo e abstrato, não sendo suficiente a evidenciar o valor cultural do específico bem em exame.* No entanto, in casu, o parecer do próprio Conselheiro do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Dr. Altino Barbosa Caldeira, atribuiu a relevância cultural do imóvel em comento aos imóveis situados no entorno, inseridos no Conjunto Urbano da Praça da Boa Viagem. Veja-se que, após longa digressão sobre as sensíveis alterações promovidas nas áreas laterais, na varanda frontal e no gradil frontal do imóvel, em razão de reformas realizadas, o Conselheiro destacou que apenas a fachada frontal, janelas e alpendre, encontra-se em estado original e, assim, concluiu que o tombamento do imóvel em exame é pertinente se for considerada sua relação com os imóveis do entorno (fls. 59,

⁴² Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115516049/embargos-infringentes-ei-10024062680129002-mg/inteiro-teor-115516094>

grifei), pois fecharia o cordão de imóveis tombados na região. Conforme se extrai dos autos, *não foram os traços arquitetônicos do imóvel, objetivamente considerados, que deram azo ao tombamento realizado*. Em momento algum a arquitetura do bem foi considerada insigne ou excepcional, a ponto de, por si só, justificar o tombamento. Assim, voltando-se às hipóteses previstas no art. 1º do Decreto-Lei 25/37, reproduzidas no art. 1º da Lei Municipal n. 3.802/84, e tendo em vista o caso concreto, *restou apenas o atributo da vinculação do imóvel a fatos memoráveis da história do Brasil, como meio de justificar o tombamento. Parece-me com razão, portanto, o apelante, ao afirmar que falta legítimo fundamento ao ato de tombamento, sendo inarredável o reconhecimento de sua nulidade, data maxima venia*. A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório e a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Decreto-Lei n. 25/1937 e Lei municipal n. 3.802/84). Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário. Incide, na espécie, a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal: (...).⁴³(Grifos meus).

A atuação do Poder Judiciário é importante pois, quando o proprietário de um bem tombado acreditar não haver justificativas suficientes que fundamentem o ato, deve ele poder levar sua demanda ao referido Poder, que por sua vez deve ter a faculdade de analisar o ato, buscando sempre a melhor solução, que impeça arbitrariedades e a utilização errônea da discricionariedade atrelada ao instituto do tombamento.

3.3 Tombamento de bens imateriais

A ampliação do conceito de patrimônio cultural trazida pela Constituição Federal de 1988 trouxe uma questão interessante para o instituto do tombamento: é possível o tombamento de bens imateriais?

A política de proteção ao patrimônio cultural desenvolvida pelo Decreto 25 de 197 tinha o nítido propósito de criação de símbolos para a formação identitária da nação e buscava no patrimônio material os elementos adequados para tal representação, de forma a abrigá-los sob o manto da intervenção estatal instrumentalizada, então, pelo instituto do tombamento.

⁴³ Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115516049/embargos-infringentes-ei-10024062680129002-mg/inteiro-teor-115516094>

Justamento por isso os bens culturais naquela época eram “em geral, selecionados para tombamento em função de sua capacidade de expressar – de forma modelar – a história oficial como suposta síntese da memória, tradição e identidade nacional”⁴⁴.

Na primeira fase do instituto do tombamento, elegeram-se como critérios de seleção de bens para o tombamento o caráter excepcional do bem e seu enquadramento na tipologia urbana e arquitetônica do século XVIII, traduzida pelo barroco colonial e suas representações. Nesse sentido, aponta Mariza Veloso Motta Santos: “o barroco é emblemático, é percebido como a primeira manifestação cultural tipicamente brasileira, possuidor, portanto, da aura de origem da cultura brasileira”⁴⁵.

Com base nessa diretriz, Minas Gerais, com suas cidades coloniais, apresentava-se como um dos mais notáveis repositórios dos elementos dessa identidade que se buscava construir. Não por acaso, Ouro Preto, um dos berços do movimento barroco colonial, foi, em 1933, reconhecida como Patrimônio Nacional pelo decreto 22 de 1937, antes mesmo da criação do instituto do tombamento pelo decreto lei 25 de 1937.

Pelo caráter restrito do conceito de patrimônio cultural adotado pelo decreto lei 25, pelo traço elitista das representações ditas nacionais e pela exclusão de determinados bens e manifestações que não se encaixavam no projeto de cultura nacional da época, a conformação do patrimônio ao instituto do tombamento não deixava de ser segregadora e por vezes artificial, já que os bens que o integravam visavam materialidade e idealização, num sistema de representação oficial e hegemônica e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultura⁴⁶. Assim, o padrão estatal de cultural era, em última análise, uma sustentação de um “novo ser” brasileiro.

O que se tinha era uma política que enfatizava monumentos, critérios estilísticos, restauração de cunho fachadista e uma visão reducionista do patrimônio histórico e cultural

⁴⁴ LEITE, Rogério Proença. *Contra-usos da cidade: lugares e espaços públicos na experiência urbana contemporânea*. Campinas. Editora Unicamp. 2004. P. 51.

⁴⁵ SANTOS, Maria Veloso Motta. *O tecido do tempo*. 1992. Tese de doutorado em antropologia. Universidade de Brasília. P. 26.

⁴⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Coord. *Revisitando o instituto do tombamento*. Editora Fórum. 2010. P. 77.

brasileiro. Tal cultura hegemônica, com seus referentes monumentalizados, limitava a cidadania na sua interação com o Estado.

A década de 70 abriu novas perspectivas para a reconformação do perfil da política patrimonial brasileira, em especial com a criação, em 1975, do Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC), que foi fundamental para introduzir uma nova visão sobre o patrimônio cultural como processo social, abrindo espaço para a discussão sobre o patrimônio cultural imaterial.

O CNRC, reunindo os esforços interdisciplinares de pesquisadores, proporcionou, em curta experiência institucional, diversos avanços na política de patrimônio, introduzindo ações voltadas para a proteção das práticas, dos saberes, dos modos de viver e das artes de fazer populares, o que resultou na ampliação do próprio conceito de patrimônio cultural para abrigar os bens de natureza imaterial.

Desenvolvia-se uma reflexão teórica a pragmática sobre o patrimônio cultural tomado como processo social vivo, dinâmico, em contraposição à sua visão como representação simbólica, estática. Defendia-se a participação da comunidade no desenvolvimento e na construção de sua identidade.

As primeiras preocupações do CNRC concentraram-se na no mapeamento de práticas e saberes e na renovação do discurso da política de proteção. Essa filosofia acabou influenciando o IPHAN, especialmente a partir da incorporação desse Centro pelo instituto, em 1979. As primeiras experiências patrocinadas pelo IPHAN no tocante ao patrimônio imaterial da cultura foram os inventários de referências culturais nas cidades de Goiás e Porto Alegre.

Embora se tenha verificado uma certa influência das diretrizes do CNRC nas políticas do IPHAN, o patrimônio cultural continuou referenciado pelo poder público, tanto na vertente de cultura de massa, importante aos propósitos do Estado, seja por razões institucionais ou diversas.

Assim, a tendência estatizante se estendeu no Brasil até 1988, com o advento da atual Constituição da República, quando o constituinte rompeu com o monopólio do Estado no que tange a política de proteção à cultura.

A atual Constituição, coerente com a concepção de patrimônio cultural como processo social, enfatiza a importância dos referentes imateriais, numa concepção plural da própria sociedade, consagrando o patrimônio cultural imaterial como dimensão dos bens ambientais e importante substrato da identidade e da história de um povo.

A inclusão explícita dos bens imateriais no universo do patrimônio cultural preservável veio como resposta do constituinte ao aniquilamento das culturas regionais pelos processos de massificação. O reconhecimento da importância dos dos referentes imateriais e da dimensão processual da cultura e das tradições, aliado à distribuição do encargo de proteção da cultura entre o poder público e a sociedade, como tarefa coletiva e compartilhada, contribui para a politização da identidade cultural, com uma concepção mais plural e democrática da sociedade⁴⁷.

O patrimônio cultural é capaz de criar e fortalecer laços de identidade e de recuperar nexos entre distantes temporalidades e diferentes gerações. Constitui-se tanto de elementos tangíveis da cultura, resultantes do engenho, da inventividade, da obra e da arte do homem, como de formas intangíveis dela, tais os modos de fazer enraizados no cotidiano, celebrações, rituais, folguedos, manifestações literárias, cênicas, lúdicas, plásticas, espaços destinados à práticas culturais coletivas e saberes, cujos valores perpassam o inconsciente coletivo para conferir identidade a um povo ou grupo social⁴⁸.

Tal definição, feita por José Gonçalves, demonstra a amplitude de significados que o termo “cultura” abarca, desde objetos físicos e tangíveis até manifestações culturais e histórias de folclore passadas entre gerações, que contribuem para a construção da identidade de um povo.

Segundo Karyn Ferreira Souza Aguinaga:

⁴⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção do patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 1994. P. 278.

⁴⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Editora Fórum. 2010. P. 77.

A nação existe metaforicamente por meio de seu patrimônio e, uma vez que esse patrimônio é concebido como uma espécie de ponte entre passado, presente e futuro, a nação mesma pode ser objetificada como essa ponte.⁴⁹

Percebe-se uma tendência de patrimonialização da cultura na sociedade contemporânea, mediante a proteção de seus referentes, guiada atualmente, em plano nacional, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e em plano internacional pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO).

Na medida da ampliação do conceito de patrimônio cultural, da evolução das estratégias de preservação do mesmo e das mudanças de paradigma que ocorrem nas sociedades com o passar do tempo, a ordem jurídica vai diversificando sua trama normativa para incluir soluções mais avançadas para os problemas a ela apresentados.

É o que ocorre com o tratamento dado à matéria patrimônio cultural pelos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988, que abriram nova perspectiva para a ordem jurídica patrimonial.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do tema preservação do patrimônio cultural brasileiro, ampliou significativamente a definição de patrimônio cultural em relação ao Decreto Lei 25, incluindo no âmbito de preservação os chamados bens de natureza imaterial, como linguagem, modo de viver e manifestações folclóricas.

É importante citar que preservação não necessariamente abarca tombamento, conforme dita o § 1º do artigo 216 da CR/88, a proteção do patrimônio cultural brasileiro pode se dar por outros meios que não o instituto tema deste projeto.

Apesar de o tombamento ser um importante instrumento de preservação do patrimônio cultural, ele não é o único instrumento com esse fim, tampouco é aplicável a qualquer bem. A CF/88, ao incluir na seara de preservação os bens imateriais, não os sujeitou obrigatoriamente ao tombamento.

⁴⁹ AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. *A proteção do patrimônio cultural imaterial e os conhecimentos tradicionais*. Conpedi. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado-dir-povos_karyn_s_aguinaga.pdf

A preservação ao patrimônio cultural imaterial pode ser feita, por exemplo, através da inclusão de disciplinas no currículo escolar e campanhas de divulgação, visando manter esse patrimônio presente na memória da população.

O Decreto 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, com o objetivo de preservar e valorizar esse tipo de patrimônio. Neste decreto, a expressão empregada não é “Livro do Tombo”, mas sim “Livro de Registro”:

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

§ 2º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

§ 3º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo primeiro deste artigo.

Tal nomenclatura fortalece a ideia de que tais bens devem ser preservados não pelo tombamento, mas sim através de seu registro e de ações que visem manter tais manifestações culturais vivas na memória e cultura do país. Tais ações são amplamente tratadas pelo supracitado Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial - PNPI, viabiliza projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural Brasileiro.

É um programa de apoio e fomento que busca estabelecer parcerias com instituições dos governos federal, estaduais e municipais, universidades, organizações não

governamentais, agências de desenvolvimento e organizações privadas ligadas à cultura e à pesquisa⁵⁰.

Entre os objetivos do PNPI estão a elaboração de indicadores para acompanhamento e avaliação de ações de valorização e salvaguarda do patrimônio cultural imaterial brasileiro, a captação de recursos e promoção da formação de uma rede de parceiros para preservação, valorização e ampliação dos bens que compõem esse patrimônio cultural, e o incentivo e apoio às iniciativas e práticas de preservação desenvolvidas pela sociedade.

Segundo a página do IPHAN:

Nas diretrizes da política de apoio e fomento do PNPI estão previstas a promoção da inclusão social e a melhoria das condições de vida de produtores e detentores do patrimônio cultural imaterial, e medidas que ampliem a participação dos grupos que produzem, transmitem e atualizam manifestações culturais de natureza imaterial nos projetos de preservação e valorização desse patrimônio. A promoção da salvaguarda de bens culturais imateriais deve ocorrer por meio do apoio às condições materiais que propiciam a existência desses bens e pela ampliação do acesso aos benefícios gerados por essa preservação, e com a criação de mecanismos de proteção efetiva dos bens culturais imateriais em situação de risco⁵¹.

Assim, na prática o PNPI visa financiar e estimular, prioritariamente, projetos de pesquisa, documentação e informação, assim como a realização de pesquisas, levantamentos, inventários e mapeamentos, e apoiar a instrução de processos de registro, a formação de bancos de dados, e a implementação e conservação de acervos documentais e etnográficos.

Por meio do PNPI, o IPHAN divulga ações que visam a promoção do entendimento da população “acerca dos objetivos e do sentido do Programa, e desenvolve programas educativos com vistas à democratização e difusão do conhecimento sobre o Patrimônio Cultural Brasileiro, em especial o de natureza imaterial”⁵². Ações como essas, que visam conscientizar, informar e sensibilizar a população quanto à importância do patrimônio cultural imaterial na formação da sociedade brasileira e divulgar bens culturais imateriais registrados ou inventariados, estão entre as diretrizes do PNPI.

⁵⁰ <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/761/>

⁵¹ <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/761/>

⁵² <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/857/>

Os projetos do PNPI têm como objetivo secundário a promoção da sustentabilidade, estimulando a transmissão de conhecimentos entre produtores de bens e de manifestações culturais de natureza imaterial, incentivando ações de reconhecimento e valorização dos detentores de saberes e formas de expressão tradicionais, e apoiando condições sociais e materiais de continuidade desses conhecimentos.

Outro objetivo secundário é o apoio à ações de organização comunitária de produtores ou detentores de bens culturais, ações que visam:

a melhoria das condições de produção e circulação de bens culturais imateriais para preservação do meio ambiente e de proteção de contextos culturais específicos, e programas de desenvolvimento socioeconômico que incluam e valorizem o patrimônio cultural imaterial das populações envolvidas⁵³.

Por fim, o PNPI promove ainda a formação e capacitação de agentes de identificação, reconhecimento e apoio à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, e apoia instituições e centros de formação que realizam capacitação e desenvolvimento metodológico no campo da preservação e transmissão de conhecimentos tradicionais.

Nas últimas décadas, a Unesco tem difundido, junto aos governos, organizações não governamentais e comunidades a importância do reconhecimento e da proteção do patrimônio intangível da cultura. Essa trajetória é marcada por iniciativas que vem repercutindo na postura e nas estratégias dos povos na relação com os bens imateriais da cultura.

Nesse sentido, destaca-se a recomendação sobre salvaguarda da cultura tradicional e popular de 1989, o prêmio internacional Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Cultural e Intangível da Humanidade e Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, de 2003, voltada para a consolidação da relação dos povos com as mais variadas expressões intangíveis de sua cultura, servindo de base para uma política internacional mais ampla, precisando conceitos e aprimorando estratégias e instrumentos para a preservação do patrimônio cultural imaterial dos países.

⁵³ <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/857/>

No âmbito internacional, conforme exposto acima, a importância do patrimônio cultural imaterial foi reconhecida pela UNESCO na Convenção Para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada em Paris em 17 de outubro de 2003. A referida convenção traz diversas informações interessantes, e começa da seguinte forma:

Considerando a importância do patrimônio cultural imaterial como fonte de diversidade cultural e garantia de desenvolvimento sustentável, conforme destacado na Recomendação da UNESCO sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular, de 1989 (...)

Considerando a profunda interdependência que existe entre o patrimônio cultural imaterial e o patrimônio material cultural e natural,

Reconhecendo que os processos de globalização e de transformação social, ao mesmo tempo em que criam condições propícias para um diálogo renovado entre as comunidades, geram também, da mesma forma que o fenômeno da intolerância, graves riscos de deterioração, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural imaterial, devido em particular à falta de meios para sua salvaguarda,

Consciente da vontade universal e da preocupação comum de salvaguardar o patrimônio cultural imaterial da humanidade,

Reconhecendo que as comunidades, em especial as indígenas, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos desempenham um importante papel na produção, salvaguarda, manutenção e recriação do patrimônio cultural imaterial, assim contribuindo para enriquecer a diversidade cultural e a criatividade humana, (...)

Observando também que não existe ainda um instrumento multilateral de caráter vinculante destinado a salvaguardar o patrimônio cultural imaterial,

Considerando que os acordos, recomendações e resoluções internacionais existentes em matéria de patrimônio cultural e natural deveriam ser enriquecidos e complementados mediante novas disposições relativas ao patrimônio cultural imaterial,

Considerando a necessidade de conscientização, especialmente entre as novas gerações, da importância do patrimônio cultural imaterial e de sua salvaguarda,

Considerando que a comunidade internacional deveria contribuir, junto com os Estados Partes na presente Convenção, para a salvaguarda desse patrimônio, com um espírito de cooperação e ajuda mútua,

Recordando os programas da UNESCO relativos ao patrimônio cultural imaterial, em particular a Proclamação de Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade,

Considerando a inestimável função que cumpre o patrimônio cultural imaterial como fator de aproximação, intercâmbio e entendimento entre os seres humanos,

Aprova neste dia dezessete de outubro de 2003 a presente Convenção.

A supracitada Convenção, em seu artigo 2.1, define patrimônio cultural imaterial como o conjunto de práticas, representações, expressões, técnicas e conhecimentos que, juntamente com os instrumentos, objetos e lugares que a elas se associam, são reconhecidos pelas comunidades como parte integrante de seu patrimônio cultural. E prossegue dizendo:

Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

Para Karyn Aguinaga, a Convenção consagra o fato de ser o patrimônio cultural imaterial a “porção intangível da produção cultural dos povos, encontradas nas tradições, nos saberes, no folclore, nas línguas, nas festas, e em outras tantas manifestações que são transmitidas de uma geração à outra”⁵⁴.

A Constituição da República, prevê em caráter não exaustivo instrumentos de proteção ao patrimônio como um todo e dos bem imateriais em especial, entre os quais as já citadas técnicas de inventário e registro se revelam bastante adequadas aos fins de identificação, resgate e produção de conhecimento acerca ds manifestações culturais mais diversas, sempre feitas por parte de órgãos públicos competentes e com a participação da sociedade, visando não apenas democratizar o acesso à cultura mas também subsidiar sua proteção e continuidade.

O instituto do registro, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 216, §1º, destina-se à promoção e à proteção do patrimônio cultural no seu plano intangível. Aqui reside a distinção fundamental da espécie em relação ao tombamento, que é instrumento tradicional de caráter interventivo de grande expressão na história de salvamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Enquanto o tombamento tem incidência sobre bens materiais móveis e imóveis, o registro é alternativa para a proteção de bens imateriais e se faz mediante identificação da manifestação cultural cujas características essenciais se vinculem a uma tradição e se mantêm ao longo do tempo; reconhecimento de sua relevância como referência de identidade de um povo; e, por

⁵⁴ AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. *A proteção do patrimônio cultural imaterial e os conhecimentos tradicionais*. Conpedi. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado-dir-povos_karyn_s_aguinaga.pdf

fim, registro oficial do bem, na perspectiva de apoio à continuidade de suas características essenciais, historicamente construídas, e de sua valorização como referência identitária.⁵⁵

3.4 Ato declaratório ou ato constitutivo

A doutrina administrativista majoritária qualifica o tombamento como um ato administrativo unilateral e constitutivo, com base no artigo 1º do Decreto Lei 25 de 1937, segundo a qual os bens só serão considerados integrantes do patrimônio histórico e artístico depois de inscritos num Livro do Tombo ou livro próprio da repartição pública estadual ou municipal. É a posição, por exemplo, de José Afonso da Silva.

Já a posição minoritária rejeita o caráter constitutivo do ato de tombamento, afirmando que não se pode compreender o instituto senão como ato administrativo declaratório. Como base usam o fato de que existem bens que integram o patrimônio histórico e artístico nacional mesmo que não estejam inscritos num Livro do Tombo, como os de natureza arqueológica. Segundo essa corrente, o tombamento desse tipo de bens seria declaratório, porque apenas estaria tornando pública uma qualidade já existente no bem.

A doutrina administrativista, em sua maioria, qualifica o tombamento como um ato administrativo unilateral e constitutivo, com base no artigo 1º do Decreto Lei 25 de 1937, que dita que os bens só serão considerados integrantes do patrimônio histórico e artístico após sua inscrição em um Livro do Tombo ou livro apropriado para tal finalidade em âmbito estadual ou municipal.

Essa é a posição de José Afonso da Silva, segundo o qual o tombamento, em qualquer caso, modifica a posição jurídica do bem, transformando-o em bem de interesse público, impondo ao proprietário condutas jurídicas⁵⁶.

⁵⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. Editora Fórum. 2010. P. 81.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1981. P.499.

Já a posição minoritária, adotada pelo professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho, rejeita o caráter constitutivo do ato de tombamento. Para o referido autor, não se pode compreender o instituto senão como ato administrativo declaratório. Segundo o professor, existem bens que integram o patrimônio histórico e artístico nacional ainda que não estejam inscritos em um dos Livros do Tombo, como por exemplo os bens de natureza arqueológica.

Segundo essa corrente doutrinária, este tipo de tombamento seria declaratório, porque apenas torna pública uma qualidade já inerente ao bem⁵⁷. Assim, se uma cidade, construção ou paisagem for tombada por lei, o tombamento passa a ser simplesmente um procedimento administrativo de registro, declaratório de uma situação jurídica preexistente.

Segundo o professor, é a Constituição Federal que conceitua o patrimônio cultural brasileiro, sem vinculá-lo ao ato administrativo de tombamento, e a diferença existente entre os bens tombados e não tombados seria apenas a proteção: os não tombados não estão protegidos contra atos do proprietário que os possam destruir ou alterar, os tombados estão, e ambos já integram o patrimônio cultural nacional.

Quanto aos argumentos contrários à essa doutrina, inicialmente é importante relembrar que o tombamento não é a única maneira de se preservar o patrimônio cultural, nem impede totalmente o uso e alienação do bem.

Além disso, não é ideal a equiparação das jazidas tratadas pela Lei 3924 (monumentos arqueológicos) ao conceito de patrimônio cultural para fins de tombamento, pois os proprietários dos sítios de interesse pré-histórico ou arqueológico não têm o domínio sobre as jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados, apenas sobre a propriedade superficiária, já o dono de um bem tombado é proprietário e pode usá-lo e até aliená-lo, respeitadas as restrições legais e o direito de preferência da União, Estados e Municípios.

⁵⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre. Unidade Editorial. 1997. P. 63 a 65.

Se o bem de valor arqueológico pertence ao particular, por ter seu direito adquirido antes da promulgação da Lei 3924, ele pode ser tombado; do contrário, se forem descobertos após a publicação da referida lei, os bens pertencerão ao domínio público e, como tal, podem ser tombados de ofício.

Em relação ao tombamento constitucional, o argumento que sustenta que ele não é declaratório, se baseia no fato de que as restrições ao direito de propriedade daqueles que possuem imóveis dignos de catalogação e preservação só sofrerão tais condicionamentos a partir do ato administrativo e devido registro, donde se conclui ser tal decisão de natureza constitutiva e não declaratória.

3.5 Conteúdo econômico e indenização no tombamento

O tombamento é tradicionalmente classificado pela doutrina como uma forma de intervenção do Estado sobre a propriedade privada, ao lado de limitações administrativas, ocupação temporária, requisição administrativa, servidão e desapropriação.

Conforme visto acima, o tombamento é definido como forma de intervenção restritiva do Estado na propriedade, portanto menos gravosa do que outras formas de intervenção, como por exemplo, a desapropriação. Seria, portanto, um grau inicial de intervencionismo.

Desde o momento em que foi editada a legislação sobre o tombamento, em 1937, de alguma forma sempre houve questionamentos em decorrência de eventuais prejuízos ocasionados aos proprietários dos bens protegidos. Foi o que ocorreu logo após o tombamento do Arco do Teles, no centro do município do Rio de Janeiro, em 1938, quando os proprietários do bem se insurgiram contra as restrições impostas. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal (STF) se pronunciou pela constitucionalidade da legislação de tombamento e pelo indeferimento da indenização pretendida.⁵⁸

⁵⁸ STF. Apelação 7.377. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8122/6939>

Como regra geral, admite-se que, em tese, com a intervenção do Estado sobre a propriedade privada, surge direito a alguma forma ou medida indenizatória ao proprietário afetado. No entanto, no caso do tombamento, a legislação específica não prevê o direito à indenização.

Se os pedidos e valores de indenização já se tornavam um problema nos primórdios do instituto do tombamento no Brasil do século passado, tal problema só se acentuou com o processo de valorização imobiliária que vem ocorrendo continuamente nos grandes centros urbanos do país, pois aumentou a pressão para que se considere expropriatória a proteção dos bens culturais que incide sobre propriedades de elevado valor econômico.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a localização privilegiada de um imóvel tombado na Avenida Paulista, no município de São Paulo, tornava a restrição incompatível com o aproveitamento natural do bem, tendo sido imposto o pagamento do valor de mercado ao proprietário.⁵⁹ Assim, nesse caso foi considerada a potencialidade econômica como se inexistisse a referida afetação ambiental.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 220983 SP 1999/0057694-2 (STJ).

Data de publicação: 25/09/2000.

Ementa: ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. BEM GRAVADO EM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE, IMPENHORABILIDADE, USUFRUTO E FIDEICOMISSO. 1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado. 2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogo. 3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria. 5. Reconhecido o direito de indenização,

⁵⁹ STJ. Recurso Especial 220.983. SP. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19700237/recurso-especial-resp-220983-sp-1999-0057694-2?ref=juris-tabs>

há, por força de lei (art. 31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. 6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames. 7. Recurso improvido.⁶⁰

A justificativa mais comum para a posição contra indenizações é justamente a de que o tombamento seria um gravame parcial ao bem, e, portanto, não chega a exaurir totalmente o conteúdo econômico do bem tombado⁶¹.

Tal argumento, no entanto, tem sido cada vez mais questionado por proprietários de bens afetados pelo tombamento. Em geral, alega-se que, em razão do aumento progressivo dos valores de imóveis no Brasil, as possibilidades reais de uso econômico dos bens tombados seriam cada vez menores, e que o instituto estaria adquirindo um caráter punitivo em relação aos proprietários dos bens tombados.

Em alguns casos, o gravame ao bem é tão grande, diminuindo exponencialmente as possibilidades de uso do mesmo, que o tombamento se aproxima da desapropriação, como pode ser visto no caso abaixo:

TJ-RJ. APELAÇÃO: APL 00064077219908190000. RIO DE JANEIRO. CAPITAL. 8ª VARA FAZ. PÚBLICA. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. Desapropriação indireta. Bem imóvel e bens moveis que o garantem expropriados para atender a tombamento pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Inclusão necessária de imagens de irrecusável valor artístico-cultural na desapropriação sem, contudo, ser considerado o seu valor de mercado para arbitramento da indenização. Se a retenção dos bens, pelos expropriados, por falta de pagamento da indenização, deixou de ser legítima, o desapossamento e, mais ainda, o desapossamento com perda do domínio, com mais forte razão, configuram inequívoca desapropriação indireta. Prescrição. Regras do direito comum. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁶²

⁶⁰ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19700237/recurso-especial-resp-220983-sp-1999-0057694-2?ref=juris-tabs>

⁶¹ FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). Revisitando o instituto do tombamento. Belo Horizonte. Fórum, 2010. P. 16.

⁶² Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430043093/apelacao-apl-64077219908190000-rio-de-janeiro-capital-8-vara-faz-publica#!>

Nota-se que não é fácil a tarefa de demarcar as medidas estatais que são consideradas decorrentes do princípio da função social da propriedade e as que possuem índole expropriatória, sobretudo porque as obrigações sociais da propriedade variam conforme a concepção de Estado e de direitos fundamentais adotada.

É importante notar que o dever de conservação do bem tombado é primariamente do proprietário, o poder público somente arcará com despesas de conservação quando o proprietário do bem comprovar que não tem condições financeiras de arcar com as despesas de conservação do mesmo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO PÚBLICO. MEIO AMBIENTE. BEM NÃO TOMBADO. PROVA DO VALOR HISTÓRICO. DEVER DE CONSERVAÇÃO PELO PROPRIETÁRIO.

Processo: AI 70065478927 RS. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 14/09/2015. Julgamento: 9 de Setembro de 2015. Relator: João Barcelos de Souza Junior.

Nos termos do artigo 216, § 1º, da Constituição Federal, o Poder Público, em colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. Quando o Poder Público não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que possui grande valor histórico e cultural, pode o Ministério Público, mediante ação civil pública, recorrer ao judiciário para determinar a pretendida proteção. No caso, está devidamente comprovado que o Moinho Backhaus é relevante para o patrimônio histórico da comunidade de Rolante, devendo os proprietários adotar as medidas de conservação requeridas na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.⁶³

Do mesmo modo, quando o dono de um bem tombado não cumpre suas obrigações de cuidado e preservação do mesmo, pode se ver como parte em uma ação proposta pelo Estado, município, etc, visando reparação pelos danos causados ao patrimônio histórico/cultural.

APL 10445048320118190002 RIO DE JANEIRO NITEROI 1 CARTORIO UNIFICADO CIVEL. DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, APELADO:

⁶³ Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/232663023/agravo-de-instrumento-ai-70065478927-rs>

KOPEX - ADMINISTRACAO E NEGOCIOS LTDA. Publicação: 01/12/2014. Relator: AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO. O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou ação civil pública contra KOPEX ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS LTDA. Afirma que a ré, proprietária do imóvel onde funcionava o antigo Cinema Icaraí, não conserva adequadamente o local. Saliencia que o bem é tombado, em razão de seu valor histórico e cultural. Pede a condenação da demandada a restaurar o imóvel e reparar os danos ali existentes. Pleiteia também indenização por danos morais coletivos.⁶⁴

APL 994071399170 SP. Orgão Julgador^{2ª} Câmara de Direito Público. Publicação 03/11/2010. Julgamento 19 de Outubro de 2010. Relator José Luiz Germano. Ação Civil Pública - Destruição de imóvel sob a condição de estudo de tombamento - Falta de intimação pessoal do apelado para informar que o imóvel estava sendo objeto de estudo para tombamento - Declaração do imóvel como de interesse histórico e cultural. Indenização à coletividade por destruir o imóvel que tinha relevante valor cultural para a cidade de Sorocaba. Recurso provido.⁶⁵

Quanto às despesas com a conservação do bem tombado, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que só caberá ao poder público assumir a conservação ou restauração de imóvel tombado quando comprovada a impossibilidade do proprietário arcar com as despesas da obra.

Tombamento - obrigação de realizar obras de conservação – poder público - proprietário. O proprietário é obrigado a conservar e reparar o bem tombado. Somente quando ele não dispuser de recursos para isso é que este encargo passa a ser do poder público. Recurso provido.⁶⁶

Administrativo. Imóvel tombado. Pedido de retrocessão. Decreto-lei nº 25 de 1937. Inexistência da obrigação de a união realizar obras de conservação do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado. Consoante dispõe a lei (decreto-lei nº 25/37), ocorrendo o tombamento, o bem a este submetido, adquire regime jurídico “sui generis”, permanecendo o respectivo proprietário na condição de administrador, incumbindo-lhe o ônus da conservação da coisa tombada. O Estado só assume esse encargo quando, o proprietário, por ausência de meios, não possa efetivar a conservação. Não arcando, a entidade de direito público, com a execução das obras necessárias à conservação do bem, e não ocorrendo a desapropriação, cabe, ao proprietário, requerer que seja cancelado o tombamento da coisa. Recurso improvido. Decisão unânime.⁶⁷

⁶⁴ Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374390855/apelacao-apl-10445048320118190002-rio-de-janeiro-niteroi-1-cartorio-unificado-civel>

⁶⁵ Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17177610/apelacao-apl-994071399170-sp>

⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP 97852. Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 07/04/1998. Diário da Justiça de 08/06/1998. P.15.

⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP 25371. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Julgamento em 19/04/1993. Diário da Justiça de 24/05/1993. P. 982

CONCLUSÃO

Existem muitas formas de proteção e preservação do patrimônio cultural. Algumas delas estão sugeridas no artigo 216 §1º da Constituição Federal de 1988. O instituto do tombamento é uma das principais formas de proteção e preservação do patrimônio cultural, a mais antiga e consolidada, mas não a única.⁶⁸

Por ser a mais conhecida, tem sido, por vezes, usada em qualquer circunstância, para qualquer finalidade e efeito, o que não é adequado nem apropriado, pois enfraquece sua eficácia e compreensão. Por outro lado, um de seus principais pontos fortes é justamente sua permanência no ordenamento jurídico nacional por tantas décadas, desde a implementação do Decreto Lei 25 de 1937.

O principal efeito pretendido com a imposição do tombamento sobre uma coisa é a sua conservação, conforme dita no artigo 1º do decreto lei 25 de 1937, por atribuir a ela o valor de patrimônio cultural e, conseqüentemente, patrimônio público, no sentido genérico do termo.

Nos tempos atuais, a gestão do patrimônio cultural no âmbito da Administração Pública enfrenta inúmeros desafios, como embates acerca das competências institucionais, discussões a respeito dos recursos orçamentários disponíveis para o custeio das políticas de conservação dos bens tombados, questões acerca dos limites do controle jurídico do instituto e dos direitos e deveres dos proprietários de bens tombados, questões acerca da ampliação do leque de bens passíveis de serem abarcados pelo tombamento, entre tantas outras.

No presente trabalho busquei abordar diversos aspectos do ato administrativo do tombamento, com foco nas principais divergências doutrinárias acerca do tema.

⁶⁸ RABELLO, Sonia. *O tombamento*. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

Em cada uma das partes firmou-se um ponto de vista jurídico sobre o que estava sendo tratado, não se pretendendo, no entanto, que esta visão seja a única aceitável ou a definitiva.

A ordem jurídica nacional aplicável à proteção do patrimônio cultural foi certamente ampliada desde a aprovação do decreto lei 25 de 1937, mas este instituto continua sendo de fundamental importância para a proteção e preservação do patrimônio cultural nacional.

Esse instituto tem se mostrado um verdadeiro modelo técnico e jurídico: sucinto, simples e eficaz. Por isso o Decreto Lei 25 de 1937 permanece e deve ser preservado, enquanto norma símbolo da preservação do patrimônio cultural no Brasil.

O instituto do tombamento é tema rico e diverso e está em contínua evolução, seja através da evolução dos conceitos de cultura e patrimônio cultural, que formam seu núcleo, seja pela evolução da concepção elitista que privilegiava a preservação apenas de bens memoráveis e excepcionais para uma concepção mais democrática da necessidade de preservação de bens, tanto materiais quanto imateriais, que sejam relevantes para a formação da identidade cultural de um grupo.

Por envolver situações de conflito de direitos, o tombamento merece ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, principalmente tendo em vista garantir o respeito aos princípios basilares do direito pátrio e evitar a ocorrência de decisões arbitrárias ou com fundamentação deficiente. Por isso, o controle judicial é importante garantia aos proprietários de bens tombados que sintam terem tido seus direitos desrespeitados pela Administração Pública.

O decreto lei 25 de 1937, como instrumento legislativo, existe no nosso direito positivo há quase oitenta anos. Seu texto é claro e objetivo, mas ao mesmo tempo aberto e flexível. Claro e objetivo pois não deixa espaço para muitas dúvidas quanto ao que pode e deve ser preservado, e porque. Por outro lado, o texto é aberto e flexível quanto aos conceitos que fundamentam a ação do Poder Público, o que permitiu que, ao longo de décadas, que a compreensão do conceito

de bem cultural fosse sendo transformada pelos valores culturais em permanente processo de evolução na sociedade.⁶⁹

Estas novas interpretações do texto da lei foram sendo feitas e aperfeiçoadas ao longo do tempo, em um diálogo estendido por anos entre a sociedade, os técnicos da área, e os tribunais que, ao julgarem as lides que lhe foram sendo postas, foram endossando, ou não, as novas propostas, e os limites de ação do poder público na área. Tal processo é contínuo.

O Poder Judiciário teve papel fundamental na implantação da política de proteção do patrimônio cultural brasileiro, através de suas decisões e jurisprudência. Tal papel continua a ser exercido continuamente e é essencial para que arbitrariedades relacionadas ao ato do tombamento sejam evitadas.

Como um instituto antigo, é normal que em alguns pontos o tombamento mereça algum aperfeiçoamento ou reforma, mas o fato é que, por suas características de precisão e concisão⁷⁰, este instituto continua a ser uma norma adequada aos tempos atuais, pois permite sua constante renovação através da análise do intérprete. Aí está a sua riqueza, e a riqueza de instrumentos legislativos que, como este, recebam redação justa e adequada do legislador.

⁶⁹ RABELLO, Sonia. *70 anos de tombamento no Brasil*. Carta Forense. Rio de Janeiro. P. 37. 2007.

⁷⁰ RABELLO, Sonia. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: O tombamento*. Rio de Janeiro. Iphan. 2009. P. 146. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf

REFERÊNCIAS

AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. **A proteção do patrimônio cultural imaterial e os conhecimentos tradicionais.** Conpedi. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado-dir-povos_karyn_s_aguinaga.pdf>

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Discricionariedade e motivação do ato administrativo.** In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais.** Editora Renovar. 1991.

CRETELLA JUNIOR., José. **Regime jurídico do tombamento.** Editora Saraiva. 1997. São Paulo.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. **O controle judicial do “relevante valor cultural” de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural.** Belo Horizonte. Meritum. V. 10. N. 1. P. 239-274. 2015.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Tombamento de imóveis urbanos e indenização: estudo das tendências contemporâneas a partir da jurisprudência.** In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Coord.). **Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27ª Ed. São Paulo, Editora Atlas. 2014.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento.** Belo Horizonte. Fórum, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais.** Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica, Itajaí, volume 18, número 3, página 431.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Rogério Proença. **Contra-usos da cidade: lugares e espaços públicos na experiência urbana contemporânea**. Campinas. Editora Unicamp. 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Forense. 1976.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais**. In: FERNANDES, Edésio; ALFOSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

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

RABELLO, Sonia. **O tombamento**. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

RABELLO, Sonia. **70 anos de tombamento no Brasil**. Carta Forense. Rio de Janeiro. P. 37. 2007.

RABELLO, Sonia. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: O tombamento**. Rio de Janeiro. Iphan. 2009. P. 146. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf

SANTOS, Maria Veloso Motta. **O tecido do tempo**. 1992. Tese de doutorado em antropologia. Universidade de Brasília.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1981. P.499.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre. Unidade Editorial. 1997. P. 63 a 65.

BRASIL. Constituição, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>

Iphan. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_Otombamento_m.pdf>

Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=cultura>>

Iphan. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/761/>>

Iphan. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/857/>>

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP 97852. Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 07/04/1998. Diário da Justiça de 08/06/1998. P.15.

