

Procuradoria Geral do Estado

TOMBAMENTO E INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A RESTAURAÇÃO DE BENS IMÓVEIS PROTEGIDOS

Fábio André Uema Oliveira

Prêmio “Procuradoria Geral do Estado”
2014

Série
Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES
Procurador-Geral do Estado Adjunto

SILVIA HELENA FURTADO MARTINS
Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

TOMBAMENTO E INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A RESTAURAÇÃO DE BENS IMÓVEIS PROTEGIDOS

Fábio André Uema Oliveira

Prêmio “Procuradoria Geral do Estado”

2014

Série Estudos n. 22



CEPGE
CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Mirian Kiyoko Murakawa, Camila Rocha Schwenck e Joyce Sayuri Saito

ESCOLA SUPERIOR DA PGE

Diretor

Daniel Smolentzov

Vice-diretor

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Julgadora do Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” 2014

Irene Patrícia Nohara, José Carlos Francisco e Luiz Alberto David Araújo

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos

da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Procurador responsável: Joyce Sayuri Saito

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo / SP – Brasil.

Telefone: (11) 3286-6997/6998. Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Oliveira, Fábio André Uema

Tombamento e instrumentos jurídicos para a restauração de bens imóveis protegidos.

São Paulo – Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2014.

Tese laureada com o Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” 2014

1. Agravo de Instrumento 2. Liminar em Ação Civil Pública 3. Processo de tombamento

CDD-341.37

CDU-351.712.5(81)

**PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Centro de Estudos
SÉRIE ESTUDOS**

Volumes Publicados

1. Direito Tributário: Conferências
2. Ação Direta do Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese
3. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, São Paulo, 1980
4. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, nº 2, São Paulo, 1981
5. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1983
6. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 1984
7. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1985
8. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1991
9. Plano Estratégico de Informatização da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 1992/93
10. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 1992
11. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade
12. Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
14. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico
15. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2003
16. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2004
17. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2008
18. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2009

19. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2010

20. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2011

21. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2013

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	11
APRESENTAÇÃO.....	13
INTRODUÇÃO	15
1. Patrimônio Cultural	18
1.1. Cultura	18
1.2. Meio Ambiente Cultural	21
1.3. Conceito de Patrimônio Cultural	23
1.4. Bens culturais e suas características	27
1.5. Princípios informadores	30
1.5.1. Princípios de Direito Ambiental	31
1.5.2. Princípios específicos do Meio Ambiente Cultural	43
1.6. Proteção do Patrimônio Cultural na Constituição Federal	55
1.6.1. O dever de preservar os bens tombados públicos e particulares	55
1.6.2. Institutos de tutela do patrimônio cultural elencados no art. 216 da Constituição Federal	58
2. Tombamento	62
2.1. Conceito e natureza jurídica	62
2.2. Histórico. Evolução legislativa	68
2.3. Fundamento	71
2.4. Objeto	74
2.5. Espécies	76
2.6. Competência	76
2.7. Procedimento	80
2.8. Efeitos	82
2.9. Cancelamento	83

3. Instrumentos jurídicos para a restauração dos bens imóveis protegidos	85
3.1. Administrativos	87
3.2. Tributários econômicos	100
3.3. Judiciais	112
3.4. Sancionatórios	124
Conclusão	137
Bibliografia	142

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é fruto do mestrado em Direitos Difusos e Coletivos, desenvolvido na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e da atuação na Consultoria Jurídica da Secretaria da Cultura. Assim, agradeço ao ilustre Professor Dr. Marcelo Gomes Sodré pelos ensinamentos e por toda a orientação da pesquisa. A todos os Professores da pós-graduação com quem tive o privilégio de colher lições de vida e de Direito, especialmente aos Professores Dr. Néelson Nery Jr., Dr. Luiz Antonio de Souza, Dr. Nelson Saule Jr., Dr.^a Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida e Dr.^a Clarissa Ferreira Macedo D'Isep.

À Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, instituição a qual tenho orgulho de integrar, que, por meio do Centro de Estudos, custeou a realização do curso e incentiva o constante aprimoramento da Advocacia Pública paulista. Aos funcionários Célio, Bernardete, Lucianne, Thiago e Regina, e colegas com quem tive o privilégio de trabalhar na Consultoria Jurídica da Secretaria da Cultura, Procuradores do Estado Doutores Fábio Rezende, Raquel Barbosa, Jean Erenberg, Wolker Bicalho, Vera Abujabra, Vera Bava, Carmen Magali e Ana Moliterno. À Unidade de Preservação do Patrimônio Histórico e ao Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo, que são protagonistas da tutela do patrimônio cultural paulista. Apresento minha gratidão aos amigos Doutores Pedro Augusto de Pádua Fleury, José Clodoaldo de Lima e Ruymar de Lima Nucci, pelas contribuições e prudentes observações.

Dedico o prêmio aos meus queridos pais, irmãs e sobrinhas, que sempre incentivaram meus estudos, e à minha amada esposa, que muito me apoiou e cedeu inúmeras horas de nosso convívio para a elaboração deste trabalho.

FÁBIO ANDRÉ UEMA OLIVEIRA

APRESENTAÇÃO

Qual a melhor maneira de apresentar uma obra premiada e que será agora disponibilizada para que todos possam apreciá-la? Ora, falando de seu autor.

E o que fazer quando esse autor é um amigo, alguém por quem se tem enorme carinho, como se fosse um afilhado? Deixar falar o coração.

Esses foram pensamentos que me vieram à mente quando fui agraciada com o convite do Centro de Estudos para fazer o prefácio da publicação do trabalho “Tombamento e instrumentos jurídicos para a restauração de bens imóveis protegidos”, escolhido para receber o prêmio “Procuradoria Geral do Estado”, referente ao ano de 2014, por uma Comissão Julgadora formada por três professores de renome: Irene Patrícia Nohara, José Carlos Francisco e Luiz Alberto David Araújo.

Por um momento, hesitei. Mas o convite me deixou extremamente honrada e feliz. Não poderia recusá-lo.

Devo alertá-los, no entanto, que sou bastante suspeita para falar do Fábio André Uema Oliveira.

Meu substituto na Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria da Cultura até esse último janeiro, quando foi convidado para ser vice-diretor da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, Fábio sempre demonstrou um vasto conhecimento do Direito, muita competência, enorme boa vontade e atenção para com os colegas e as demais pessoas com as quais reparte o seu dia a dia.

Sua maior virtude: a paciência oriental. Literalmente!

Aluno ávido por aprender, apesar de todo o preparo que já possui. Professor que adora ensinar, especialmente quando a matéria diz respeito a patrimônio cultural ou ao instituto do tombamento.

Esses os temas de sua dissertação de mestrado, brilhantemente defendida.

Esses os temas do trabalho ora premiado e aqui apresentado.

Sensível à imensa quantidade de imóveis tombados abandonados por seus proprietários, públicos ou particulares, e que vão perecendo enquanto aguardam o necessário restauro para sua manutenção (que, no mais das vezes, nem acontece...), Fábio extrai dessa triste constatação um cenário fértil a ser estudado.

Ele aponta, dentre outros, como motivos para a deterioração e perecimento dos prédios tombados no Brasil a ineficiência da legislação pertinente, o alto custo das obras de restauro e conservação e a falta de reconhecimento cultural por parte da própria sociedade, pois esta deve colaborar para a preservação desse patrimônio, que é de todos.

A partir daí, analisa as principais medidas que podem ser adotadas pela Administração Pública na busca da efetiva restauração e preservação desses bens tombados. Aponta também, por outro lado, instrumentos jurídicos que imponham ou fomentem a restauração, ou que possibilitem angariar recursos para realizar as obras necessárias à preservação do patrimônio cultural incorporado, indicando, assim, alguns meios postos à disposição da sociedade e da Administração para a consecução das determinações constitucionais de identificar os bens culturais e mantê-los em bom estado.

De fato, trata-se de um trabalho de fôlego e, acima de tudo, instigante para todos aqueles que ainda têm a esperança de ver preservado o meio ambiente cultural em que vivemos, torcendo para que ele possa ser fruído pelas presentes e futuras gerações.

Por enquanto, e vivendo nessa esperança, fico com a certeza de que o Fábio terá um grande futuro na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Esta obra e seu trabalho cotidiano bem o demonstram.

Desde já, meu amigo, a bênção da madrinha! E continue contando comigo!

VERA WOLFF BAVA MOREIRA

Procuradora do Estado Chefe

Consultoria Jurídica da Secretaria da Cultura

INTRODUÇÃO

Inúmeros são os imóveis, públicos e particulares, tombados que amargam com o abandono de seus proprietários, em grande parte das vezes por falta de recursos, e aguardam o necessário restauro, objetivando a manutenção e a perpetuidade de seus valores culturais para a sociedade atual e as futuras gerações. Uma notícia alarmante do jornal *O Estado de S. Paulo*, publicada em janeiro de 2009, revela a situação experimentada pela capital paulista:

Um levantamento realizado pelo jornal *O Estado de S. Paulo* mostra que 40% dos 1.813 imóveis tombados ou em processo de tombamento de toda a capital estão abandonados, destruídos ou totalmente desconfigurados. No centro, por exemplo, 429 dos 1.272 imóveis históricos da região fazem parte dessa estatística. E isso está longe de ser o pior caso de São Paulo – na zona norte, 79% do patrimônio está abandonado ou destruído, enquanto na zona leste esse índice chega a 94%.¹

A Constituição Federal conceitua, em seu artigo 216, o patrimônio cultural brasileiro, que engloba 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, exemplificativamente, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações, espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Ainda, a Lei Maior, no §1º do artigo 216, determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, utilizando-se de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, dentre ou-

¹ Agência Estado. *Dados indicam 40% de imóveis tombados de SP destruídos. O Estado de S. Paulo*. São Paulo. 04/01/2009 (Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,dados-indicam-40-de-imoveis-tombados-de-sp-destruidos,302300,0.htm>. Acesso em: 24/09/2012.)

tros instrumentos não listados pela Constituição, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

A legislação ordinária, em consonância com a Constituição Federal, impõe aos proprietários de bens tombados o dever de restaurar e conservar o objeto protegido, podendo sofrer sanções administrativas e, em certos casos, criminais pelo descumprimento. Contudo, caso o proprietário não tenha recursos financeiros para restaurar e conservar o bem, pode solicitar à Administração Pública que realize as obras necessárias à preservação do patrimônio cultural.

Entretanto, em razão das diversas atribuições do Poder Público, essas obras, por vezes, não são contempladas com recursos orçamentários suficientes para a adequada preservação. Ou, ainda, por carência de informação, os proprietários não acionam a Administração Pública para efetuar a restauração necessária ou não procuram os programas de incentivo destinados à preservação desses bens. Ademais, a Administração Pública, em diversos casos, é a proprietária do bem protegido e, ainda assim, os bens amargam com a deterioração.

Conforme apontado pela *Folha de S.Paulo*, a legislação ineficiente, o alto custo das obras de restauro e a falta de reconhecimento cultural são alguns dos motivos do abandono de prédios tombados no Brasil.² Desta

2 “‘Falta política de incentivo à preservação’, afirmam urbanistas.

Legislação ineficiente, alto custo de reformas, falta de reconhecimento cultural são fatores apontados como motivadores para o abandono de prédios tombados no Brasil.

A avaliação é feita por estudiosos, urbanistas e profissionais que lidam com a questão na cidade de São Paulo.

Nádia Somekh, professora de arquitetura do Mackenzie, afirma que é preciso formular uma política de preservação que funcione de fato.

‘Só tomar um bem não resolve. O ato não traz recursos para a recuperação. É preciso planejar a preservação do patrimônio com começo, meio e fim’, declara.

A urbanista Margareth Uemura, do Instituto Pólis (ONG da área de políticas públicas), corrobora com a opinião de que é preciso ter fontes exclusivas para financiar a restauração de prédios tombados.

‘Imóveis com interesse histórico, geralmente, têm valor de reforma alto, com muitos critérios para que se possa mexer neles. Isso faz o mercado imobiliário ter menos interesse, e os edifícios correrem risco de abandono.’

feita, temos um cenário que necessita ser estudado. As razões do abandono e/ou da deterioração são amplamente conhecidas, dentre elas destacamos a falta de recursos do proprietário e a pouca informação a respeito dos instrumentos capazes de viabilizar a restauração e conservação do bem protegido. Ainda, existe o abandono doloso objetivando a destruição do bem tombado, a perda do suporte material do valor cultural nele incorporado, permitindo, *v.g.*, a construção de um prédio comercial no local que dantes era ocupado por uma casa de importância histórica e arquitetônica protegida pelo tombamento.

Nesse diapasão, analisaremos as principais medidas que podem ser adotadas pela Administração Pública na busca da efetiva restauração e preservação desses bens imóveis e dos instrumentos que imponham ou fomentem a restauração ou que possibilitem angariar recursos para realizar as obras necessárias à preservação do patrimônio cultural incorporado.

Buscaremos sistematizar – sem o intuito de criar classificações ou analisar exaustivamente – os principais instrumentos jurídicos existentes no ordenamento pátrio voltados à restauração e preservação dos imóveis tombados, indicando, assim, alguns meios postos à disposição da sociedade e da Administração na consecução das determinações constitucionais. Ainda, o estudo do tema demanda a identificação e conceituação das bases informadoras do tombamento, de modo a ser necessária a contextualização

Lúcio Gomes Machado, urbanista e ex-conselheiro do CONDEPHAAT (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo), diz que é preciso ‘acabar com o preconceito’ de que imóveis tombados dão trabalho e, por essa razão, deixar que eles se degradem.

‘O proprietário é o responsável pelo bem tombado. Quando ele não tem condições comprovadas para fazê-lo, a obrigação passa para o Estado, que também não costuma assumir o ônus. Esse jogo de empurra tem que acabar’, afirmou.

DECISÃO: Em relação à decisão judicial sobre os prédios do INSS, Lucila Lacrete, do Movimento Defesa São Paulo, comentou que ela obriga positivamente o poder público ‘a dar o exemplo’.

‘Patrimônio tombado não pode ser considerado um estorvo. Bons exemplos devem vir, principalmente, de entidades públicas. Elas devem manter o que pertence à coletividade e mostrar que aquilo tem importância e valor cultural para a sociedade.’” MARQUES, Jairo. Falta política de incentivo à preservação, afirmam urbanistas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 28/10/2012. *Caderno Cotidiano* (Disponível em: <http://folha.com/no1176298>, acesso em: 29/10/2012)

do patrimônio cultural no ordenamento nacional, com a verificação dos conceitos de cultura, bens culturais e dos princípios aplicáveis à tutela do patrimônio cultural.

A proteção do patrimônio cultural e o tombamento envolvem diversos ramos do Direito, pois estão previstos no Texto Constitucional e tutelam interesses metaindividuais inseridos em mais de um dos aspectos do meio ambiente. O tombamento tem características de intervenção estatal no direito de propriedade, impõe restrições àquele direito fundamental para o cumprimento da função sociocultural; ademais, está arrolado como um dos instrumentos de política pública urbana no Estatuto da Cidade e tem como missão a salvaguarda da cultura incorporada a bens materiais, que podem ser considerados, inclusive, bens integrantes do patrimônio mundial.

Desta feita, pretendemos verificar se os instrumentos jurídicos disponíveis para efetivar a restauração de bens tombados são suficientes para permitir a esmerada preservação do patrimônio cultural neles incorporado, enveredando pelos princípios informadores, conceitos e normas basilares da tutela do meio ambiente cultural e pela análise do instituto do tombamento, assentando os lastros necessários ao desenvolvimento do tema central.

1. Patrimônio Cultural

1.1. Cultura

Os professores Maria Luiza Machado Granziera³ e Paulo Affonso Leme Machado⁴ recorrem aos dicionários Aurélio e Houaiss para definir *cultura*. A primeira utiliza a definição “complexo de padrões de comportamento, das crenças, das instituições doutros valores espirituais e materiais

3 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 360.

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1063.

transmitidos coletivamente e característicos de uma sociedade”.⁵ Por sua vez, o professor Paulo Affonso Leme Machado invoca duas acepções, quais sejam: “a) complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas-artes, ciências humanas e afins”⁶ e “b) o processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, uma nação, que resulta do aprimoramento de seus valores, instituições e criações”.⁷

Ao recorrermos ao Dicionário Eletrônico Aurélio⁸, vemos que o termo é polissêmico⁹, com diferentes significados conforme a área de estudo e o contexto. Podemos destacar, além das trazidas a lume pelos insignes doutrinadores, as seguintes definições: a) “O conjunto de características humanas que não são inatas, e que se criam e se preservam ou aprimoram através da comunicação e cooperação entre indivíduos em sociedade”; b) “A parte ou o aspecto da vida coletiva, relacionados à produção e transmissão de conhecimentos, à criação intelectual e artística etc.”; c) “civilização, progresso”; d) sentido antropológico: “O conjunto complexo dos códigos e padrões que regulam a ação humana individual e coletiva, tal como se desenvolvem em uma sociedade ou grupo específico, e que se manifestam em praticamente todos os aspectos da vida: modos de sobrevivência, normas de comportamento, crenças, instituições, valores espirituais, criações materiais etc.”; e) sentido filosófico: “Categoria dialética de análise do processo pelo qual o homem, por meio de sua atividade concreta (espiritual e

5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 508. *apud* GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Ob. cit., p. 360.

6 HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Editora Objetiva, versão 1.0, dezembro/2001 (CD-ROM) *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ob. Cit., p. 1063.

7 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 (CD-ROM) *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ob. Cit., p. 1063.

8 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*, versão 6.1, Editora Positivo (CD-ROM).

9 Adam Kuper noticia que antropólogos das Universidades de Harvard e Berkeley organizaram um catálogo com cento e sessenta e quatro definições de cultura. In: *Cultura: a visão dos antropólogos*. Bauru: EDUSC, 2002, p. 83 *apud* COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

material), ao mesmo tempo que modifica a natureza, cria a si mesmo como sujeito social da história”.

Rodrigo Vieira Costa¹⁰ discorre a respeito da evolução do significado de “cultura”: inicialmente, o termo, originado do verbo latino *colere*, restringia-se a indicar cultivo agrícola, ou seja, ato, efeito ou modo de cultivar a terra, por ser uma das formas primordiais de observação, transformação e dominação da natureza pelos homens, produzindo alimento suficiente para a subsistência e fixação das comunidades, que antes eram obrigadas a migrar. Em seguida, na civilização grega, houve a delimitação entre *natura* e *physis*, assim, todo o universo era composto por elementos inalterados pelo homem e por aqueles transformados pela ação humana sobre a natureza, por meio da cultura. Desta feita, o conceito de *cultura* incorporou o sentido de aprimoramento espiritual e intelectual, coletivo ou individual, com o desenvolvimento das artes, das ciências e da filosofia.¹¹

Ainda, durante o Iluminismo, os franceses iniciaram a formulação do moderno sentido de cultura advindo da metáfora, já utilizada na Idade Média, de aprimoramento do homem tal como ocorre no cultivo da terra,¹² com o universalismo humanista preocupado em evoluir o espírito por meio da filosofia, educação, artes e do acúmulo do conhecimento. Demais disso, atribui-se aos franceses o uso do termo cultura como sinônimo de *civilization*, relacionando-a aos elementos materiais das sociedades, e aos alemães, no século XVIII, a identificação de uma dimensão imaterial da cultura a partir da designação dos elementos espirituais das sociedades, por meio da palavra *Kultur*, na busca de uma identidade étnica capaz de construir um Estado-nação.¹³ No século XIX, os antropólogos iniciaram a condensação de todos os fenômenos humanos, materiais ou imateriais, desenvolvidos por indivíduos ou por um povo no conceito de *cultura*.

10 COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5-7.

11 Idem, *ibidem*, p. 7.

12 Idem, *ibidem*, p. 12.

13 Idem, *ibidem*.

Dessa evolução, chegamos aos conceitos que passaram a constar dos atuais dicionários e, conforme aduz Henrique Augusto Mourão¹⁴ na Declaração do México de 1982, conhecida como MONDIACULT, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), *cultura* foi definida de forma abrangente, passando este conceito a ser referência para os países, definição que trasladamos:

A cultura pode ser considerada atualmente como o conjunto dos traços distintos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. Ela engloba, além das artes e das letras, os modos de vida, os direitos fundamentais do ser humano, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.¹⁵

1.2. Meio Ambiente Cultural

O meio ambiente, como é cediço, pode ser dividido em quatro aspectos: natural, artificial, do trabalho e cultural. O professor José Afonso da Silva aduz que:

*O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.*¹⁶ (grifos no original)

14 MOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 5.

15 Declaração do México disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=255>, acesso em 10/07/2012. Em inglês, temos: “culture may now be said to be the whole complex of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features that characterize a society or social group. It includes not only the arts and letters, but also modes of life, the fundamental rights of the human being, value systems, traditions and beliefs;” disponível em http://portal.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_A274FC8367592F6CEEDB92E91A93C7AC61740000/filename/mexico_en.pdf, acesso em: 10/07/2012.

16 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18.

Em epítome, o aspecto natural ou físico é composto pela atmosfera, elementos da biosfera, fauna, flora, solo, subsolo e águas, concentrando o fenômeno da homeostase, do equilíbrio dinâmico entre o meio e os seres que nele vivem.¹⁷ Na concepção de José Afonso da Silva:

*Meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É este o aspecto do meio ambiente que a Lei 6.938, de 31.8.1981, define em seu art. 3º, quando diz que, para os fins nela previstos, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.*¹⁸ (destaques no original)

O artificial abriga o espaço urbano construído, que pode ser fechado, compreendendo o conjunto de edificações, ou aberto, composto pelos equipamentos públicos.¹⁹ O meio ambiente do trabalho, segundo a lição do professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).²⁰

Por sua vez, o meio ambiente cultural é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, sendo em regra artificial, porque obra dos homens, porém, distingue-se daquele aspecto por

17 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

18 SILVA, op. cit., p. 19.

19 FIORILLO, op. cit., p. 74.

20 Idem, *ibidem*, p. 77.

ter sido impregnado ou adquirido um valor especial.²¹ Inserem-se no meio ambiente cultural os valores incorporados aos bens imóveis tombados, que devem ser preservados para as presentes e futuras gerações.

Como veremos a seguir, para podermos dimensionar o meio ambiente cultural, verificaremos as conceituações de patrimônio cultural, objeto desse último aspecto.

1.3. Conceito de Patrimônio Cultural

O professor Paulo Affonso Leme Machado²² ensina que o termo “patrimônio” tem origem latina, decorrendo de *patrimonium*, sendo seu primeiro sentido o de “herança paterna”, ligado a *pater*, pai em português, e de modo mais amplo significa “bem de família” ou “herança comum”. Destarte, tem-se a ideia de patrimônio como “um conjunto de bens que foi transmitido para a geração presente”.²³ Além disso, o doutrinador conceitua:

O patrimônio cultural representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir.²⁴ (destaque no original)

E, ainda, adverte:

Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura.²⁵

21 SILVA, op. cit., p. 19.

22 MACHADO, op. cit., p. 1.065.

23 Idem, ibidem.

24 Idem, ibidem.

25 Idem, ibidem.

A Constituição Federal assenta, em seu artigo 216, que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo 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 e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O professor Édis Milaré²⁶ lembra que a Carta de 1934 iniciou a institucionalização da tutela jurídica do patrimônio cultural, timidamente aperfeiçoada nas Constituições sucessoras²⁷, com as seguintes previsões dos artigos 10, inciso III, e 148:

Art. 10 – Compete concorrentemente à União e aos Estados:

III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

Art. 148 – Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

26 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 317-318.

27 CF/1937 “Art. 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.”; CF/1946 “Art. 175 - As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público.”; CF/1967 “Art. 172 - O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.”; EC nº. 1/1969 “Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.”

Assim, o professor Édis Milaré demonstrou²⁸ que a Constituição da República de 1988 rompeu com a tradicional conceituação das constituições anteriores, que se limitava a proteger os bens de valor histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, sem delimitar a abrangência dos aludidos conceitos. Isso porque a atual Lei Maior abrange também os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Ainda, o doutrinador realça que o patrimônio cultural, definido pela atual Constituição da República, não é meramente regional ou municipal, mas sim brasileiro, sendo composto por bens tangíveis, *v.g.*, prédios históricos e obras de arte, como também por bens intangíveis, a exemplo dos modos de criar, fazer e viver, que podem ser considerados de forma individual ou conjuntamente, e assim conclui:

Portanto, temos aqui a consagração, diante do direito positivo, do pluralismo cultural, isto é, o reconhecimento de que a cultura brasileira não é única, não se resume ao eixo Rio-São Paulo nem ao Barroco mineiro e nordestino, mas é aquela que resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões. E é essa diversidade e riqueza de bens culturais, construídas incessantemente num país de dimensões continentais e variegada formação étnica, que se pretende ver preservadas. Desaparece, enfim, o antigo conceito de que os valores culturais a serem preservados eram apenas aqueles das elites sociais, necessariamente consagrados pelo ato de tombamento, como ocorria no Direito anterior.²⁹

Destarte, a Constituição de 1988 adota um conceito abrangente, dentre os mais avançados do mundo, capaz de proteger bens inseridos em um “processo extremamente dinâmico e mutável”, viabilizando uma tutela adaptável às contingências e transformações sociais.³⁰ Devemos frisar as

28 MILARÉ, *op. cit.*, p. 318.

29 *Idem*, *ibidem*.

30 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 49.

observações trazidas por Marcos Paulo de Souza Miranda de que a Constituição de 1988 deixou de resumir os bens culturais aos fisicamente materializados, como documentos, imóveis e obras de arte, tendo em vista que a definição constitucional de patrimônio cultural abarca os bens intangíveis ou imateriais, por exemplo, as cantigas, as línguas, o folclore e os modos de criar, fazer e viver. Ainda, destaca que houve um abandono da restrição conceitual baseada nas características “excepcionalidade” e “monumentalidade”, possibilitando, dessarte, “a proteção da diversidade cultural brasileira em todos os seus mais variados aspectos, inclusive valores populares, indígenas e afro-brasileiros” e não apenas dos monumentos e bens grandiosos.³¹ No mesmo sentido, José Eduardo Ramos Rodrigues assevera:

Como se vê, o legislador constitucional brasileiro aceitou integralmente o moderno conceito de “patrimônio cultural” suprimindo expressões prolixas, imprecisas e incompletas como “patrimônio artístico, histórico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico” que foram utilizadas nas Cartas Magnas anteriores. Merece aplausos o legislador, pois, adotando essa moderna definição, banuiu dos meios jurídicos uma série infundável de discussões sobre a questão, que ainda assolam os ordenamentos de outros países como os Estados Unidos.³²

E, assim, finaliza:

Destarte não se discute mais se o patrimônio cultural constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou também daqueles de valor documental cotidiano; se inclui monumentos individualizados ou igualmente conjuntos; se dele faz parte apenas a arte erudita ou também a popular; se contém apenas bens produzidos pela mão do homem e também os naturais; se esses bens naturais envolvem apenas aqueles de excepcional valor paisagístico ou inclusive

31 MIRANDA, op. cit., p. 51.

32 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Bens culturais e sua tutela jurídica: tombamento, registro, ação civil pública*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 378.

ecossistemas; se abrange bens tangíveis e intangíveis. Todos esses tipos de bens citados estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores nos exatos termos constitucionais.³³

Da mesma forma, assenta Sandra Cureau:

O fundamento para que um bem seja considerado parte do patrimônio cultural brasileiro passa a ser o fato de ser portador de referência à *identidade*, à *ação* ou à *memória dos grupos formadores de nossa sociedade*, afastando, definitivamente, antigos argumentos, que vinculavam a sua proteção a razões de ordem estética ou artística.³⁴ (grifos no original)

Assim, a definição constitucional de patrimônio cultural, ampla e abrangente, permite a otimização da proteção do referido patrimônio, que abarca bens materiais e imateriais que compõem a cultura da nação.

1.4. Bens culturais e suas características

Os bens culturais são aqueles que têm vinculação a fatos históricos ou excepcional valor arqueológico, bibliográfico, etnográfico, artístico ou são portadores de referência à identidade, à ação ou à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade, bens esses que em conjunto formam o patrimônio cultural do município, do Estado, da Nação ou da Humanidade.³⁵ O professor José Afonso da Silva define:

Os *bens* ou *objetos culturais* são coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do

33 RODRIGUES, op.cit., p. 378.

34 CUREAU, Sandra. *O patrimônio cultural brasileiro e seus instrumentos de proteção*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. (coord.). *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem a Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 169.

35 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 35.

mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano.³⁶ (destaques no original)

Ainda, podem ser públicos ou privados, o reconhecimento do valor cultural impregnado na coisa não transmuda sua dominialidade, ou seja, um bem privado classificado como cultural não deixa de sê-lo, porém, reveste-se de interesse público, capaz de alterar a sua essência.³⁷ Os bens culturais privados, em razão do interesse público imanente, podem sofrer limitações diversas daquelas que condicionam o direito de propriedade dos bens privados ordinários. Desta feita, um bem privado tombado continua sendo privado, apesar das restrições impostas pelo tombamento, sendo desnecessária, portanto, sua aquisição pela Administração Pública.

Demais disso, os bens culturais podem ser móveis, por exemplo, documentos históricos e obras de arte, ou imóveis, *v.g.*, o edifício do Museu de Arte de São Paulo Assis Chateaubriand – MASP e a antiga estação da Estrada de Ferro Sorocabana na capital paulista, que atualmente abriga a Fundação Orquestra do Estado de São Paulo – OSESP e a Secretaria de Estado da Cultura.

Uma vez reconhecido que um bem tem natureza cultural, automaticamente ele se torna infungível. Nesse sentido, com propriedade, Carlos Frederico Marés de Souza Filho aduz:

Todo bem cultural adquire a natureza de infungível. Assim o dinheiro, o mais típico bem fungível, ao cair desuso a moeda, passando a integrar coleção ou sendo individualmente protegido como patrimônio cultural, perde sua natureza de meio de pagamento para vir a ser representativo e identificador de fato cultural, tornando-se infungível.³⁸

36 SILVA, Jose Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 26.

37 SOUZA FILHO, *op. cit.*, p.35

38 *Idem*, *ibidem*, p.40.

Isso porque, por exclusão, os bens culturais não se subsomem ao conceito de bem fungível previsto no artigo 85 do Código Civil: “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. A professora Maria Helena Diniz conceitua e exemplifica:

Os bens infungíveis são os que, pela sua qualidade individual (*RT*, 806:116), têm um valor especial, não podendo, por este motivo, ser substituídos sem que isso acarrete a alteração de seu conteúdo, como um quadro de Renoir. A infungibilidade pode apresentar-se em bens imóveis e móveis.³⁹

Da mesma forma, os bens consumíveis tornam-se inconsumíveis, pois a consumibilidade é, tal como a fungibilidade, incompatível com a necessária preservação do bem cultural. São exemplos de bens consumíveis que se tornam inconsumíveis quando declarados bens culturais: a garrafa de vinho encontrada em naufrágio, que representa ou identifica determinado método de produção a ser preservado; e vestimentas que representam certo hábito popular de natureza intangível.⁴⁰

Ademais, a qualificação como bem cultural não altera a divisibilidade, a singularidade ou a universalidade dos bens.⁴¹ Ainda, os bens culturais, salvo os arqueológicos⁴² e os que constituírem bens públicos afetados⁴³ (de uso comum do povo e de uso especial), podem ser comercializados, certas vezes com alguma restrição, como, por exemplo, o direito de preferência do ente responsável pelo tombamento do bem (art. 22, do Decreto-Lei nº. 25/1937), portanto, não são coisas fora do comércio.⁴⁴ Cumpre-nos ressaltar que os bens culturais são intangíveis, por serem bens socioambientais,⁴⁵

39 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133.

40 SOUZA FILHO, op. cit., p. 40-41.

41 Idem, *Ibidem*.

42 Art. 3º da Lei nº 3.924/61, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.

43 Art. 100 do Código Civil.

44 SOUZA FILHO, op. cit., p.43.

45 Para o aprofundamento da teoria dos bens socioambientais veja-se SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21-34.

tendo um direito de propriedade material e outro imaterial, que é apropriado de forma difusa por toda a sociedade.

É o valor cultural impregnado no suporte físico que qualifica o bem como cultural, sendo assim, importa o valor cultural conferido pelo homem ao bem físico e não ele propriamente dito. Protege-se o valor histórico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, a referência à identidade, à ação, à memória dos grupos formadores da sociedade etc., consolidados em um bem físico, v.g., as características arquitetônicas de *Art Nouveau* de um edifício tombado por materializar aquele valor cultural.

1.5. Princípios informadores

Conforme já aduzimos, o aspecto cultural integra o conceito de meio ambiente. Sendo assim, os princípios do Direito Ambiental são aplicáveis ao aspecto cultural. Nesse sentido, destaca a professora Nina Beatriz Stocco Ranieri que “o grande avanço na proteção da cultura em sentido amplo propiciado pela ampliação do conceito de meio ambiente reside na aplicação dos princípios fundamentais do direito ambiental”.⁴⁶

No entanto, em certos casos faz-se necessário adaptar alguns princípios, que, preponderantemente, são voltados ao aspecto natural.⁴⁷ Ainda, em razão das peculiaridades do aspecto cultural existem princípios de aplicabilidade específica ao meio ambiente cultural. Nessa senda, vamos indicar alguns princípios comezinhos do Direito Ambiental e buscar identificar princípios específicos do aspecto cultural do meio ambiente. Ainda, em momento oportuno,⁴⁸ revelaremos como irradiam seus efeitos no tombamento e no restauro de imóveis protegidos.

46 RANIERI, Nina beatriz Stocco. *A convenção sobre a proteção e a promoção da diversidade cultural e a constituição brasileira*. In: MARQUES; MEDAUAR; SILVA, op. cit., p. 151.

47 MIRANDA, op. cit., p. 24.

48 Ver subitem 2.3.

1.5.1. Princípios de Direito Ambiental

Apesar de existir doutrina que considera despidianda a diferenciação entre os *Princípios da Prevenção e da Precaução*,⁴⁹ levando-se em conta, também, que os vocábulos são sinônimos na língua portuguesa, ou que prevenção é gênero da qual a precaução constitui espécie,⁵⁰ preferimos o posicionamento de que o princípio da prevenção se diferencia do da precaução, pois neste inexistente certeza científica de que determinada atividade causará danos ambientais irreparáveis.⁵¹

Nesse passo, quando se sabe que determinada ação ou omissão, em especial nos bens tombados, pode causar dano ao patrimônio cultural, a situação está amparada pelo Princípio da Prevenção, devendo, assim, ser tomadas as medidas necessárias para afastar ou minorar o dano em face das atividades humanas, assegurando o menor grau possível de degradação.⁵² Desse modo, grande parte da atuação dos órgãos de proteção do patrimônio cultural está fundada no Princípio da Prevenção, tais como nas autorizações para realização de intervenções em imóveis tombados ou nas áreas envoltórias, quando se conhece os danos que determinada atividade pode causar ao valor cultural tutelado.

Por seu turno, quando, v.g., se impede a realização de determinada atividade, sem comprovação científica de que poderá haver dano ambiental, essa decisão encontra amparo no Princípio da Precaução. Em razão desse princípio, impõe-se a necessidade de atuação com cautela quando existam dúvidas ou incerteza científica a respeito do potencial danoso de determinada atividade. Destarte, medidas acautelatórias podem ser levadas a efeito ainda que não se anteveja eventual resultado danoso da atividade. Cumpre-nos trasladar o Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, *in verbis*:

49 FIORILLO, op. cit., p. 117-123.

50 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

51 GRANZIERA, op. cit., p. 60.

52 LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 14-15.

Princípio 15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Os Princípios da Prevenção e da Precaução revelam-se de extrema importância para a preservação do patrimônio cultural e, conseqüentemente, dos imóveis tombados, porque fundamentam as medidas de preservação dos bens culturais, de modo a minorar ou impedir a degradação dos valores que se pretende proteger, ainda que não se saiba se determinada atividade causará dano ao interesse transindividual tutelado. Ainda, os órgãos de proteção do patrimônio cultural, responsáveis pela concessão de autorizações para intervir em imóveis tombados, incluindo a aprovação de projetos de restauro, devem sempre considerar se as modificações pretendidas obedecem aos aludidos princípios.

Ademais, diante da dificuldade – ou impossibilidade – de se retornar ao *status quo ante* do bem protegido após um dano, a prevenção e a precaução revelam-se a melhor, ou, muitas vezes, a única solução para evitar o perecimento do patrimônio cultural. Desta feita, preconiza Marcos Paulo de Souza Miranda:

Por isso a proteção do meio ambiente cultural deve ser eficaz e temporalmente adequada, o que é possível inclusive mediante a utilização dos instrumentos processuais acautelatórios previstos na legislação específica (ação civil pública, ação popular etc.).

Nas ações versando sobre o patrimônio cultural, o exame das liminares, considerando que o dano é muitas vezes irreversível, deve ser orientado pelo brocardo *in dubio pro cultura*, prevalecendo tal preocupação em detrimento dos interesses econômicos ou particulares.⁵³

53 MIRANDA, op. cit., p. 33.

Acrescente-se que nas ações civis públicas na tutela do patrimônio cultural é aplicável a inversão do ônus probatório, previsto no art. 6º, VIII, c/c art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e art. 21 da Lei federal nº. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). O colendo Superior Tribunal de Justiça assentou que o Princípio da Precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, impondo ao réu o encargo de provar que sua conduta, ainda que sem comprovação científica da existência de nexo de causalidade, não provocou o dano ao meio ambiente. Transcrevemos a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Não viola os artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelos recorrentes, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, haja vista que os fatos já restaram delimitados nas instâncias ordinárias, devendo ser revista nesta instância somente a interpretação dada ao direito para a resolução da controvérsia. Precedentes.

3. Tratando-se de dissídio notório, admite-se, excepcionalmente, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso pela alínea “c” “quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática” (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 14/10/11).

4. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo)

para atribuição do dever de reparação do dano causado, que no caso é inconteste.

5. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido para determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento.

(REsp nº. 1.330.027/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 06/11/2012, g.n.)

Outro deveras importante princípio de direito ambiental aplicável ao aspecto cultural, ao tombamento e à restauração dos imóveis protegidos, o *Princípio do Poluidor-Pagador* tem origem na Recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE C(72) 128, de 1972, e determina que os poluidores devem arcar com os custos derivados das medidas de prevenção e de combate à poluição.⁵⁴ Ainda, prescreve o Princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, *in verbis*:

Princípio 16:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Ana Maria Moreira Marchesan preconiza que o *Princípio do Poluidor-Pagador* “reza, em síntese, que o causador da poluição e da degradação dos recursos ambientais deve ser o responsável principal pelas conse-

54 GRANZIERA, op. cit., p. 70.

quências de sua ação ou omissão”.⁵⁵ Assim, eventuais danos ao patrimônio cultural, tais como a deterioração e a descaracterização de imóveis tombados, ensejam a responsabilização plena de seu causador.⁵⁶ Tem-se que o poluidor deve arcar com os custos da prevenção,⁵⁷ permitindo, v.g., a instituição de taxa⁵⁸ para financiar o exercício da vigilância de bens tombados (poder de polícia fiscalizatório), e da reparação do dano ambiental que venha a causar com sua atividade. Ainda, pode o poluidor internalizar os respectivos custos no valor do produto ou serviço, repassando para o destinatário final da cadeia produtiva os montantes despendidos com ações preventivas e com possíveis reparações ambientais.

Sobreleva destacar que o princípio não se traduz em uma autorização ilimitada para poluir mediante pagamento. O mandamento é oposto, ou seja, busca-se evitar o dano e, quando houver degradação, assegurar a devida reparação, ainda que o poluidor realize uma atividade lícita.⁵⁹ Desta feita, ainda que a atividade degradadora seja lícita, ou seja, independentemente da configuração de ato ilícito ou de abuso de direito, persiste a obrigatoriedade de reparar o dano ambiental eventualmente causado, sem prejuízo da adoção das medidas preventivas ou acautelatórias. O poluidor figura como o primeiro garantidor da incolumidade ambiental, devendo arcar com os ônus da poluição, vez que aufere os lucros advindos da atividade lesiva.⁶⁰

55 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133.

56 Idem, *ibidem*, p. 138.

57 Com suporte em ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 124, Ana Maria Moreira Marchesan aduz que: “Deve o poluidor arcar com todos os custos de prevenção à ocorrência de poluição, inclusive com aqueles de responsabilidade dos Poderes Públicos, bem como com os custos de atualização das medidas tendentes a inibi-los, numa perspectiva de prevenção dinâmica”. Ob. Cit., p. 135.

58 Ver subitem 3.2.

59 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 16.

60 MARCHESAN, op. cit., p. 134.

Por seu turno, no escólio de Paulo Affonso Leme Machado, o *Princípio do Usuário-Pagador* indica que:

[...] o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização. Este princípio tem por objetivo fazer com que estes custos não sejam suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador.⁶¹

Com suporte no Princípio do Usuário-Pagador, o proprietário deve custear a conservação do bem tombado e, também, aqueles que se beneficiam da sua utilização, por exemplo, os que locam a Sala São Paulo para a realização de eventos ou exploram economicamente, sem causar dano, um monumento por meio do turismo cultural. Permite-se, assim, ao Poder Público cobrar pela fruição individualizada de um bem público tombado, devendo a arrecadação contribuir para financiar a sua preservação.

Assim, com esses princípios, evita-se que o Estado e a sociedade como um todo suportem os custos da utilização de um recurso ambiental, devendo-se evitar que o uso gratuito dos recursos naturais e culturais onere os demais “proprietários” do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, afasta-se que haja a internalização dos lucros e a socialização dos custos ambientais (externalidades negativas).⁶²

Desta feita, os deveres de prevenção e de reparação dos danos causados, ainda que decorrentes de atividades lícitas, a bens com valor cultural provêm do Princípio do Poluidor-Pagador, enquanto o pagamento pela utilização desses bens e os custos de sua conservação, independentemente de dano, emanam do Usuário-Pagador.

61 SMETS, Henri. *Le principe utilisateur-payeur pour la gestion durable des ressources naturelles*, GEP/UPP, doc. 1998 *apud* MACHADO, op. cit., p. 93.

62 MARCHESAN, op. cit., p. 133.

Mais um importante princípio, a *Função social da propriedade*, segundo Uadi Lammêgo Bulos, “é a destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público”,⁶³ cujo objetivo “é otimizar o uso da propriedade, de sorte que não possa ser utilizada em detrimento do progresso e da satisfação da comunidade”.⁶⁴ O direito de propriedade é direito fundamental, pertencente ao núcleo duro⁶⁵ da Constituição Federal (art. 5º, XXII), que igualmente assenta que “a propriedade atenderá sua função social” (art. 5º, XXIII). Ainda, a Constituição da República de 1988 insere a função social da propriedade como um dos princípios basilares da ordem econômica, que deve assegurar a todos uma existência digna (art. 170, III). Interessante observar que a Constituição Federal utiliza a locução “função social” da propriedade em, ao menos, cinco dispositivos (arts. 5º, XXIII⁶⁶, 170, III,⁶⁷ 182, §2º⁶⁸, 184⁶⁹ e 186⁷⁰).

63 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 469.

64 Idem, *ibidem*.

65 Composto pelas cláusulas pétreas “que estabelecem matérias intocáveis, intangíveis ou eternas. Em outro dizer, o constituinte originário escolhe, dentre tudo aquilo que estipula, algumas normas que não estarão ao alcance do poder constituído de reforma”, conforme VARGAS, Alexs Galíás de Souza. *A norma constitucional no tempo: direitos adquiridos e emenda à Constituição*. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108.

66 “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

67 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;”

68 § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

69 “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

70 “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

A função social, hodiernamente, é imanente ao direito de propriedade, que, como é cediço, não mais pode ser entendido como inatingível, ilimitado ou absoluto. Desta feita, o exercício do direito de propriedade não se coaduna à visão puramente individualista. O exercício do direito não deve prejudicar a coletividade em favor do interesse individual. Nesse passo, aos proprietários de bens tombados, por exemplo, não lhes é permitido modificar livremente o bem tutelado, sob pena de desatender à função social voltada à preservação do valor cultural nele incorporado. Secundado no dever imposto à sociedade e ao Poder Público de preservar o patrimônio cultural, Marcos Paulo de Souza Miranda assevera ser “evidente que os proprietários de bens culturais não podem exercer o seu direito de propriedade de maneira ilimitada, de forma a causar danos a eles, uma vez que estão sujeitos a um regime jurídico próprio”,⁷¹ pois são considerados bens de *interesse público*.

Assim, a propriedade tem seu uso condicionado ao bem-estar social, devendo satisfazer aos interesses não apenas do proprietário, mas igualmente da sociedade, possibilitando o atendimento aos direitos fundamentais que compõem a dignidade da vida humana. Nesse sentido, o artigo 1228, §1º do Código Civil prevê:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Vê-se que o cumprimento da função social da propriedade exige o respeito não só dos aspectos sociais, mas também dos ambientais e culturais, sendo igualmente utilizados os termos “função socioambiental”⁷² e “fun-

71 MIRANDA, op. cit., p. 27.

72 MOTA, Maurício. *Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário-pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal*. In: MOTA, Maurício (coord.) *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ção sociocultural”⁷³ da propriedade. Assim, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, que a função social da propriedade engloba o dever de proteção ao meio ambiente:

A própria Constituição da República, ao impor ao poder público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 17-11-1995)

Adotando uma perspectiva mais ampla, Guilherme José Purvin de Figueiredo classifica a função social da propriedade como um *megaprincípio* que conglomerava princípios da propriedade privada, da defesa do consumidor, dos valores sociais do trabalho, da defesa do meio ambiente, dentre outros, e assim preconiza:

Trata-se de um megaprincípio voltado à consecução da finalidade última de toda ordem jurídica democrática: a valorização da dignidade humana que, no plano da normativa ambiental, é alcançada por regras que propiciem a vida com saúde e um ambiente natural e cultural que permita o desenvolvimento das potencialidades criativas do ser humano.⁷⁴

Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau,⁷⁵ secundadas em Alexandre Kiss,⁷⁶ lecionam que o *Princípio da Equidade ou da Solidariedade*

73 MIRANDA, op. cit., p. 26; COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 76.

74 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

75 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 19.

76 KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 *apud* LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. op. cit., p. 19.

de Intergeracional surgiu na década de 1980, ligado às mudanças globais ocorridas na segunda metade do século XX, tais como o elevado aumento populacional, danos à camada de ozônio e a escassez de recursos ambientais. A partir desse panorama revelou-se que, para o acesso ser equitativo, seria premente a reserva de bens ambientais, com sua não utilização atual, evitando-se o esgotamento desses recursos, com a guarda para as gerações futuras.⁷⁷

Assim, tem-se a ideia de que as presentes gerações devem utilizar os recursos ambientais necessários à satisfação de suas necessidades sem, contudo, impedir a fruição das gerações subsequentes. As gerações atuais têm o dever de proteger os recursos ambientais, de modo que as futuras possam recebê-los em iguais ou melhores condições que as presentes usufruem.⁷⁸

Desse modo, também assevera Ana Maria Moreira Marchesan que “com base em um modelo de confiança ou fidúcia, afirma-se que cada geração tem a responsabilidade de preservar os recursos naturais e herança humana pelo menos no patamar que recebeu de seus antepassados”.⁷⁹ Sobreleva transcrever o escólio de Paulo Affonso Leme Machado, que destaca a dificuldade de se aferir a equidade no acesso aos recursos:

A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras. Um posicionamento equânime não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente.⁸⁰

77 MACHADO, op. cit., p. 91.

78 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 19.

79 MARCHESAN, op. cit., p. 167.

80 MACHADO, op. cit., p. 91.

Observa-se, portanto, que o Princípio da Equidade deve nortear as relações entre as comunidades atuais, perfazendo a ética da solidariedade sincrônica, e as relações entre as gerações pretéritas, contemporâneas e futuras, satisfazendo a ética da solidariedade diacrônica.⁸¹ Vê-se, destarte, a importância da preservação dos imóveis tombados para que as populações do futuro possam conhecer e usufruir do valor cultural incorporado que se pretende transmitir.

Em relação ao *Princípio da Responsabilização*, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal prevê que as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Nessa senda, um mesmo ato, comissivo ou omissivo, causador de dano ao meio ambiente cultural pode gerar a tríplice responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal, de forma simultânea e cumulativa.⁸²

Cumpre-nos destacar que a responsabilidade civil é objetiva, conforme fixa o artigo 14, §1º da Lei nº. 6.938/1981⁸³, e a reparação deve ser integral, com reposição do *status quo ante*, e, apenas na impossibilidade de restauração, ou quando por razão técnicas esta não for recomendável, deve ser fixada uma indenização. Deve-se sempre buscar a restauração do meio ambiente lesado e, subsidiariamente, a recuperação, compensação e, em último caso, a indenização pecuniária.⁸⁴

81 MARCHESAN, op. cit., p. 155.

82 MIRANDA, op. cit., p. 35.

83 “Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

84 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 141.

Dessa forma, em eventual demanda judicial, os pedidos devem ser formulados na referida ordem, não podendo ser de forma alternativa. Assim, somente se o primeiro pedido não puder ser acolhido que o seguinte será analisado.⁸⁵ Conforme lição da professora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

Restaurar é voltar, tanto quanto possível, ao *status quo ante*, à biota existente antes da degradação (por exemplo, fazer o reapeixamento, o reflorestamento com as espécies nativas, endógenas, e não exóticas). Recuperar é diferente. Não há a obrigatoriedade de restituição o mais próximo possível à condição original. No caso da mineração, por exemplo, não vamos pretender a restauração, que é inviável, em face da extração do minério. É possível recuperar a degradação com aterro sanitário e outro plano de recuperação, como prevê a Constituição (art. 225, §2º). De modo semelhante não é admissível a restauração de um ecossistema florestal nativo através da plantação de uma floresta homogênea de eucaliptos, por exemplo. Isto é recuperação, e não restauração.⁸⁶

Por sua vez, Fernando Reverendo Vidal Akaoui assim define a compensação:

Com efeito, a compensação por equivalente nada mais é do que a transformação do valor que deveria ser depositado no fundo de reparação dos interesses difusos lesados [indenização em sede de ação civil pública] em obrigação de coisa(s) certa(s) ou incerta(s), que, efetivamente, contribua na manutenção do equilíbrio ecológico.⁸⁷

Destacamos, ainda, a possibilidade de reparação de danos morais coletivos, consoante observa Marcos Paulo de Souza Miranda, apoiado em Liliane Garcia Ferreira.⁸⁸

85 YOSHIDA, op. cit., p. 141.

86 Idem, ibidem, p. 192.

87 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.113.

88 FERREIRA, Liliane Garcia. *O dano moral à coletividade decorrente dos danos causados a bens*

[permite-se] eventual reparação por danos morais coletivos em situações como a de ruína ou desaparecimento de bens culturais, uma vez que a coletividade em casos tais é afetada quanto a seus valores imateriais, face ao sentimento coletivo de despreço, à intranquilidade, à angústia e à dor por ele gerados.⁸⁹

Não se pode olvidar que as esferas de responsabilidade civil, administrativa e penal são autônomas e independentes. Há repercussão da decisão criminal apenas quando reconhecida a autoria ou a inexistência do fato (art. 935 do Código Civil e arts. 64 e 65 do Código de Processo Penal). Havendo decisão criminal transitada em julgado, não se discute sobre a existência do fato ou se aquele que figurou como réu na ação penal é ou não autor da conduta, exceto se absolvido por falta de provas.

Impende ressaltar que, na esfera criminal, a Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) contempla fatos típicos voltados à proteção do ordenamento urbanístico e do patrimônio cultural (arts. 62 a 65), sendo permitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, conforme dispõe o artigo 225, § 3º, da Lei Maior.⁹⁰

1.5.2. Princípios específicos do Meio Ambiente Cultural

Os princípios gerais de direito ambiental são plenamente aplicáveis à proteção do aspecto cultural, integrante do conceito de meio ambiente. Todavia, conforme indicam Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau,⁹¹

ambientais culturais, assim como da privação do direito de fruição desses bens. Apud MIRANDA, op. cit., p. 36.

89 MIRANDA, op. cit., p.35-36.

90 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

91 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 19-20.

existem princípios específicos de tutela do patrimônio cultural expressos em cartas internacionais, tais como os princípios da Cooperação Internacional, da Solidariedade Interplanetária em Relação à Preservação e Transmissão do Patrimônio Comum às Futuras Gerações, da Informação e da Participação.

Além desses, veremos outros princípios de aplicabilidade específica ao meio ambiente cultural, como os da Preservação no Próprio Sítio e a Proteção ao Entorno, do Uso Compatível com a Natureza do Bem, Pró-Monumento, da Valorização Sustentável, da Proteção e Intervenção Obrigatória do Poder Público, da Fruição Coletiva e da Vinculação dos Bens Culturais.

O *Princípio da Cooperação Internacional* está previsto no art. 6.1 da Convenção da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972, promulgada pelo Decreto nº. 80.978/1977, que transcrevemos:

ARTIGO 6:

1. Respeitando plenamente a soberania dos Estados em cujo território esteja situado o patrimônio cultural e natural mencionado nos Artigos 1 e 2, e sem prejuízo dos direitos reais previstos pela legislação nacional sobre tal patrimônio, os Estados Partes na presente Convenção reconhecem que esse constitui um patrimônio universal em cuja proteção a comunidade internacional inteira tem o dever de cooperar.

Reconheceu-se, assim, a existência de um patrimônio universal a ser protegido pela comunidade internacional, devendo os Estados Partes cooperarem nessa missão. Ainda, o art. 7º da aludida Convenção fixou que a proteção internacional do patrimônio mundial, cultural e natural ocorrerá por meio de um sistema de cooperação e assistência internacional destinado a secundar os Estados Partes nos esforços necessários à identificação e preservação do referido patrimônio. Por sua vez, o art. 4º da Convenção reconhece que os Estados têm a obrigação de identificar, proteger, con-

servar, valorizar e transmitir às futuras gerações o patrimônio cultural e natural inserto em seus respectivos territórios, podendo receber assistência e cooperação internacional, em especial, nos planos financeiro, artístico, científico e técnico.

Ainda, a Convenção de Haia de 1964 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, promulgada pelo Decreto nº. 44.851/1958, fixa em seu artigo III que os Estados obrigam-se a preparar em tempo de paz a salvaguarda dos bens culturais situados em seu próprio território contra as consequências previsíveis de conflitos armados, devendo adotar as medidas que julgarem apropriadas.

Demais disso, a Convenção de Paris de 2003 para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, promulgada pelo Decreto nº. 5.753/2006, estabelece em seu art. 19 que a cooperação internacional compreende o intercâmbio de informações e experiências, iniciativas comuns e a criação de mecanismo para apoiar os Estados Partes na salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Ainda, os Estados se comprometem a cooperar no plano bilateral, sub-regional, regional e internacional para a proteção do patrimônio cultural imaterial.

O Princípio da solidariedade planetária em relação à preservação e à transmissão às gerações futuras do patrimônio cultural comum reconhece que a natureza e a cultura são complementares, bem como que a identidade cultural está ligada ao meio ambiente natural no qual se desenvolve. Essa noção fora introduzida pela Convenção de Paris de 1972, conforme a seguinte lição de Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau:

O preâmbulo da Convenção alerta para o fato de que o patrimônio cultural e o patrimônio natural estão cada vez mais ameaçados de destruição, não só pelas causas tradicionais de degradação, mas, principalmente, pela evolução da vida social e econômica, que agrava essas causas por meio de fenômenos que intensificam a alteração ou a destruição. A proteção dos elementos que conformam tanto o patrimônio cultural quanto o natural é, por isso, urgente, pois não há vida digna sem identidade e memória. Identidade cultural diz

respeito à vinculação da pessoa ou do grupo social às suas raízes, aos seus antepassados, enquanto a memória constitui o que foi vivido e guardado, como garantia de existência (Reisewitz, 2004). A proteção do patrimônio cultural proporciona justamente a manutenção, construção ou reconstrução da identidade, conferindo ao indivíduo ou ao grupo sentimento de segurança, raiz (Coelho, 1997).⁹²

Nesse passo, no preâmbulo da Convenção de Paris de 1972 tem-se a previsão de que:

[...] diante da amplitude e da gravidade dos novos perigos que os ameaçam, cabe à coletividade internacional participar da proteção do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional, prestando assistência coletiva que, sem substituir a ação do Estado interessado, irá completá-la eficazmente.

Demais disso, o artigo 4 da Convenção estabelece a competência dos Estados Partes de identificar, proteger, valorizar e *transmitir* às futuras gerações o patrimônio cultural e natural situado em seu respectivo território. Revela-se, portanto, a importância de toda a Humanidade atuar de forma solidária para identificar, proteger e transmitir o patrimônio cultural comum às gerações futuras, como forma de manter a identidade e a memória das comunidades, necessárias à dignidade da pessoa humana.

Os *Princípios da Participação e da Informação* estão previstos na Constituição Federal que determina ao Poder Público e à comunidade que promovam e protejam o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º) e são princípios regentes do Sistema Nacional de Cultura – SNC (art. 216-A, §1º, da CF).⁹³ O Texto Maior determina que o Sistema Nacional de Cultura seja organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, instituindo um processo de gestão e promoção conjunta de

92 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 21.

93 “§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;

IX - transparência e compartilhamento das informações;

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social.”

políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade (art. 216-A, *caput*).

Dessa forma, a comunidade deve colaborar com a Administração Pública na tutela do patrimônio cultural. Entretanto, para fomentar a participação popular, necessariamente devem ser empreendidos esforços para informar e educar a população. Há de se destacar que participação, informação e educação caminham juntas, se complementam e são majoradas proporcionalmente. Nesse passo, quanto mais informação, mais elevada será a educação e, por conseguinte, a participação. Como é cediço, hodiernamente diversas pessoas se habituaram a, por exemplo, separar os resíduos para coleta seletiva, porém, várias dessas há alguns anos não o faziam, sendo certo que o novo hábito iniciou-se a partir da adoção de políticas públicas e/ou de iniciativas da comunidade consubstanciadas em levar informação adequada sobre reciclagem à população, de modo a fomentar a educação ambiental e, por fim, acarretar o aumento da participação das pessoas nos programas de coleta seletiva. Vê-se, portanto, a importância do triângulo informação-educação-participação para a tutela do patrimônio natural e cultural, pois se afigura difícil, por exemplo, a participação da sociedade na conservação de um edifício tombado, que não conhece a relevância histórico-cultural daquele bem protegido.

Desta feita, na Convenção de 1972, os Estados convencionaram que “esforçar-se-ão por todos os meios apropriados, especialmente por intermédio dos programas de educação e de informação, em intensificar o respeito e o apreço de seu povo pelo patrimônio cultural e natural” (art. 27, 1). Ainda, comprometeram-se a informar de modo amplo ao público as ameaças que pesam sobre o patrimônio cultural e natural (art. 27, 2). Assim, a informação deve, além de ajudar na formação da opinião pública, sensibilizar a população para participar da preservação e da valorização do patrimônio cultural.⁹⁴

94 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 21.

O *Princípio de Preservação no Próprio Sítio* fixa que os monumentos devem ser preservados em seu próprio local, sendo assim, o deslocamento do bem ou de parte dele deve ser excepcional, quando houver justificativa baseada na salvaguarda do monumento ou razões de grande interesse nacional ou internacional. Nesse sentido, preveem os artigos 7º e 8º da Carta de Veneza, instituída no II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos de 1964,⁹⁵ *in verbis*:

Artigo 7º - O monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que se situa. Por isso, o deslocamento de todo o monumento ou de parte dele não pode ser tolerado, exceto quando a salvaguarda do monumento o exigir ou quando o justificarem razões de grande interesse nacional ou internacional.

Artigo 8º - Os elementos de escultura, pintura ou decoração que são parte integrante do monumento não lhes podem ser retirados a não ser que essa medida seja a única capaz de assegurar sua conservação.

Ainda, conforme o *Princípio da Proteção ao Entorno*, a área envolvente do bem merece guarida, por contribuir na proteção dos monumentos, sítios e demais áreas do patrimônio cultural, e, segundo a Declaração de Xi'an Sobre a Conservação do Entorno Edificado, Sítios e Áreas do Patrimônio Cultural,⁹⁶ de 21/10/2005 do *International Council on Monuments and Sites* – ICOMOS (Conselho Internacional de Monumentos e Sítios), o entorno pode ser definido como:

1. O entorno de uma edificação, um sítio ou uma área de patrimônio cultural se define como o meio característico, seja de natureza reduzida ou extensa, que forma parte de – ou contribui para – seu significado e caráter peculiar.

95 Disponível em: http://www.icomos.org.br/cartas/Carta_de_Veneza_1964.pdf. Acesso em: 10/07/2012.

96 Disponível em: http://www.icomos.org.br/cartas/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Xi%27an_2005.pdf. Acesso em: 10/07/2012.

Mas, além dos aspectos físicos e visuais, o entorno supõe uma interação com o ambiente natural; práticas sociais ou espirituais passadas ou presentes, costumes, conhecimentos tradicionais, usos ou atividades, e outros aspectos do patrimônio cultural intangível que criaram e formaram o espaço, assim como o contexto atual e dinâmico de natureza cultural, social e econômica.

Na conferência geral da UNESCO, ocorrida em Nairóbi, Quênia, no ano de 1976, adotou-se recomendação sobre a salvaguarda dos conjuntos históricos e tradicionais e o seu papel na vida contemporânea, prevendo os artigos 2º e 3º:

Art.2º. Os conjuntos históricos ou tradicionais e seu entorno devem ser considerados como um patrimônio universal insubstituível. Sua salvaguarda e sua integração na vida coletiva de nossa época devem ser um dever para os governos e os cidadãos dos Estados em cujos territórios estão situados. Devem ser por elas responsáveis, no interesse de todos os cidadãos e da comunidade internacional, as autoridades nacionais, regionais ou locais, segundo as condições próprias a cada Estado-Membro no que concerne à distribuição dos poderes.

Art.3º. Cada conjunto histórico ou tradicional e seu entorno devem ser considerados na sua globalidade como um todo coerente cujo o equilíbrio e caráter específico dependem da síntese dos elementos que o compõem e que compreendem as atividades humanas e os prédios, a estrutura espacial e as zonas de entorno. Assim, todos os elementos valiosos, neles compreendidas as atividades humanas mesmo as mais modestas, têm, em relação ao conjunto, uma significação que lhe importa respeitar.

A Lei federal nº. 6.513/1977⁹⁷ conceitua duas espécies de entorno, o de proteção e o de ambientação, sendo o primeiro o “espaço físico necessário ao acesso do público ao Local de Interesse Turístico e à sua conservação, manutenção e valorização” e o segundo “o espaço físico necessário à harmonização do local de Interesse Turístico com a paisagem em que se situar” (art. 4º, §§1º e 2º).

97 Que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural.

O Decreto-lei nº. 25/1937 resguarda o entorno dos bens tombados fixando a necessidade de autorização do órgão de defesa do patrimônio cultural para construir na área envoltória, buscando-se evitar a redução ou impedimento da visibilidade do bem protegido (art. 18).

No Estado de São Paulo, o Decreto nº. 13.426/1979, alterado pelo Decreto nº. 48.137/2003, em seu artigo 137, fixa que a Resolução de Tombamento deve estabelecer uma área envoltória ao bem, edificação ou sítio tombado, sujeita a restrições de uso e ocupação, de modo a preservar a qualidade ambiental do bem protegido. Vislumbra-se na norma paulista a evolução do conceito de patrimônio cultural, que, como visto alhures, restringia-se à excepcionalidade ou exuberância do bem, por isso a ideia de garantir a sua visualização, e agora ampliado para a efetiva proteção do patrimônio cultural em toda sua extensão.

Por sua vez, o *Princípio do Uso Compatível com a Natureza do Bem* impõe que este deve ser utilizado, diminuindo-se a probabilidade de sua deterioração, e que esse uso seja compatível com as características essenciais da coisa.⁹⁸ Desta feita, o uso correto do bem o conserva, além de conferir uma função útil à sociedade. Quer-se impedir a deterioração provocada pelo abandono, que constitui crime e permite a aplicação de sanções administrativas.⁹⁹ Demais disso, pretende-se afastar o mau uso do bem tutelado, assim relatam Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau¹⁰⁰ a realização de uma festa *rave* na fortaleza de Santa Cruz, em Santa Catarina, cancelada somente após recomendação emitida pelo Ministério Público Federal ao IPHAN, e um festival de inverno no Museu do Trem de São João Del Rei, em Minas Gerais, em que, durante uma apresentação, um carro fúnebre, uma locomotiva e dois vagões históricos foram depredados.

98 MARCHESAN, op. cit., p. 178.

99 Idem, ibidem, p. 178-184.

100 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 23.

O *Princípio Pró-monumento* está previsto no artigo 12 da Convenção de Paris de 1972, que transcrevemos:

Art.12º. O fato de um bem do patrimônio cultural e natural não ter sido inscrito em qualquer das duas listas referidas nos parágrafos 2 e 4 do art.11º não poderá de qualquer modo significar que tal bem não tenha um valor excepcional para fins diferentes dos resultantes da inscrição nas referidas listas.

Ainda, a Constituição Federal não exige o tombamento ou registro dos bens integrantes do patrimônio cultural para adoção de ações de preservação. Desse modo, aqueles institutos têm natureza declaratória quanto ao reconhecimento do valor cultural impregnado no bem.¹⁰¹ Assim, ainda que um bem careça da titulação ou reconhecimento conferido pelo Poder Público como um “bem cultural”, não se pode impedir que ele seja protegido.

O *Princípio da Valorização Sustentável* é um desdobramento do princípio do desenvolvimento sustentável¹⁰² e lastreia o Sistema Nacional de Cultura (art. 216-A, da CF)¹⁰³. Ana Maria Moreira Marchesan conceitua-o como:

A gestão prudente, que contempla um marco temporal de longo prazo, não perdendo de vista a essencialidade do bem ou dos bens culturais (a função

101 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p.24.

102 Conforme aduz Paulo Affonso Leme Machado: “o princípio do desenvolvimento sustentável é uma combinação de diversos elementos ou princípios: a integração da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico (princípio da integração); a necessidade de preservar os recursos naturais para o benefício das gerações futuras (equidade intergeracional); o objetivo de explorar os recursos naturais de forma sustentável (uso sustentável) e, por último, o uso equitativo dos recursos (equidade intrageracional)”. In: *Direito ambiental brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

103 “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.”

de testemunho para as presentes e futuras gerações) nem os moradores de sua área envoltória.¹⁰⁴

Destarte, existe uma preocupação preservacionista da utilização dos recursos naturais e culturais sob a perspectiva de um desenvolvimento humano, social e econômico durável, com critérios de qualidade, buscando a melhoria da qualidade de vida. A valorização cultural sustentável necessita da implementação de meios que favoreçam a investigação, a conservação, a produção, a difusão e o impacto social do patrimônio cultural¹⁰⁵, porque esta sustentabilidade “é a garantia de fruição das obras do passado pelas gerações vindouras”¹⁰⁶.

Desse modo, a fruição de imóveis tombados, tal como no turismo cultural, não pode objetivar unicamente a maximização do lucro em detrimento do valor preservado. Nesse exemplo, a sustentabilidade deve observar, simultaneamente, as dimensões econômica, preservacionista, social, ética e política. A econômica busca integrar o patrimônio cultural nos processos de produção de bens ou da prestação de serviços, como a visita guiada a um museu tombado; a social visa a melhorar a qualidade de vida das pessoas envolvidas; a preservacionista busca valores e lugares mediante a conservação e promoção dos recursos do patrimônio cultural; a ética objetiva ampliar o acesso da população aos seus bens culturais; e a política pretende assegurar a participação dos entes locais, regionais ou nacionais.¹⁰⁷

De acordo com o *Princípio da Proteção*, o Poder Público, com colaboração da sociedade, tem o dever imposto pela Lei Maior de proteger o patrimônio cultural (art. 216 §1º, e 23, incisos III e IV). Assim, na lição de Marcos Paulo de Souza Miranda:

104 MARCHESAN, op. cit., p. 190.

105 Idem, ibidem, p.188.

106 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Os princípios específicos da tutela do meio ambiente cultural*. In: CUREAU, Sandra; KISHI, Sandra Akemi Shimada; SOARES, Ivês Virgínia Prado; LAGE, Cláudia Márcia Freire (coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 115.

107 MARCHESAN, op. cit., p. 115.

A ação protetiva em prol do patrimônio cultural não se trata de mera opção ou faculdade discricionária do Poder Público, mas sim de imposição cogente, que obriga juridicamente todos os entes federativos.¹⁰⁸

Ainda, tem-se o *Princípio da Intervenção Obrigatória do Poder Público*, fundamentado no dever de proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural¹⁰⁹, que impõe a imediata intervenção estatal para assegurar a integridade de bens culturais, sob pena de responsabilização¹¹⁰.

Há de se destacar que “Poder Público” abarca os entes que compõem a Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Cumpre ao Executivo atuar de forma eficiente no cumprimento das normas legais, ao Legislativo fiscalizar e legislar em prol da tutela do meio ambiente cultural e ao Judiciário garantir, quando provocado, a esmerada aplicação das normas jurídicas. Demais disso, conforme disposição constitucional (arts. 216 e 216-A, da CF) e em decorrência do Princípio da Participação, a comunidade deve colaborar com o Poder Público na identificação, defesa, preservação e transmissão do patrimônio cultural às presentes e, mormente, às futuras gerações.

O *Princípio da Fruição Coletiva* resta insculpido no art. 215 e no art. 216-A, §1º, inciso II, da Constituição da República que determina ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Sendo os bens culturais considerados fonte de cultura, a Carta Magna assegura a toda coletividade o acesso aos aludidos bens, cujo tratamento jurídico se torna diverso dos bens que não são classificados como culturais.¹¹¹

108 MIRANDA, op. cit., p. 24.

109 Marcos Paulo de Souza Miranda considera o princípio da intervenção obrigatória como subprincípio decorrente do princípio da proteção. Op. cit., p. 24.

110 MIRANDA, op.cit., p. 24.

111 Idem, ibidem, p. 30.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, da Organização das Nações Unidas – ONU prevê que toda pessoa tem direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, podendo fruir as artes, participar e se beneficiar dos progressos científicos (art. XXVII). Ademais, a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 prevê que os Estados-membros deverão assegurar à população, empregando todos os meios necessários, o gozo dos bens culturais (art.48).

Cumprir observar que a fruição coletiva ou o gozo público dos bens culturais podem ser concretizados pelo exercício do direito à informação e do direito de visita, a serem assegurados pelo Estado.¹¹² Marcos Paulo de Souza Miranda anota que o direito de visita a bem particular de reconhecido valor cultural ainda carece de regulamentação no ordenamento pátrio, mas indica existir, consoante lição de Maria Del Rosário Alonso Ibanez¹¹³, regramento no ordenamento jurídico espanhol que determina que os bens privados de interesse cultural possam ser estudados por pesquisadores, além de estabelecer prazo mínimo de visita pública.¹¹⁴

Em razão do *Princípio da Vinculação dos Bens Culturais*, os bens culturais brasileiros devem ser mantidos em território nacional, sendo permitida, excepcionalmente, a saída temporária para fins de intercâmbio científico ou cultural. A Constituição Federal estabelece, por meio de competência administrativa comum entre os entes da Federação, a obrigação de impedir a evasão dos bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23, IV). Conforme o escólio de Marcos Paulo de Souza Miranda:

Quis o legislador constituinte que o Poder Público adotasse as medidas cabíveis para assegurar a manutenção de tais bens em suas origens, tendo em vista o seu elevado significado para a memória e identidade de nosso povo.¹¹⁵

112 MIRANDA, op. cit., p. 31.

113 IBANEZ, Maria Del Rosário Alonso. Direito do patrimônio cultural em Espanha: situação actual e perspectivas. In: MIRANDA, Jorge *et al* (coord.). *Direito do patrimônio cultural*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996, *apud* MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Op. cit., p. 32.

114 MIRANDA, op. cit., p. 31-32.

115 Idem, *ibidem*, p. 41.

Ainda, existe previsão infraconstitucional que proíbe a saída definitiva do país de bens tombados, obras de arte e ofícios produzidos antes do fim da monarquia, livros antigos, acervos documentais e de objetos de interesse arqueológico, pré-histórico, histórico, numismático ou artísticos (Decreto-lei nº. 25/1937, Lei nº. 3.924/1961¹¹⁶, Lei nº. 4.845/1965¹¹⁷ e Lei nº. 5.471/1968¹¹⁸).

Importa destacar que, em razão do elevado tráfico internacional de bens culturais, a comunidade internacional celebrou a Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou exportados ilicitamente, em Roma no ano de 1995. A referida convenção, promulgada pelo Decreto nº. 3.166/1999, estabelece diversas normas que objetivam a restituição dos bens culturais traficados de modo a favorecer a preservação e a proteção do patrimônio cultural dos Estados-membros.

1.6. Proteção do Patrimônio Cultural na Constituição Federal

1.6.1. O dever de preservar os bens tombados públicos e particulares

Uma vez reconhecido ou declarado o valor cultural *lato sensu* do bem, há de se reconhecer o nascimento de um novo direito da coletividade, que se sobrepõe ao direito individual preexistente, impondo deveres ao proprietário do bem de preservar o valor cultural reconhecido para as presentes e futuras gerações, nessa senda, elucida o professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Todos os bens, materialmente considerados, sejam ambientais ou não, são públicos ou privados. Os ambientais, porém, independentemente de serem

116 Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.

117 Proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico.

118 Dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros.

públicos ou privados, revestem-se de um interesse que os faz ter um caráter público diferente. A diferença está em que, seja a propriedade pública ou particular, os direitos sobre estes bens são exercidos com limitações e restrições, tendo em vista o interesse público, coletivo, nela existente. O interesse público é, neste caso, o reconhecimento coletivo de que o bem cultural deve ser preservado.¹¹⁹

Os bens ao serem tombados passam a ser regidos por um regime jurídico diferenciado, tendo em vista que se reconhece um valor imaterial de caráter cultural imanente, cuja titularidade é da coletividade, embora não retire a natureza privada ou pública do bem, apesar de impor restrições ao proprietário. Assim, preconiza o professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

O bem como que se divide em um lado material, físico, que pode ser aproveitado pelo exercício de um direito individual, e outro, imaterial, que é apropriado por toda a coletividade, de forma difusa, que passa a ter direitos ou mínimo interesse sobre ela. Como estas partes ou lados são inseparáveis, os direitos ou interesses coletivos sobre uma delas necessariamente se comunicam à outra.¹²⁰

Devemos observar que os atuais proprietários são fieis depositários do valor cultural consubstanciado no bem tombado, cujas restrições impostas ao direito de propriedade têm por principal propósito evitar que as futuras gerações sejam tolhidas do seu direito de desfrutar da benesse ou da memória inscrita no bem material. É premente impedir que a sociedade futura tenha que se contentar com registros históricos das criações efetivadas pelo homem ou pela natureza, perdidas em razão da voracidade do desenvolvimento ou pelo abandono dos antepassados. Ademais, a atual sociedade, com capacidade de se autodestruir – considerada uma sociedade de risco¹²¹ –, em elevada aceleração e com gula por lucros extremos – e

119 SOUZA FILHO, op. cit., p. 22.

120 Idem, ibidem, p. 23.

121 Veja-se BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2010, *passim*.

socialização dos riscos (e prejuízos) – tende a causar danos irreversíveis a todos os aspectos do meio ambiente, incluindo o cultural. Lembremos que a máxima ética atual, na lição de Hans Jonas¹²², estabelece a necessidade de a geração atual pactuar com as futuras, de modo que se obedeça a um princípio moral supremo de atuar de forma que os efeitos de suas ações sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana genuína.

Todavia, vemos hodiernamente diversos bens, especialmente os imóveis, fadados à extinção, pois carecem do necessário cuidado, diante da imprudência e abandono dos atuais e anteriores responsáveis, destoando do dever de conservação moral e jurídico. Prevê o ordenamento jurídico pátrio que o tombamento, definitivo ou provisório, impõe ao proprietário o dever de preservar e restaurar o bem, conforme prevê o artigo 19 do Decreto-lei nº. 25/1937,¹²³ devendo comunicar aos órgãos públicos competentes a necessidade de obras de restauração e conservação caso não tenha recursos para fazê-lo, sob pena de multa.

Ainda, o Decreto-lei nº. 25/1937¹²⁴ faculta à Administração que desaproprie o bem tombado ou que realize as obras necessárias à preservação do patrimônio cultural, mas não estipula uma contrapartida do proprietário da coisa.¹²⁵ Caso a Administração pretenda determinar um uso de interesse

122 JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, *passim*.

123 “Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.”

124 Art. 19, § 1º “Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.”

125 A falta de contrapartida do proprietário pode se tornar um empecilho à efetiva preservação do bem cultural, porque pode gerar falta de interesse nos governantes em restaurar imóveis tombados de propriedade de particular, pois, apesar de sustentarem natureza de bem difuso, o proprietário pode conferir qualquer utilização de proveito pessoal, desde que respeite as limitações impostas pelo tombamento e o uso se coadune com a função social da propriedade.

público, deverá desapropriar o bem tombado, visto que impor uma finalidade ao imóvel, v.g., obrigar a instalação de um museu, ofenderia o livre exercício do direito de propriedade.¹²⁶

Todavia, a desapropriação – que não resolve a questão da falta de recursos públicos para a restauração e manutenção do bem – demanda a utilização de elevadas verbas públicas, podendo, ainda, acarretar em indesejáveis demandas judiciais se o expropriado discordar do montante ofertado. No entanto, pode-se sustentar que a indenização deve corresponder ao valor venal do imóvel no estado de conservação em que se encontra, assim, haveria desvalorização proporcional à deterioração do bem.

O descumprimento do dever de preservação possibilita a imposição de sanções administrativas ao infrator. E mais, os recursos provenientes de eventual multa pecuniária devem ser revertidos a fundos destinados à proteção do meio ambiente.¹²⁷

1.6.2. Institutos de tutela do patrimônio cultural elencados no artigo 216 da Constituição Federal

A Constituição Federal em seu art. 216, §1º, elenca, exemplificativamente, os inventários, registros, vigilância, desapropriação e o tomba-

126 A respeito da vedação ao *tombamento de uso* já decidiu o STF: “EMENTA: Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação à atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição.” (RE 219292/MG, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, 1ª Turma, j. 07/12/1999). Veja-se para uma análise detida sobre o tema ARAÚJO, Marinella Machado. *Tombamento de uso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Fernandes, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 183-193.

127 Prevê o artigo 73 da Lei federal nº. 9.605/1998: “Art. 73. Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 8 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.”

mento como instrumentos de acautelamento e preservação do patrimônio cultural à disposição do Poder Público.

O *inventário* objetiva a identificação de bens culturais por meio de um exaustivo levantamento sistemático, que deve ser constantemente atualizado, adotando-se critérios técnicos de natureza histórica, arquitetônica, artística, sociológica, antropológica etc., capazes de fornecer subsídios às ações protetivas do patrimônio cultural.¹²⁸ Conforme assenta Sandra Cureau, em França a política de inventário advém do século XIX, existindo aproximadamente 40.000 monumentos no Inventário Complementar dos Monumentos Históricos.¹²⁹

O sobredito instrumento ainda carece de legislação nacional específica. Sendo assim, em razão da competência legislativa concorrente, os Estados e o Distrito Federal podem exercer plenamente a atividade legiferante, no entanto, quando a União estabelecer normas gerais sobre a matéria as disposições estaduais eventualmente conflitantes terão sua eficácia suspensa (art. 24, § 4º, da CF).

Em Portugal, a Lei 107/2001 utiliza a nomenclatura “inventariação”, entendida como “o levantamento sistemático, actualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação” (art. 19, 1).

Apesar da ausência de lei regulamentadora brasileira nada impede que o Poder Público busque inventariar, estudar ou catalogar bens culturais de natureza material ou imaterial. Há importante doutrina que defende existir consequências jurídicas decorrentes do inventário. Carlos Frederico Marés de Souza Filho anota que o inventário reconhece a relevância e a preocupação sobre o bem, podendo servir de prova em ações judiciais, pois seria possível comprovar que determinado bem é portador de refe-

128 MIRANDA, op. cit., p. 103.

129 CUREAU, Sandra. *O patrimônio cultural brasileiro e seus instrumentos de proteção*. In: MARQUES; MEDAUAR; SILVA, op. cit., p. 172.

rência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.¹³⁰ Por seu turno, Marcos Paulo de Souza Miranda sustenta que, uma vez inventariados, os bens não podem ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados sem autorização do órgão inventariante, ainda, aduz que o bem inventariado se submete ao regime jurídico específico dos bens culturais especialmente protegidos e que podem figurar como objeto material dos delitos definidos nos arts. 62 e 63 da Lei federal nº. 9.605/1998.¹³¹

O *registro* é o principal instrumento de proteção dos bens culturais de natureza imaterial, que compreendem as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, constituintes do patrimônio cultural brasileiro, incluindo os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados.¹³² Por meio do registro, objetiva-se identificar e agregar conhecimento em relação a um bem cultural imaterial permitindo a continuidade e a transmissão dos bens registrados às presentes e futuras gerações. O Decreto federal nº. 3.551/2000 prevê quatro livros de registro, quais sejam: I) Livro de Registro dos Saberes, para inscrição dos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II) Livro de Registro das Celebrações, para inscrever as festas e os rituais 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, para inscrever as manifestações literárias, cênicas, lúdicas, plásticas e musicais; IV) Livro de Registro dos Lugares, para inscrever feiras, santuários, praças, mercados e outros locais em que se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. No Estado de São Paulo, o registro de bens imateriais rege-se pelo Decreto estadual nº. 57.439, de 17 de outubro de 2011.

130 SOUZA FILHO, op. cit., p. 104.

131 MIRANDA, op. cit., p. 103-104.

132 CUREAU, op. cit., p.171-172.

A *vigilância* consiste na possibilidade de a Administração Pública inspecionar os bens tombados ou objetos de estudo de tombamento, podendo, inclusive, ingressar, sob condições, nas dependências dos imóveis. Ademais, a vigilância abrange o exercício do poder de polícia pelo Poder Público.¹³³ Este instrumento permite que a Administração fiscalize se os responsáveis pela conservação dos imóveis tombados estão cumprindo suas obrigações, configurando ferramenta importantíssima para conferir efetividade aos meios coercitivos disponibilizados pelo ordenamento.

Outro instrumento de proteção ao patrimônio cultural, previsto no art. 216 da Lei Fundamental, é a *desapropriação*, conceituada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como:

O procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.¹³⁴

A desapropriação deve ocorrer de forma excepcional, quando for realmente indispensável, ou seja, se absolutamente inviáveis ou insuficientes as outras formas legais de acautelamento e preservação.¹³⁵ Isso porque a desapropriação é a mais grave forma de intervenção estatal na propriedade – excepcionando o confisco (art. 243, da CF) –, privando o particular de um direito fundamental mediante procedimento estabelecido em lei, com pagamento de prévia, em regra, e justa indenização.

Na tutela do patrimônio cultural, a desapropriação pode objetivar a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, a adoção de medidas voltadas a manutenção e realce dos aspectos mais valiosos ou característicos, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza ou a preservação e conservação de documentos, ar-

133 SOUZA FILHO, op. cit., p.106.

134 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 166.

135 MIRANDA, op. cit., p.159.

quívos, imóveis e móveis de valor histórico ou artístico (Decreto-lei nº. 3.365/1941). Sandra Cureau classifica essas hipóteses de desapropriação como tombamento indireto, pois, após a transferência do bem para a Administração Pública, a coisa desapropriada será obrigatoriamente tombada.¹³⁶

Ainda, a Lei nº. 3.924/1961, que dispõe sobre a preservação do patrimônio arqueológico, prevê a possibilidade de se efetuar a desapropriação por utilidade pública (art. 15) e o Decreto-lei nº. 25/1937 fixa que o Poder Público poderá desapropriar o bem tombado quando o proprietário não dispuser de recursos para realizar as obras de conservação (art. 19, §1º).

A desapropriação insere-se num contexto de Política Pública que pressupõe que a Administração tem melhores condições de preservar o patrimônio cultural que o particular, nessa senda, a legislação ordinária também permite a aquisição ou a restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, com dispensa de licitação (art. 24, inciso XV, da Lei federal nº. 8.666/1993).

2. Tombamento

2.1. Conceito e natureza jurídica

O tombamento revela-se um importantíssimo instrumento jurídico de proteção do patrimônio cultural, impondo deveres e restrições aos proprietários em prol da preservação do bem difuso intergeracional. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país 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” (art.

¹³⁶ CUREAU, op. cit., p. 173.

1º do Decreto-lei nº 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional).¹³⁷

Ainda, a doutrinadora¹³⁸ assenta que o tombamento é um procedimento administrativo, por não se concretizar em um único ato, sendo uma sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato administrativo derradeiro, consistente na inscrição no Livro do Tombo. Demais disso, assevera que o tombamento é ato discricionário,¹³⁹ afastando-se da posição que sustenta ser vinculado,¹⁴⁰ que obrigaria a Administração a tomar os bens com parecer técnico reconhecendo a existência de valor cultural. Assim, argumenta:

Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o tombamento, este deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a discricionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público.¹⁴¹

Nesse caso, a decisão pelo tombamento passaria por um juízo de ponderação – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – entre o princípio fundamental de preservação do patrimônio cultural e outro igualmente importante conforme o caso concreto, de modo a se verificar qual prevaleceria ao irradiar seus efeitos mais intensamente. Tem-se como exemplo alguns armazéns no Porto de Santos que não foram tomba-

137 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 145-146.

138 Idem, *ibidem*, p. 146.

139 Idem, *ibidem*, p. 153-154.

140 Hely Lopes Meirelles aduz que o tombamento realiza-se por meio de um procedimento administrativo vinculado. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 577.

141 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 154.

dos definitivamente pelo CONDEPHAAT¹⁴², por se considerar a existência de similares já protegidos – sendo desnecessária a proteção – e a futura utilização que se pretende conferir ao local, que dará lugar a prédios de administração de atividades petrolíferas na região do pré-sal – preponderando o relevante interesse econômico em detrimento de antigos armazéns que marcaram determinado período histórico e estilo arquitetônico. Portanto, existindo diversos bens imóveis com valor cultural incorporado, poderia a Administração tomar apenas um ou alguns deles, em conjunto ou individualmente, desde que suficientes para preservar o patrimônio cultural, merecendo o ato decisório, obviamente, ampla motivação.

A lição de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Eurico Azevedo, Délcio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, destaca que o tombamento é ato administrativo da autoridade competente e não mera função abstrata prevista no Decreto-lei nº. 25/1937.¹⁴³ Ainda, o tombamento é definido como:

A declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio.¹⁴⁴

Já Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o tombamento tem natureza jurídica de servidão, sendo indenizável quando houver prejuízo, e entende que:

Consiste em uma intervenção administrativa na propriedade, destinada a proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, pelo qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação.¹⁴⁵

142 Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo.

143 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 577.

144 Idem, *ibidem*.

145 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 893.

Ademais, o professor entende que tanto o tombamento quanto a reserva florestal em áreas particulares são hipóteses de servidão, por decorrer de ato da Administração específico que impõe um gravame, atingindo o próprio direito.¹⁴⁶ Da mesma maneira, o professor Diógenes Gasparini aduz ser o tombamento uma forma de servidão administrativa com nomenclatura própria e o define como “a submissão de certo bem, público ou particular, a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição em razão de seu valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, científico ou cultural”.¹⁴⁷ Adere, também, a esse posicionamento a professora Maria Helena Diniz, que assim conceitua o tombamento:

O tombamento é um instrumento, ou seja, um ato administrativo para proteger bens móveis ou imóveis dotados de valor histórico-cultural, sem que haja transferência de domínio, sendo que o Poder Público indenizará, constituindo uma *servidão administrativa* (RF, 213:1966), o proprietário que vier a sofrer prejuízo econômico devido a diminuição da possibilidade de utilização daqueles bens (CF/88, arts. 23, III, 24, VII, 216, V, §§1º, 4º e 5º), embora se possa dizer até que configuraria uma vantagem ao proprietário, porque, se ele não tiver meios econômicos para conservar os bens, comunicará o fato ao órgão administrativo competente, que, então, providenciará a execução de obras ou, se for o caso, determinará a desapropriação do bem (RDA, 120:459).¹⁴⁸

Entretanto, perfilhamos ao entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁹, que classifica o tombamento como uma espécie própria de intervenção do Estado na propriedade, divergindo das posições no sentido da natureza de servidão e de limitação administrativa.¹⁵⁰

146 Idem, ibidem, p. 895.

147 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 451.

148 DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

149 DI PIETRO, op. cit., p. 153-154.

150 Celso Antonio Bandeira de Mello critica o posicionamento de que o tombamento é uma limitação administrativa de Renato Alessi. In: *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3. ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 477, 482 e ss., 534 e ss. e 556 e Garrido Falla. In: *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, p. 260, *apud* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ob. Cit., p. 895.

Nesse passo, o tombamento não se enquadra no conceito de limitações administrativas, definidas como medidas de caráter geral, fundadas no poder de polícia, previstas em lei, que podem gerar obrigações positivas ou negativas aos proprietários, objetivando condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social.¹⁵¹ Destarte, o tombamento não se subsume ao “caráter geral” das limitações administrativas, não decorrendo de normas gerais e abstratas, e incide sobre determinados bens, conforme especificado no ato de tombamento.¹⁵²

Por sua vez, afasta-se a natureza de servidão, pois nestas há constituição de direito real de uso e gozo, em favor da coletividade ou da Administração Pública, paralelamente ao direito do proprietário, despido, assim, da exclusividade dos poderes imanescentes àquele direito real.¹⁵³ Ademais, as servidões administrativas são impostas em proveito de determinado bem destinado à utilidade pública, com relação de coisa dominante e serviente, inexistente no instituto do tombamento.

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho preceitua que: “O tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro”.¹⁵⁴ Ainda, corrobora o entendimento de que o tombamento é “instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada”,¹⁵⁵ vez que o tombamento não constitui um direito real, tão como a servidão administrativa e inexistem as figuras do dominante e serviente,¹⁵⁶ bem como afasta a na-

151 DI PIETRO, op. cit., p. 140.

152 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 872.

153 DI PIETRO, op. cit., p. 139.

154 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 867.

155 Idem, ibidem, p. 872.

156 Idem, ibidem, p. 871.

tureza de limitação administrativa, em razão da falta do caráter geral, tendo o tombamento “caráter específico”.¹⁵⁷

O professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho assim o define:

O tombamento é o ato administrativo da autoridade competente que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados¹⁵⁸.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁵⁹ denomina o instrumento de *tombamento ambiental*, pois tem a finalidade de tutelar o bem cultural de natureza difusa, sendo um meio para a preservação e proteção do patrimônio cultural, de modo a permitir a todos o acesso à cultura, “configurando instrumento de tutela do meio ambiente”.¹⁶⁰

Por sua vez, o professor Paulo Affonso Leme Machado conceitua o tombamento como:

O tombamento é uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações.¹⁶¹

Destarte, com suporte nas colacionadas definições, conceituamos o tombamento como instrumento especial de intervenção do Estado na propriedade, que pode recair sobre bens públicos ou particulares, protegendo e conservando o patrimônio cultural *lato sensu*, mediante um regime es-

157 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 872.

158 SOUZA FILHO, op. cit., p. 83.

159 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 412.

160 Idem, *ibidem*.

161 LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.1080-1081.

pecial de uso, gozo, disposição e destruição, lastreado na função socioambiental da propriedade, em prol das presentes e, especialmente, das futuras gerações.

2.2. Histórico. Evolução legislativa

O professor Paulo Affonso Leme Machado ensina que o termo “tombamento”, no sentido conferido pelo Decreto-lei nº. 25/1937, advém de uma alusão à Torre do Tombo, na cidade de Lisboa, Portugal, que é utilizada para guardar arquivos estatais.¹⁶² Ainda, José dos Santos Carvalho Filho preleciona que o vocábulo tem origem no verbo *tombar*, advindo do Direito português, que significa inventariar, inscrever ou registrar bens. O professor observa que “Por extensão semântica, o termo passou a representar todo registro indicativo de bens sob a proteção especial do Poder Público”,¹⁶³ que guardava os registros na famigerada Torre do Tombo.

Mostra-se interessante que a nomenclatura “tombamento” não é utilizada pela legislação portuguesa, que intitula os instrumentos de proteção de registro patrimonial de classificação e registro patrimonial de inventário, conforme o artigo 16, da Lei nº. 107/2001¹⁶⁴ de Portugal, que “estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural”.

Ainda, Hugo Nigro Mazzilli assinala existir divergência sobre a origem da palavra *tombo*, que pode derivar da palavra latina *tomus*, que significa tomo, volume, obra ou pedaço, ou da também latina *tumulum*, referente

162 LEME MACHADO, op. cit., p. 1080.

163 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 868.

164 “Artigo 16º – Formas de protecção dos bens culturais

1 – A protecção legal dos bens culturais assenta na classificação e na inventariação.

2 – Cada forma de protecção dá lugar ao correspondente nível de registo, pelo que existirá:

a) O registo patrimonial de classificação;

b) O registo patrimonial de inventário.

3 – A aplicação de medidas cautelares previstas na lei não depende de prévia classificação ou inventariação de um bem cultural”

à eminência, elevação de terreno ou enorme quantia de terra ou pedra, em forma piramidal ou cônica, elevada sobre uma sepultura¹⁶⁵. Assim, tombo poderia advir de *tumulum*, tendo em vista que “as escrituras e documentos ficariam como que enterradas em amontoados, isso teria justificado que se passasse a usar a expressão *livro do tombo*, para significar cadastro de propriedades ou direitos”¹⁶⁶.

Antes da positivação do tombamento no Brasil existem referências à tentativa de preservar os monumentos históricos que remontam a meados do século XVIII, porém, apenas com o Decreto nº. 15.596, de 2 de agosto de 1922, surgiu a primeira medida de preservação do patrimônio cultural, com a criação do Museu Histórico Nacional, que devia recolher, classificar e expor objetos de importância histórica.¹⁶⁷

A Carta de 1934, no artigo 10, inciso III, estabeleceu competência concorrente entre a União e os Estados para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico e artístico, bem como possibilitou o impedimento da evasão de obras de arte. A Lei nº. 378, de 13 de janeiro de 1937, que conferia nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública, previa, em seu artigo 46¹⁶⁸, a criação do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que se transformou no Instituto do Patrimô-

165 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

166 Idem, *ibidem*.

167 LEUZINGER; CUREAU, op. cit., p. 125.

168 “Art. 46. Ficas creado o Serviço do Patrimonio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o Paiz e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimonio histórico e artístico nacional.

§ 1.º O Serviço de Patrimonio Histórico e Artístico Nacional terá, além de outros órgãos que se tornarem necessarios ao seu funcionamento, o Conselho Consultivo.

§ 2.º O Conselho Consultivo se constituirá do director do Serviço de Patrimonio Histórico e Artístico Nacional, dos directores dos museus nacionaes de coisas históricas ou artísticas e de mais dez membros, nomeados pelo Presidente da República.

§ 3.º O Museu Histórico Nacional, o Museu Nacional de Bellas Artes e outros Museus Nacionaes de coisas históricas ou artísticas, que forem creados, cooperarão nas actividades do Serviço do Patrimonio Histórico e Artístico Nacional, pela fórmula que fôr estabelecida em regulamento.”

nio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, responsável pelo tombamento, conservação, enriquecimento e conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional. Por seu turno, o Decreto-lei nº. 25, de 30 de novembro de 1937, que “organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”, regulou o instituto do tombamento.

Cumpre destacar que o Decreto-lei nº. 25/1937 não teve uma gestação autoritária, pois o seu projeto de lei fora discutido no Poder Legislativo, mas, em razão do Golpe de 1937, o texto acabou adentrando ao ordenamento por meio de decreto-lei.¹⁶⁹ Sendo assim, apesar de o instituto ter sido positivado mediante um instrumento ligado aos regimes ditatoriais, o seu conteúdo não restou maculado, representando importante evolução na defesa do patrimônio cultural.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, §1º). Assim, erigiu o instituto do tombamento ao nível constitucional, revelando a importância do instrumento na preservação do meio ambiente cultural.

Por seu turno, no Estado de São Paulo o tombamento foi disciplinado pelo Decreto-lei estadual nº. 149, de 15 de agosto de 1969,¹⁷⁰ sendo efetivado pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico – CONDEPHAAT, criado pela Constituição Estadual de 1967¹⁷¹ e regido, inicialmente, pela Lei estadual nº. 10.247, de 22 de outubro de 1968. A atual Constituição do Estado de São Paulo mantém a atribuição do CONDEPHAAT, acrescentando no artigo 261 que:

169 MACHADO, op. cit., p. 1081-1082.

170 Que “Dispõe sobre o tombamento de bens, para a proteção do patrimônio histórico e artístico estadual.”

171 Prevê o artigo 128: “É criado o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado, na forma que a lei estabelecer.”

O Poder Público pesquisará, identificará, protegerá e valorizará o patrimônio cultural paulista, através do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo – CONDEPHAAT, na forma que a lei estabelecer.

Ainda, no Estado de São Paulo o procedimento do tombamento restou estabelecido pelo Decreto nº. 13.426/1979, cujas disposições encontram-se em vigor, conforme prevê o Decreto estadual nº. 50.941/2006.¹⁷²

Por sua vez, na cidade de São Paulo, o tombamento é regido pela Lei municipal nº. 10.032, de 27 de dezembro de 1985,¹⁷³ alterada pela Lei nº. 10.236, de 16 de dezembro de 1986.

2.3. Fundamento

O tombamento constitui uma forma de intervenção do Estado na propriedade e encontra fundamento, essencialmente, na necessidade de se adequar o domínio privado ao interesse público,¹⁷⁴ consubstanciado na função sociocultural do bem protegido. O regime especial a que se sujeitam os bens tombados amplia – ou altera – a função social da propriedade,¹⁷⁵ tendo em vista que se acrescenta aos deveres do proprietário a proteção e conservação do valor cultural incorporado.

Demais disso, devemos destacar que o tombamento pode modificar a função social a ser cumprida por determinado bem. Como elucida Carlos Frederico Marés de Souza Filho, uma casa térrea localizada em área destinada a moradias plurifamiliares, consoante disposição do Plano Diretor,

172 “Artigo 158 – Os bens que compõem o patrimônio histórico, arqueológico, artístico e turístico do Estado serão defendidos e preservados pelo processo de tombamento nos termos da legislação federal pertinente, bem como na forma prevista neste decreto e nos artigos 134 a 149 do Decreto 13.426, de 16 de março de 1979.”

173 Que dispõe sobre a criação do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo – CONPRESP.

174 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 869.

175 SOUZA FILHO, op. cit., p. 27.

estaria descumprindo sua função social; todavia, se o referido imóvel fosse tombado, a sua função social restaria modificada para a preservação do valor cultural, sendo assim, apesar da desconformidade com o Plano Diretor, a propriedade estaria cumprindo sua nova função social voltada à proteção do patrimônio cultural.¹⁷⁶

Conforme algures explanado, a Constituição Federal garante o direito à propriedade, no entanto, o seu exercício deve atender à sua função social, na forma do disposto nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII¹⁷⁷ e 170, inciso III,¹⁷⁸ da Carta Maior. Ademais, importa ressaltar o acréscimo do § 3º, ao artigo 215, e do artigo 216-A, da Constituição Federal,¹⁷⁹ levados a efeito, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº. 48/2005 e nº. 71/2012, revelando a existência de uma política constitucional bem definida¹⁸⁰ de que a proteção e a valorização da cultura cada vez mais ganham importância no ordenamento.

Ainda, o tombamento encontra suporte nos princípios de direito ambiental, em especial, nos da Prevenção, Prevenção, Poluidor-pagador, Usuário-pagador e da Solidariedade Intergeracional. Os princípios da

176 Idem, *ibidem*, p. 27-29.

177 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

178 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;”

179 Que determina a criação, por lei, do Plano Nacional de Cultura, voltado à defesa e valorização do patrimônio cultural; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal em gestão da cultura; democratização do acesso à cultura; e valorização da diversidade étnica e regional.

180 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Patrimônio cultural e função social da propriedade*. p. 284. In: CUREAU, Sandra; KISHI, Sandra Akemi Shimada; SOARES, Ivês Virginia Prado; LAGE, Cláudia Márcia Freire (coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Prevenção e Precaução lastreiam a necessidade da autorização dos órgãos protetivos para permitir a intervenção no bem e na área envoltória, autorização que tem por finalidade evitar danos, ainda que inexista comprovação científica donexo causal entre a atividade que se pretende realizar e o dano ao patrimônio cultural.

O Poluidor-pagador e o Usuário-pagador impõem o custeio da preservação e, por conseguinte, da restauração do bem tombado pelo agente que deteriora, lícita ou ilícitamente, ou utiliza o bem cultural, além de fixar, juntamente com o Princípio da Responsabilidade, a obrigação de reparar os danos eventualmente causados ao meio ambiente, independentemente das sanções penais e administrativas.

O Princípio da Solidariedade Intergeracional, essencialmente, é a base da finalidade do tombamento de transmitir às futuras gerações o valor cultural incorporado no bem tombado. Os princípios da Informação, Educação e Participação, como vimos, são essenciais na proteção e preservação dos bens tombados, por meio deles possibilita-se o uso adequado de técnicas de preservação e instruem a coletividade e os integrantes do Poder Público a participar efetivamente da tutela dos bens tombados e do meio ambiente cultural.

O tombamento, instrumento de proteção do meio ambiente cultural, por consequência, tem em amplo lastro nos princípios específicos do aspecto cultural. Por meio do Princípio da Cooperação Internacional, quando secundado em tratados internacionais, o Estado pode solicitar assistência de outros Estados Partes para proteger o patrimônio cultural mundial, que pode estar impregnado em bem tombado. Nessa senda, o tombamento deve ser utilizado em obediência ao princípio da Solidariedade Planetária em Relação à Preservação e à Transmissão às Gerações Futuras de nosso patrimônio cultural.

O princípio da Preservação no Próprio Sítio secunda que o bem tombado deve ser preservado em seu local de origem, com proteção do seu entorno que, conjuntamente, protege a história, memória e a identidade resguardada pelo bem tombado. Ainda, reforça o Princípio da Vinculação

dos Bens Culturais que os bens tombados devem ser mantidos em território nacional, sendo permitida, excepcionalmente, a saída temporária para fins de intercâmbio científico ou cultural.

Por sua vez, o Uso Compatível com a Natureza do Bem se revela a melhor forma de preservá-lo, pois se evita a deterioração advinda do abandono. Conjuntamente, sem o uso adequado, o cumprimento do Princípio da Fruição Coletiva resta impossibilitado, vejamos, por exemplo, uma obra de arte importante tombada e esquecida em algum acervo. O tombamento implementa o Princípio da Valorização Cultural Sustentável, que congrega, por ser decorrência do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, diversos mandamentos voltados à gestão dos bens culturais, ao desenvolvimento, à preservação e transmissão do patrimônio cultural. Ainda, os bens tombados devem ser protegidos pela coletividade e, obrigatoriamente, pelo Poder Público perfazendo o Princípio da Proteção e Intervenção Obrigatória do Poder Público.

2.4. Objeto

O tombamento pode incidir sobre bens móveis ou imóveis, públicos ou particulares, conforme se depreende do artigo 1º do Decreto-lei 25/1937, que transcrevemos:

Art. 1º Constitue 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.

Ainda, o artigo 1º, § 2º do Decreto-lei 25/1937,¹⁸¹ acentua que os monumentos naturais, os sítios e paisagens são equiparados aos bens passíveis de proteção, referidos no *caput*, por meio do tombamento.

181 “§ 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.”

Cumprе ressaltar que a Lei Maior traz ampla e aberta concepção do patrimônio cultural em seu artigo 216, *caput*, permitindo a proteção, mediante tombamento, de bens de natureza material, considerados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as obras, objetos, documentos, edificações e espaços destinados às manifestações artístico-culturais, além dos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Destacamos, outrossim, que a Constituição Federal tombou todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (artigo 216, §5º, da CF).

Observamos que os bens públicos e privados podem ser tombados, independentemente da sua titularidade. Nesse sentido, fixou o artigo 5º do Decreto-lei nº. 25/1937,¹⁸² que os bens pertencentes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios será realizado de ofício.¹⁸³ Ainda, podem Municípios, Estados, Distrito Federal e União tombarem bens públicos pertencentes a outros entes da Federação.

Ademais, o mesmo bem pode ser tombado por mais de um ente da Federação, desde que exista valor cultural que mereça a proteção. Observamos que, na legislação paulista, os bens tombados pela União, por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, inseridos no território paulista, devem ser inscritos nos Livros do Tombo estaduais respectivos, na forma do artigo 149, do Decreto estadual nº. 13.426, de 16 de março de 1979.¹⁸⁴

182 “Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a que pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.”

183 De forma semelhante o artigo 144, do Decreto Paulista nº. 13.426/1979, prevê: “Artigo 144 – O tombamento de bens pertencentes ao Estado ou aos Municípios se fará compulsoriamente, comunicada, obrigatoriamente a iniciativa da medida ao órgão interessado.”

184 Artigo 149 – Os bens tombados na área do Estado pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional serão inscritos nos Livros do Tombo respectivos, a fim de se beneficiarem com

2.5. Espécies

O professor José dos Santos Carvalho Filho¹⁸⁵ classifica as espécies de tombamento quanto à manifestação da vontade e à eficácia do ato. Quanto à manifestação da vontade, o tombamento pode ser compulsório ou voluntário. Tombamento compulsório ocorre quando a inscrição do bem é realizada contrariando a vontade do proprietário do bem. Por seu turno, o tombamento voluntário ocorre a pedido ou com consentimento do proprietário. Quanto à eficácia do ato, o tombamento divide-se em provisório e definitivo. O tombamento provisório tem início com a abertura do estudo de tombamento e se encerra com o arquivamento ou tombamento definitivo, que permite a inscrição do bem no livro do tombo. Consoante dispõe o Decreto-lei nº. 25/1937, o tombamento provisório assegura a mesma proteção da conferida pelo tombamento definitivo. Sendo assim, diferenciam-se pela inscrição definitiva do bem no adequado livro do tombo e no Registro de Imóveis.

Ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica o tombamento quanto aos destinatários,¹⁸⁶ podendo ser individual, que atinge certo bem, ou geral, quando abrange vários bens, por exemplo, de um bairro ou cidade (v.g. tombamento dos bairros dos Jardins e do Pacaembu na cidade de São Paulo, do centro histórico de São Luiz do Paraitinga, dentre outros).

2.6. Competência

A Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 23, a competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); impedir a evasão, a destruição e a descaracte-

obras e iniciativas do Conselho, respeitada a legislação federal aplicável à espécie.

185 CARVALHO FILHO, op. cit., p.873-874.

186 DI PIETRO, op. cit., p.147-148.

rização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inciso IV), proporcionar os meios de acesso à cultura (inciso V) e proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI).

Desta feita, a fixação da competência administrativa dos entes federativos institui o dever comum de todas as esferas tutelarem o meio ambiente cultural e promoverem o amplo acesso à cultura. E mais, o Sistema Nacional de Cultura tem como princípios regentes a cooperação entre os entes federados e a integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidos na área cultural (art. 216-A, §1º, incisos IV e V).

Ainda, os incisos VII, VIII e IX, do artigo 24, da Lei Maior, estabelecem a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislarem sobre a proteção do patrimônio cultural *lato sensu*, responsabilidade por dano ao meio ambiente cultural e a respeito da cultura. Assim, a União elabora normas gerais, sem excluir a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal nessas matérias, podendo estes entes criar seus próprios regramentos, adequando as normas gerais da União – atualmente previstas no Decreto-lei nº. 25/1937 – à realidade de cada Estado.

Ademais, vale frisar que o artigo 30 da Carta Magna permite aos Municípios legislarem sobre assuntos de interesse local (inciso I) e promoverem a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (inciso IX). Desse modo, aos Municípios é permitido legislar a respeito do patrimônio cultural de interesse local, que devem protegê-lo por determinação do disposto no artigo 23, incisos III, IV e VI, reforçada pelo artigo 30, inciso IX, todos da Constituição da República.

Impende assinalar que Maria Luiza Machado Granziera¹⁸⁷ compartilha o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸⁸ de que os Municípios carecem de competência legislativa para legislar a respeito da proteção do patrimônio histórico-cultural local, devendo utilizar os instrumentos protetivos da legislação estadual e federal, em razão da interpretação que conferem ao referido artigo 30, inciso IX, da Constituição da República.

Entretanto, convergimos ao posicionamento de que, uma vez configurado o interesse local, permite-se ao ente federado legislar sobre a matéria, podendo suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, incisos I e II, da CF). Nesse sentido, preleciona José Afonso da Silva:

Pode-se dizer, no entanto, que sua [dos Municípios] competência suplementar na matéria é também reconhecida. De fato, dá-se-lhes competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Outorga-se-lhes a competência para a Política de Desenvolvimento Urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182), e ainda a competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Quer isso dizer que não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural. Logo, é plausível reconhecer, igualmente, que na norma do art. 30, II, entra também a competência para suplementar a legislação federal e a estadual na matéria.¹⁸⁹

Partilham deste entendimento Marcos Paulo de Souza Miranda¹⁹⁰ e Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹⁹¹, sendo que este noticia o reconhecimento da competência legislativa municipal nessa matéria desde a década

187 GRANZIERA, op. cit., p. 365-366.

188 DI PIETRO, op. cit., 2012, p. 144-145.

189 SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo, 2010. p. 79-80.

190 MIRANDA, op. cit., p. 88-94.

191 SOUZA FILHO, op. cit., p. 116-120.

de 1950 do século XX, assim, a Constituição Federal de 1988, que reconhece a autonomia dos Municípios e os erige ao *status* de entes federados (art. 1º, *caput*, CF) não retiraria esta importante competência legislativa.

Ainda, Carlos Frederico Marés de Souza Filho revela ser evidente a existência de patrimônio cultural municipal, estadual, federal e internacional, podendo, inclusive, existir conflito de valores e interesses preservacionistas entre as esferas da federação, bem como certos imóveis ou documentos historicamente importantes a determinado Município podem ser irrelevantes em nível nacional.¹⁹²

Destarte, conforme os ditames dos artigos 23, III e IV, 24, VIII e 30, IX, todos da Lei Maior, a União deve definir o patrimônio cultural nacional, os Estados, o patrimônio estadual, e os Municípios, o local, devendo todos, diante da competência administrativa comum, proteger o patrimônio cultural, inclusive o delimitado por outro ente federado, desde que compreendido em seus limites territoriais. Ademais, os bens materiais, móveis ou imóveis, unguídos de valor cultural, federal, estadual ou local, estão, evidentemente, localizados nos Municípios. Assim, como leciona Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

A existência destes bens gera problemas de ordem urbanística, de trânsito, de ambientação, de visualização, de poluição, que devem ser resolvidos por normas municipais, exigindo que as autoridades locais contem com serviços especiais que, fruto de sua autonomia, devem auto-organizar.

Assim, é claro que o Município tem competência para legislar sobre o patrimônio cultural referente a seu território, a bens que tenham relevância para a cultura da municipalidade. É evidente que estes bens podem ser também referentes ao Estado ou à Nação, ou mesmo à humanidade, mas continuam sendo de interesse local, e podem não o ser da Nação, e então, com maior razão, compete ao Município legislar sua proteção.¹⁹³

192 SOUZA FILHO, op. cit., p. 119.

193 Idem, ibidem, p. 120.

Assim, os incisos I, II e IX do artigo 30 da Constituição da República devem ser interpretados sistematicamente, concluindo-se que os Municípios podem complementar a legislação federal e estadual, observando as normas editadas pelos outros entes, sobre temas de proteção do patrimônio histórico-cultural de interesse local.

2.7. Procedimento

O Decreto-lei nº. 25/1937 estabeleceu o procedimento administrativo do tombamento. Por ser matéria de competência legislativa concorrente, a União deve fixar normas gerais que podem ser suplementadas pelos Estados e Distrito Federal, bem como pelos Municípios, conforme o posicionamento que adotamos, quando presente o interesse local (art. 30, inciso I, da CF).

Na esfera federal, o tombamento voluntário ocorrerá quando aceito requerimento do proprietário do bem pela Administração Pública, fundamentada no reconhecimento do bem como patrimônio cultural que deve ser protegido, ou nos casos em que, após a notificação, o proprietário concorde, por escrito, com o tombamento (art. 7º do Decreto-lei nº. 25/1937)¹⁹⁴.

Por sua vez, no tombamento compulsório, nos casos de discordância do proprietário, o procedimento inicia-se com pedido de abertura de estudo de tombamento, feito por qualquer pessoa física ou jurídica. Após avaliação técnica, o IPHAN delibera pela abertura do estudo, ocorrendo o tombamento provisório, e os interessados são notificados para, no prazo de quinze dias, anuir ou impugnar a deliberação de tombamento. Posteriormente à apreciação da impugnação, o Ministro da Cultura decide se haverá o tombamento definitivo, cabendo recurso ao Presidente da República.¹⁹⁵

194 “Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.”

195 SIRVINSKAS, op. cit., p. 525.

No Estado de São Paulo, o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico – CONDEPHAAT, órgão público que integra a Secretaria de Estado da Cultura, é responsável pelo tombamento no âmbito daquele ente federado. O Decreto estadual nº. 13.426/1979, com disposições em vigor por força do Decreto estadual nº. 50.941/2006, fixa o procedimento do tombamento no Estado de São Paulo (arts.142 a 149).

O tombamento voluntário segue as normas gerais do Decreto-lei nº. 25/1937, ocorrendo após deliberação do CONDEPHAAT, precedida de Parecer Técnico, deflagrada por solicitação do proprietário do bem. O compulsório tem início com solicitação de qualquer pessoa física ou jurídica, acompanhada de documentos que tragam indícios da existência de valor cultural a ser protegido, que culmina na abertura de processo administrativo. A Unidade de Preservação do Patrimônio Histórico – UPPH da Secretaria de Estado da Cultura, que auxilia o CONDEPHAAT, elabora Parecer Técnico, que é submetido à apreciação do Conselho.

Caso o CONDEPHAAT delibere pela abertura do estudo de tombamento, ocorrendo o tombamento provisório, os interessados são cientificados dos deveres decorrentes da proteção administrativa, que desde então lhes são impostos. O corpo técnico aprofunda os estudos iniciais, sugerindo ou não o tombamento definitivo, bem como a necessidade de criação de área envoltória, bem assim indicam a metragem e eventuais restrições do entorno do bem tombado, em caso de imóveis. *Incontinenti*, o Conselho delibera sobre o tombamento definitivo do bem e, em caso positivo, notifica os interessados para, em quinze dias, apresentarem contestação. O CONDEPHAAT delibera se acolhe eventual contestação apresentada e submete minuta de Resolução de Tombamento ao Secretário de Estado da Cultura, responsável pela sua edição, que também deve decidir a respeito da contestação apresentada, cabendo recurso ao Governador do Estado (art. 143, do Decreto Paulista nº. 13.426/1979).

Ainda, os bens tombados pelo IPHAN na área do Estado de São Paulo podem ser automaticamente inscritos nos respectivos Livros do Tombo

estaduais, permitindo que se beneficiem de eventuais obras e iniciativas levadas a efeito pelo CONDEPHAAT (art. 149 do Decreto Estadual nº. 13.426/1979).

No Município de São Paulo, a Lei municipal nº. 10.032, de 27 de dezembro de 1985,¹⁹⁶ alterada pela Lei nº 10.236, de 16 de dezembro de 1986, estabelece o procedimento do tombamento em sede administrativa, realizado pelo Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – CONPRESP.

2.8. Efeitos

O Tombamento produz efeitos quanto à possibilidade de alienação, deslocamento, transformação, conservação, fiscalização e atinge, também, os imóveis vizinhos. Desta feita, cria para o proprietário obrigações de fazer, não fazer e de suportar, aos proprietários de imóveis vizinhos resulta em obrigações negativas e à Administração Pública obrigações positivas.¹⁹⁷

O proprietário do bem tombado é obrigado a fazer as obras de conservação voltadas à preservação do bem tombado e a notificar os entes federativos que realizaram o tombamento quando for alienar o bem para assegurar-lhes o direito de preferência na aquisição, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem e imposição de multa. Ao proprietário nega-se a possibilidade de destruir, demolir, ou mutilar o bem tombado e impossibilita-se a reparação ou restauração sem a prévia autorização do órgão de defesa do patrimônio cultural competente; o proprietário não pode retirar do país os bens móveis tombados, salvo por breve período para intercâmbio cultural e com prévia autorização. Demais disso, o proprietário tem a obrigação de suportar a fiscalização da Administração Pública, não podendo impedir ações de vigilância constitucionalmente previstas.

196 Que dispõe sobre a criação do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo – CONPRESP.

197 DI PIETRO, op. cit., p.150-153.

Os proprietários de imóveis inseridos na área envoltória do bem tombado ficam impedidos de, a critério do órgão de defesa do patrimônio cultural, edificar seus terrenos de modo a impedir ou reduzir a visibilidade do bem protegido, ou realizar atividades que comprometam a qualidade ambiental da área e do bem tutelado.

Ao Poder Público o tombamento impõe que exerça a fiscalização dos bens tutelados, determine a execução de obras de conservação ou as realize, quando o proprietário não tiver condições, e deve, ainda, averbar no Registro de Imóveis a realização do tombamento de bens imóveis particulares. Cumpre, também, realizar obras emergenciais para impedir a destruição de bem tombado em perigo, podendo ser ressarcido pelo responsável por sua preservação.

2.9. Cancelamento

O Decreto-lei nº. 3.866, de 29 de novembro 1941, prevê que o Presidente da República poderá, com lastro em motivos de interesse público, de ofício ou em grau recursal, determinar o cancelamento do tombamento realizado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, atual IPHAN.

Aderimos ao entendimento de Marcos Paulo de Souza Miranda de que a referida norma não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois inexistente previsão no art. 84 permitindo ao Presidente da República cancelar atos administrativos por ele não praticados, também ao arrepio do princípio do paralelismo da competência e das formas.¹⁹⁸ Ademais, eventual supressão ou alteração com diminuição da proteção conferida por tombamento a bens imóveis somente poderão ocorrer em virtude de lei, incidindo o disposto no artigo 225, §1º, III, da Constituição da República.¹⁹⁹

198 MIRANDA, op. cit., p. 129-131.

199 Idem, *ibidem*.

Demais disso, o Decreto-lei nº. 25/1937 estabelece que o proprietário de bem tombado, que não disponha de recursos para efetuar as obras de conservação poderá solicitar o cancelamento do tombamento se, após notificado da situação, o Poder Público não realizar as obras necessárias de preservação. Todavia, nos parece que o dispositivo não fora recepcionado porque não se pode admitir a perda da proteção jurídica do bem cultural por desídia, ineficiência ou falta de recursos da Administração Pública.

Sobreleva destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho que admite o cancelamento do ato de inscrição (destombamento) pelo Poder Público, de ofício ou diante de requerimento do proprietário ou interessado, quando houver desaparecido o fundamento que ensejou o tombamento. Destacamos que o referido cancelamento não decorre de decisão discricionária da Administração, pois se existirem fundamentos indicando a existência de valor cultural a ser protegido, impõe-se a manutenção do tombamento.²⁰⁰

Entretanto, devemos anotar que o destombamento pela perda do suporte material, em tese, pode fomentar o abandono e destruição do bem tombado, isso porque, se desaparecer o suporte material do valor cultural, perder-se-ia a razão de ser do tombamento.

Destarte, mostra-se a importância da atuação da sociedade e do Poder Público para responsabilizar, nas esferas civil, penal e administrativa, os agentes que causarem danos ao meio ambiente cultural, evitando-se que o responsável pela preservação do bem o abandone para obter eventual vantagem decorrente do destombamento, com a certeza de que não será responsabilizado por sua conduta danosa.

200 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 876-877.

3. Instrumentos jurídicos para a restauração dos bens imóveis protegidos

Estabelecidas as premissas sobre os conceitos e princípios imanentes ao Patrimônio Cultural, ao dever de preservar os bens protegidos e ao tombamento, veremos os principais instrumentos jurídicos existentes no ordenamento pátrio voltados à restauração e conservação dos imóveis tombados. O valor cultural materializado nos imóveis tende a ser transmitido às futuras gerações, porque corporificado em bens que têm como característica a perpetuidade. Daí exsurge a importância de se conservar e restaurar o elevado número de imóveis tombados que vivenciaram a história e compõem a cultura brasileira.

Conforme aduzimos, incontáveis imóveis tombados, particulares e públicos, estão deteriorados, em grande parte das vezes por falta de recursos, e aguardam o necessário restauro, objetivando a manutenção e a transmissão de seus valores culturais para a sociedade atual e as futuras gerações. Preservar o patrimônio cultural incorporado aos bens materiais protegidos é dever do Poder Público e da sociedade (art. 216, §1º, da CF),²⁰¹ podendo os responsáveis pela deterioração ser penalizados pelo descumprimento de suas obrigações.

É importante frisar que a preservação do patrimônio cultural incorporado ao imóvel tombado depende da conservação deste conforme os princípios dantes estudados. Destarte, o restauro – e a conseqüente conservação – deve ser voltado à finalidade de preservar o valor cultural e não necessariamente de manter incólume o bem material originariamente construído. Na maioria dos tombamentos de imóveis, a preservação do patrimônio cultural depende da completa manutenção das características

201 A Emenda Constitucional nº. 71/2012, que acresceu o art. 216-A, reforçou a necessidade da participação da sociedade na gestão e promoção das políticas públicas de cultura, que englobam a preservação do patrimônio cultural existente, além da criação e transmissão dos valores culturais às presentes e futuras gerações.

originais do bem material, porém, em alguns casos, é possível a sua modificação, a exemplo do jardim de inverno da antiga estação da Estrada de Ferro Sorocabana, que hoje dá lugar a uma das mais bem conceituadas salas de espetáculo do mundo, a Sala São Paulo, sede da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo – OSESP.

Da mesma forma, permitiu-se a transformação do prédio que abrigou o Departamento Estadual de Ordem Política e Social de São Paulo – DEOPS, entre os anos de 1940 e 1983, cuja história é marcada pela repressão, tortura e morte, em local de propagação da arte, sem se olvidar dos tempos ditatoriais lembrados pelo Memorial da Resistência, instalado no andar térreo da edificação. O Memorial inclui celas da antiga prisão, que hoje contam o passado histórico por meio de utensílios prisionais e equipamentos interativos, que, por exemplo, reproduzem falas de ex-prisioneiros daquele local. Preservou-se a história e, ainda, conferiu-se uso adequado ao bem imóvel tombado, com o funcionamento de dois museus, a Estação Pinacoteca e o Memorial da Resistência, no edifício por anos abandonado.

Todavia, devem os órgãos de proteção responsáveis por autorizar as intervenções, inclusive de restauro, nos imóveis tombados atuar para que não ocorra a descaracterização com prejuízo do valor cultural que se pretendia preservar, a exemplo do que ocorreu com a antiga fábrica Olivetti em Guarulhos/SP, que representava importante período da industrialização paulista e continha relevante valor arquitetônico, descaracterizada ao ponto de não se reconhecer na nova edificação – grande *shopping center* – o patrimônio cultural que deveria ser tutelado por meio do tombamento.²⁰²

Cumpre-nos agora verificar os principais instrumentos jurídicos existentes no ordenamento pátrio voltados à restauração e conservação dos

202 A fábrica Olivetti era tombada provisoriamente e fora transformada em *shopping center*, deliberando o CONDEPHAAT, quando do tombamento definitivo, que inexistia fundamento para realizá-lo dada a amplitude da descaracterização do bem (decisão publicada no Diário Oficial do Estado em 23/12/2009, Caderno Executivo I, p. 166).

bens tombados, indicando, assim, alguns meios postos à disposição da sociedade e da Administração que imponham ou fomentem o restauro, bem como que possibilitem angariar recursos para realizar as obras necessárias à preservação do patrimônio cultural incorporado aos imóveis especialmente protegidos, que dividimos em instrumentos administrativos, tributário-econômicos, judiciais e sancionatórios.

3.1. Administrativos

Com respaldo na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, conforme preconiza o artigo 23, inciso III, da Constituição Federal,²⁰³ que impõe às três esferas o múnus de proteger os bens culturais por meio do tombamento, podem os entes executar diretamente as obras de restauro e conservação, dividindo entre si o aporte de recursos financeiros e humanos.

Nesse passo, com lastro no *federalismo cooperativo*, os entes políticos que efetuaram o tombamento do bem realizariam conjuntamente as obras de restauração e conservação do imóvel, podendo firmar convênios com esta finalidade, em consonância com os princípios regentes do Sistema Nacional de Cultura (art. 216-A, §1º, IV, V, IX e XI, da CF).²⁰⁴ Ainda, lei complementar poderia, previamente, definir a participação dos entes nestes casos, com supedâneo no parágrafo único do artigo 23, da Constituição Federal, que atribui àquela espécie normativa a função de fixar “normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e

203 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;”

204 “§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; IX - transparência e compartilhamento das informações; XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações.”

os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Desse modo, cada esfera dividiria os aportes, diminuindo o custo da restauração entre aqueles que instituíram o tombamento de forma a otimizar a proteção do patrimônio cultural difuso, evitando-se o cancelamento do tombamento, consoante o disposto no § 2º do artigo 19 do Decreto-lei nº. 25/1937²⁰⁵ por falta de recursos da Administração Pública. Ademais, já decidiu o Pretório Excelso que os entes da Federação não podem se demitir do encargo de proteger o patrimônio cultural, na forma determinada pela Constituição da República, trasladamos a ementa da ADI nº. 2.544-9/RS:

EMENTA: Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. 1. L. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção

205 Ressalvamos o posicionamento de que esta possibilidade de cancelamento do tombamento não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois a falta de recursos do proprietário conjugada com a omissão do Poder Público não pode subjugar o direito fundamental à preservação do meio ambiente cultural para as presentes e futuras gerações.

dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2544, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2006, DJ 17-11-2006)

A cooperação é necessária, em especial, quando os Estados ou, principalmente, os Municípios dispõem de recursos insuficientes para realizar obras de restauro de seus bens tombados ou para realizar, fomentar e/ou financiar a restauração e conservação de bens privados. Destacamos que, no Estado de São Paulo, o Decreto nº. 53.127/2008 autoriza a Secretaria da Cultura a firmar convênios com Municípios paulistas objetivando a transferência de recursos financeiros para a execução de obras em prédios que demonstrem finalidade e interesse cultural à população, abarcando a restauração de imóveis públicos municipais tombados por órgão de proteção municipal, pelo CONDEPHAAT ou pelo IPHAN.

Devem também cooperar os entes federados em relação às autorizações para intervir em bens tombados e nas respectivas áreas envoltórias (artigos 17 e 18 do Decreto-lei nº. 25/1937). Em razão da competência comum, todos os órgãos que efetuaram o tombamento de determinada coisa devem previamente autorizar eventual intervenção no bem ou na área envoltória, que pode causar empecilhos à efetiva preservação e restauração do objeto especialmente protegido. Isso porque, a multiplicidade de autorizações pode ser contraproducente e contribuir para a deterioração do bem protegido, vez que, em diversos casos, as três esferas devem analisar individualmente o pedido de intervenção, na maioria das vezes secundada em pareceres técnicos complexos, e a demora na tríplice autorização poderá acarretar na destruição definitiva do suporte material que incorporou o valor cultural tutelado pelo tombamento.

Ademais, caso ocorra, por exemplo, o restauro sem autorização de todos os órgãos de proteção ao patrimônio cultural competentes, poderia, em tese, ser o interventor – que, repise-se, restaurou o bem tombado – sofrer sanção administrativa prevista no artigo 73 do Decreto nº. 6.514/2008.

Assim sendo, deveria ser editada lei complementar (prevista no artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal), fixando normas para a cooperação e distribuindo as atribuições de cada ente federado para permitir, por exemplo, a autorização única, de acordo com critérios de distribuição de competência a serem especificados na aludida lei, permitindo a ampla participação dos demais órgãos, que poderiam contribuir com técnicos, pareceres ou outros recursos materiais, financeiros e humanos, de modo a otimizar o procedimento administrativo destinado a autorizar as necessárias obras de restauro e conservação dos bens tombados.

Por seu turno, o *Estatuto da Cidade* (Lei nº. 10.257/2001) contempla importantes instrumentos que ajudam a preservar e restaurar bens tombados. O artigo 2º do Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes gerais da política urbana, que objetivam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, dentre elas se encontram a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (inciso XII).

O artigo 4º da Lei nº. 10.257/2001 arrola, exemplificativamente, instrumentos que devem ser empregados na consecução dos objetivos do Estatuto, incluindo o tombamento, e, dentre eles, destacamos alguns que podem ser utilizados para a proteção e restauração de imóveis protegidos, quais sejam: o *direito de preempção*, a *transferência do direito de construir* e o *estudo prévio de impacto de vizinhança – EIV* (inciso V, alíneas “m” e “o”, e inciso VI).

O *direito de preempção*, também denominado de direito de preferência ou de prelação,²⁰⁶ confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, se necessitar de áreas para a proteção de interesse histórico, cultural ou

206 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 168.

paisagístico (arts. 25 e 26, do Estatuto).²⁰⁷ Para tanto, lei municipal deve delimitar as áreas de incidência do direito de preempção com prazo de vigência não superior a cinco anos, que pode ser renovado (art. 25, §1º).

Assim, se determinado imóvel estiver inserido nas referidas áreas, o proprietário deve notificar o Município, juntando proposta de aquisição por terceiro, para que este manifeste, em no máximo trinta dias, seu interesse em comprar o bem (art. 27). Caso a alienação do bem ocorra em desconformidade com as condições da proposta anexada à notificação, *v.g.*, por preço inferior, ela é considerada nula de pleno direito e permite à municipalidade adquirir o bem pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta, quando inferior àquele (art. 27, §§ 1º, 5º e 6º).

Cumprе ressaltar que o Estatuto da Cidade não exige que o imóvel seja tombado para incidir o direito de preempção da municipalidade. Assim, imóveis com valor cultural inseridos na área especificada em lei municipal podem ser adquiridos mediante o direito de prelação. Ainda, sobreleva destacar que, se o bem for oferecido a título de doação ao Poder Público, existe posicionamento de que o Município não poderá recusar o recebimento do imóvel, porquanto reconhecido em lei a necessidade do imóvel para fins de conservação.²⁰⁸

Lembremo-nos que o Decreto-lei nº. 25/1937 prescreve que a União, os Estados e os Municípios têm, nesta ordem, direito de preferência nas alienações de bens tombados de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado (art. 21). Se o proprietário alienar o bem tombado sem notificar os

207 O artigo 26 do Estatuto da Cidade lista as seguintes finalidades para as áreas do direito de preempção: “Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;”

208 GASPARINI, *op. cit.*, p. 151.

entes federados, estes podem sequestrar a coisa, além da possibilidade da imposição de multa de 20% do valor do bem ao transmitente e ao adquirente, solidariamente responsáveis (art. 22, § 2º).

Excepcionalmente, lei municipal em consonância com Plano Diretor pode autorizar o proprietário de imóvel urbano, público ou privado, a exercer em outro local ou alienar o direito de construir caso o imóvel seja considerado, dentre outros, necessário para fins de preservação por existir interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, bem como se o proprietário doar ao Poder Público o imóvel, ou parte dele, para os fins previstos no art. 35 do Estatuto da Cidade.²⁰⁹ Observa Audrey Gasparini que:

A partir do momento em que um imóvel é classificado como digno de preservação, a possibilidade de eventual construção é eliminada. O proprietário não poderá destruir o bem que se pretende preservar para fazer um novo empreendimento, utilizando-se do potencial construtivo permitido para a zona em que se situa.²¹⁰

Contudo, o instrumento consegue minimizar eventual prejuízo do proprietário do bem tombado, facultando-lhe a alienação do seu direito de construir ou acrescentando potencial construtivo em outro imóvel de sua propriedade, seguindo os preceitos fixados em lei municipal. A transferência do direito de construir, se bem utilizada, pode trazer inúmeros benefícios à

209 Assim dispõe o art. 35 do Estatuto da Cidade: “Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. § 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.”

210 GASPARINI, Audrey. *Tombamento e transferência do direito de construir: dois institutos que se complementam*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 150.

preservação e à restauração de bens tombados. Isso porque a lei municipal, lastreada no Plano Diretor, pode condicionar o exercício desse direito à necessária conservação do bem tombado ou, ainda, possibilitar a utilização dos valores recebidos com a alienação do direito de construir à restauração do imóvel tombado em deterioração.

Ainda, com a possibilidade de alienação do direito de construir, o proprietário não poderia obter eventual indenização, alegando a mera desvalorização comercial do imóvel pela impossibilidade de utilizar todo o seu potencial de construção em razão do tombamento, tendo em vista que virtual prejuízo restaria compensado com o direito de alienação do potencial construtivo.²¹¹

O *Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV*, previsto nos artigos 36 a 38 do Estatuto da Cidade é “instrumento com a finalidade de promover a mediação de interesses entre os empreendedores urbanos, os gestores públicos e os cidadãos, com o objetivo de garantir cidades sustentáveis”.²¹²

O EIV, necessário à obtenção de certas licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal,²¹³ deve ser executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a aná-

211 GASPARINI, op. cit., p. 151, 157-158.

212 ROCCO, Rogério. *Reflexões acerca do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV e suas conexões com a sustentabilidade das cidades*. In: COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (coord.). *O direito ambiental das cidades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 137.

213 Importa a transcrição de posicionamento do professor Celso Fiorillo: “O EIV segue necessariamente os critérios impostos pelo art. 225, IV, da Constituição Federal, o que se traduz em instrumento de natureza jurídica constitucional. Daí ser despicienda, por inconstitucional, a primeira parte do art. 36 do Estatuto da Cidade, que condiciona os empreendimentos e atividades privados ou públicos sujeitos ao estudo à ‘lei municipal’, posto que a exigência do estudo se estabelece, ainda que na forma da lei, para qualquer instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental”. In: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso...* p. 565; e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da cidade comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 185.

lise do adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação, paisagem urbana e patrimônio natural e *cultural*.

O EIV, fortemente iluminado pelos Princípios da Prevenção e da Precaução, deve realizar um diagnóstico da situação ambiental presente, a respeito de todos os aspectos do meio ambiente, antes da implantação da obra ou atividade, e indicar eventuais medidas mitigadoras do impacto potencial ou que será causado.²¹⁴ Desta forma, o EIV deve verificar o potencial danoso à qualidade ambiental da vizinhança, incluindo os danos ao patrimônio cultural, que precisa ser evitado. Dentre as medidas mitigadoras e compensatórias, poderia ser indicada a restauração de bens tombados afetados pelo empreendimento ou atividade como condição à expedição de licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento, que dependem do Estudo de Impacto de Vizinhança. Assim, o instrumento contribuiria sobremaneira na restauração dos bens vizinhos e na efetiva proteção e preservação do patrimônio cultural urbano.

Além desses instrumentos, os órgãos públicos colegitimados à propositura de ação civil pública podem tomar *compromisso de ajustamento de conduta* às exigências legais daqueles que infringirem o ordenamento, possibilitando, por via administrativa, obter um título executivo extrajudicial contendo obrigações voltadas à proteção do patrimônio cultural, incluindo o restauro e o desfazimento de intervenções/alterações que descaracterizam o bem tombado.

O artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, acrescido pelo Código de Defesa do Consumidor dispõe que: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Destarte, cuida-se de título executivo extrajudi-

214 FIORILLO, op. cit., p. 186.

cial firmado entre um órgão público colegitimado²¹⁵ à propositura da ação civil pública ou coletiva e um causador de lesão ou ameaça de lesão a interesse transindividual, com o objetivo de este adequar a sua conduta à lei, realizado no curso de Inquérito Civil ou Procedimento Preparatório de Inquérito Civil, se tomado pelo Ministério Público, ou de processo administrativo próprio de outro órgão público colegitimado.

A execução do título extrajudicial, em caso de descumprimento, poderá ser realizada por qualquer dos colegitimados, independentemente de terem sido o tomador do Compromisso, com base no disposto na Lei Adjetiva em relação à execução de títulos executivos extrajudiciais. Ainda, a multa cominatória necessita ter valor suficiente para intimidar o causador da lesão ou ameaça de lesão a interesse coletivo *lato sensu*, obrigando-o a cumprir as determinações do Ajuste, evitando-se futura execução judicial das obrigações estipuladas. Não obstante, se não constar do Compromisso, em sede de execução judicial, o magistrado deve fixá-la para compelir o causador do dano (art. 645 do CPC)²¹⁶. Todavia, se o valor da multa prevista no TAC for considerado excessivo pelo juiz, este pode reduzi-lo com base no art. 645, parágrafo único do Código de Processo Civil. Demais disso, a referida multa deve ser revertida ao Fundo de Reparação aos Interesses Difusos Lesados²¹⁷, para que os valores sejam utilizados no resguardo dos interesses metaindividuais.

Importa ressaltar a interpretação que se deve conferir ao termo *órgão público* de modo a verificarmos a legitimidade ativa para tomar o compromisso de ajustamento de conduta. Isso porque, se interpretarmos restritivamente o conceito de órgão público, apenas os entes da Administração Pública Direta poderiam figurar como tomadores do compromisso, tendo

215 Pelo art. 5º da LACP e art. 82 do CDC.

216 “Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.”

217 Art. 13 da Lei nº 7.347/1985

em vista que as fundações e empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista não se enquadram no conceito doutrinário de órgão público.

Nesse sentido, afirma Gianpaolo Poggio Smanio²¹⁸ que: “Apenas os órgãos públicos estão legitimados a transacionar. As associações civis, fundações, empresas públicas ou de economia mista não podem transacionar”. Ainda, Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa,²¹⁹ sem aprofundar o tema, asseveram: “Entre os diversos legitimados para o ajuizamento de ações coletivas, o dispositivo é claro no sentido de que apenas os órgãos públicos poderão realizar termos de ajustamento de conduta”. Compartilha da mesma interpretação restritiva Luís Paulo Sirvinskaskas ao asseverar:

Além do Ministério Público, podem realizar o termo de ajustamento os órgãos públicos legitimados (União, Estados e Municípios). Portanto, não podem realizar o termo de ajustamento as associações civis, sociedades de economia mista, fundações ou empresas públicas.²²⁰

No entanto, Hugo Nigro Mazzilli²²¹ sustenta relevante posição divergente que, com propriedade, estabelece quais colegitimados à propositura de Ação Civil Pública podem tomar o Compromisso de Ajuste. Assim, seguindo seus ensinamentos, dividimos os colegitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC em três categorias: a) dos que indiscutivelmente podem celebrar o TAC (Administração Pública Direta); b) os que não podem realizá-lo; e c) daqueles em que há discussão doutrinária a respeito desta possibilidade (Administração Pública Indireta).

218 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 38.

219 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 460.

220 SIRVINSKASKAS, op. cit., p. 655.

221 MAZZILLI, op. cit., p. 363-365.

Os entes integrantes da Administração Pública Direta, compreendidos no conceito jurídico de “órgãos públicos”, que é o Estado em sentido amplo, indiscutivelmente podem tomar o compromisso. Inserem-se nesta categoria as pessoas jurídicas de direito interno e seus órgãos imediatos, quais sejam: a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Ministério Público, Defensoria Pública e órgãos públicos, com ou sem personalidade jurídica, com destinação à defesa de interesses metaindividuais, v.g., o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo – CONDEPHAAT.

A doutrina amplamente majoritária exclui as pessoas jurídicas de direito privado não pertencentes à Administração Pública, por exemplo, associações, sindicatos e fundações privadas, dos entes legitimados a tomarem o compromisso, tendo em vista que não se subsomem ao conceito de órgãos públicos. Contudo, devemos indicar a posição de Fernando Grella Vieira²²² que sustenta a legitimidade das entidades associativas, quando houver pertinência temática, devendo a legitimidade ser verificada no caso concreto. Cumpre ressaltar que o doutrinador também sustenta ser indispensável a intervenção do Ministério Público na tomada do compromisso de ajustamento por outros entes colegitimados, sob pena de nulidade, em razão do dever constitucional do *Parquet* zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, aplicar-se-ia analogicamente o art. 5º, §§1º e 6º da LACP c/c art. 84 do CPC, nos compromissos tomados por associações em que o Ministério Público participaria obrigatoriamente.

Os entes pertencentes à Administração Pública Indireta²²³ – autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas pú-

222 VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 271.

223 Ver art. 4º, inciso II, do Decreto-lei nº. 200/1967.

blicas e consórcios públicos²²⁴ – merecem maiores explicações acerca da sua legitimidade. Nesta categoria, propõe Hugo Nigro Mazzilli a seguinte solução:

a) Quando se trate de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrem a chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromisso de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais. Desta forma, p.ex., quando as empresas estatais ajam como *prestadoras ou exploradoras de serviço público*, em tese é aceitável também tomar compromissos de ajustamento;

b) Contudo, quando os órgãos estatais ajam na qualidade de *exploradores da atividade econômica*, não se admite possam tomar compromisso de ajustamento. Com efeito, a esses órgãos e empresas dos quais o Estado participa, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder a prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado (destaques no original).²²⁵

Por seu turno, Édis Milaré²²⁶, seguindo o entendimento de José Emmanuel Burle Filho e Wallace Paiva Martins Júnior, também sustenta que a expressão “órgãos públicos”, utilizada pela lei, carece da melhor técnica legislativa, devendo, portanto, ser interpretada extensivamente de modo a abarcar todas as entidades inseridas na Administração Pública direta, indireta e fundacional, desde que desenvolvam atividades de interesse público. Contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ter previsão estatutária para tomarem compromissos de ajustamento afetos aos seus objetivos legais. Nesse sentido, Ana Luiza de Andrade Nery preconiza:

224 Ver art. 6º, I e II e §1º, da Lei nº. 11.107/2005.

225 MAZZILLI, op. cit., p. 365.

226 MILARÉ, op. cit., p. 1383-1384.

Parece-nos que, para determinar os legitimados para a celebração do ajustamento, o legislador deu ênfase à característica de direito público dos órgãos, o que nos remete ao entendimento de que somente às entidades dotadas de caráter público seria dada autorização legal para firmar o ajustamento com o interessado.

Assim, em nosso entender, os órgãos que atuem na qualidade de entes estatais, buscando o interesse público, ainda que da chamada administração indireta, poderão entabular compromissos de ajustamento de conduta.²²⁷

Ainda, seguem esse posicionamento favorável às autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas que não exercem atividade econômica Fernando Reverendo Vidal Akaoui,²²⁸ Eurico Ferraresi,²²⁹ Motauri Ciocchetti de Souza²³⁰ e Geisa de Assis Rodrigues;²³¹ esta última reviu sua posição anterior, acrescentando ainda que as organizações sociais,²³² regidas pela Lei nº. 9.637/1998, também não são legitimadas à celebração do Ajuste, em razão da sua natureza privada – são associações –, bem como sustenta a possibilidade de os Conselhos Profissionais poderem tomar o Compromisso, tendo em vista que a Lei nº. 9.649/1998, que os qualificou como pessoas jurídicas de direito privado, teve sua eficácia suspensa por liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

227 NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 177-178.

228 AKAOUI, op. cit., p. 71-74.

229 FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 79-80.

230 SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70.

231 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.162-176.

232 Na acepção de Maria Sylvania Zanella Di Pietro organizações sociais “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão”, *Direito Administrativo*, 13. ed. p. 410. Para uma abordagem mais profunda a respeito das organizações sociais, veja-se Sílvia Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro Setor*. p. 95-192.

Desta feita, entendemos que a expressão “órgãos públicos” merece ser interpretada de forma ampla, de modo a contemplar como tomadores todos os colegitimados à propositura de ação civil pública, pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta, que não explorem atividade econômica, permitindo, por exemplo, que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, autarquia, seja tomador de compromissos de ajustamento de conduta para a efetiva tutela do patrimônio cultural, especialmente para obrigar os responsáveis a restaurar os imóveis protegidos deteriorados ou descaracterizados.

3.2. Tributários econômicos

Um dos principais problemas apontados como fator de abandono dos imóveis tombados, públicos ou particulares, é a carência de recursos por parte dos proprietários. Veremos agora instrumentos tributários e econômicos capazes de incentivar a conservação e restauração ou de destinar recursos aos particulares ou aos cofres públicos²³³ para financiar as atividades necessárias à efetiva preservação dos bens tombados.

A tributação pode ser um mecanismo eficiente para obter recursos financeiros e estimular a restauração e preservação de bens tombados. Regina Helena Costa ensina que:

A tributação ambiental pode ser singelamente conceituada como o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.²³⁴

233 Importa destacar que o artigo 216-A, inciso XII, da Constituição Federal, arrolou como um dos princípios regentes do Sistema Nacional de Cultura a “ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura”, devendo o Poder Público ampliar o montante destinado ao restauro de bens imóveis tombados.

234 COSTA, Regina Helena. Tributação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito ambiental em evolução*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 1998. p. 297.

Nesse passo, a tributação deve ser uma aliada à preservação dos bens tombados, por meio de incentivos fiscais, instituição de contribuições de melhoria e de taxas para financiar o exercício do poder de polícia. Assim, os bens tombados restaurados pela iniciativa privada e destinados a atividades de interesse público podem receber incentivos fiscais, como, por exemplo, isenção de Imposto Predial e Territorial Urbano,²³⁵ por meio de lei específica do município, coadunando-se com o artigo 47, *caput*, do Estatuto da Cidade que dispõe: “Os tributos sobre imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social”. O incentivo assemelha-se à isenção de Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural das Reservas Particulares do Patrimônio Natural, conforme artigo 8º do Decreto federal nº. 5.746/2006 c/c artigo 10, § 1º, inciso II, da Lei nº. 9.393/1996.

O Município de São Paulo, com lastro na Lei municipal nº. 10.923/1990 (Lei Mendonça)²³⁶, pode conceder a empreendedores de projetos culturais, incluindo os afetos ao patrimônio histórico e cultural,²³⁷ a título de incen-

235 No município de Belo Horizonte/MG, os imóveis tombados, por qualquer instituição pública de proteção do patrimônio histórico e artístico, são isentos do IPTU, consoante art. 9º da Lei municipal nº 5.839/1990 e da Lei municipal nº 3.802, de 06 de julho de 1984. Em Florianópolis/SC, a isenção está prevista no artigo 225, inciso VII, da Lei Complementar municipal nº. 07/1997.

236 “Art. 1º - Fica instituído, no âmbito do Município de São Paulo, incentivo fiscal para a realização de projetos culturais, a ser concedido a pessoa física ou jurídica domiciliada no Município. 1º - O incentivo fiscal referido no “caput” deste artigo corresponderá ao recebimento, por parte do empreendedor de qualquer projeto cultural no Município, seja através de doação, patrocínio ou investimento, de certificados expedidos pelo Poder Público, correspondentes ao valor do incentivo autorizado pelo Executivo. 2º - Os portadores dos certificados poderão utilizá-los para pagamento dos impostos sobre serviços de qualquer natureza - ISS e sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, até o limite de 20% (vinte por cento) do valor devido a cada incidência dos tributos. 3º - Para o pagamento referido no parágrafo anterior, o valor de face dos certificados sofrerá desconto de 30% (trinta por cento). 4º - A Câmara Municipal de São Paulo fixará, anualmente, o valor que deverá ser usado como incentivo cultural, que não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) nem superior a 5% (cinco por cento) da receita proveniente do ISS e do IPTU. 5º - Para o exercício de 1991, fica estipulada a quantia equivalente a 5% (cinco por cento) da receita proveniente do ISS e do IPTU, excluindo-se o valor destinado ao FUNTRAN.”

237 “Art. 2º - São abrangidas por esta lei as seguintes áreas: I - música e dança; II - teatro e circo; III - cinema, fotografia e vídeo; IV - literatura; V - artes plásticas, artes gráficas e filatelia; VI - folclore e artesanato; VII - acervo e patrimônio histórico e cultural, museus e centros culturais.”

tivo fiscal, certificados que podem ser utilizados para o pagamento de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e IPTU devidos à municipalidade. Importa destacar que, buscando conservar o patrimônio cultural representado por construções históricas e de interesse relevante para a preservação da cultura da região, os imóveis que integram a Zona Especial de Preservação Cultural da cidade de São Paulo em 2003 passaram a ser isentos do IPTU.²³⁸ Ademais, existe a possibilidade de deduzir do Imposto de Renda os valores despendidos com a conservação do bem tombado, na forma dos artigos 18 e 24, inciso II, da Lei nº. 8.313/1991 (Lei Rouanet).

Ainda, quando a Administração realizar as obras de restauração de bens tombados, públicos ou particulares, que suscitem valorização imobiliária da região, pode o ente tributar aqueles que se beneficiaram da obra pública por meio da contribuição de melhoria. O Código Tributário Nacional conceitua o referido tributo no artigo 81, *caput*, que trasladamos:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

A contribuição de melhoria tem fundamento no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa²³⁹ e permite, em tese, que o Estado seja ressarcido, até o limite do custo total da obra, mediante o pagamento do tributo, limitado ao acréscimo de valor do bem, pelos contribuintes beneficiados pela obra pública. Desta feita, o tributo mostra-se como alternativa

238 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142-143.

239 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 65.

à falta de recursos dos entes federados e dos proprietários, permitindo a restauração de diversos imóveis tombados deteriorados, respeitando-se os princípios da isonomia e da vedação ao enriquecimento sem causa, além de preservar o patrimônio cultural para as presentes e futuras gerações. Ainda, a utilização da contribuição de melhoria atende à diretriz geral de política urbana²⁴⁰ consubstanciada na recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos (art. 2º, XI, da Lei nº. 10.257/2001).²⁴¹

Comporta, ademais, a instituição de taxas de polícia, que majoraria as verbas disponíveis para a consecução das atividades fiscalizatórias (artigo 145, II, da Constituição Federal e artigo 77, do Código Tributário Nacional). Taxas são tributos que apresentam na hipótese da norma a descrição de uma atividade estatal, direta e dirigida especificadamente ao contribuinte,²⁴² divididas em duas espécies: a) cobradas pela prestação de serviços públicos; e b) em razão do exercício do poder de polícia. À finalidade deste trabalho importa esta última espécie, passível de ser instituída quando houver o exercício regular do poder de polícia, desempenhado em consonância com a legislação, o princípio do devido processo legal e sem abuso ou desvio de poder.²⁴³

240 “Diretrizes gerais de política urbana são o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de constituir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem-estar das comunidades em geral. A política urbana (...) se constitui do conjunto de estratégias e ações que visam a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, conforme CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21.

241 Nesse sentido PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 282-283.

242 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38-39.

243 ALEXANDRE, op. cit., p. 53.

O artigo 78 do Código Tributário Nacional²⁴⁴ fixa o conceito legal de poder de polícia²⁴⁵ e o artigo 145, inciso II, da Lei Maior, revela que a referida espécie de taxa somente pode ser cobrada se a atividade estatal for efetiva, afastando-se a sua instituição se o exercício da fiscalização for meramente potencial. Desta feita, a taxa de polícia é diretamente vinculada à atividade estatal, em que a hipótese de incidência (exercício da fiscalização) está imediatamente referida ao sujeito passivo da relação tributária (pessoa que será obrigada a pagar o tributo).²⁴⁶

Assim, tendo a taxa fato gerador no exercício regular e efetivo do poder de polícia, incluindo o voltado à proteção do patrimônio cultural, como, por exemplo, a cobrança para emissão de autorização de intervenção em bens tombados, na área envoltória ou para fiscalização *in loco* de constatação do estado de conservação do imóvel protegido, os recursos dela advindos podem contribuir bastante para o incremento da efetividade da fiscalização dos inúmeros bens tombados, que é realizada por um quadro ínfimo de agentes públicos, que precisam ser altamente capacitados.²⁴⁷

Portanto, a tributação pode ser utilizada para estimular, por meio de incentivos fiscais a preservar o imóvel tombado, bem como, com o uso da contribuição de melhoria, ressarcir o Poder Público dos dispêndios decorrentes das obras da restauração que importarem em valorização dos imó-

244 “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

245 Aprofundamos o tema no subitem 3.4.

246 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. p. 146-147.

247 Em geral, os agentes fiscalizadores devem ter conhecimentos técnicos específicos, cuja capacitação demanda elevados recursos públicos e/ou formação em áreas como a arquitetura, engenharia, história, arqueologia, dentre outras.

veis adjacentes, além de poder angariar recursos, além dos advindos dos impostos, mediante taxas de polícia.

Além da tributação existem instrumentos de fomento a práticas conservadoras do patrimônio cultural e voltados a financiar as atividades de preservação e restauro de bens protegidos. A Constituição do Estado de São Paulo de 1989 determina, em seu artigo 263, que:

Artigo 263 – A lei estimulará, mediante mecanismos específicos, os empreendimentos privados que se voltem à preservação e à restauração do patrimônio cultural do Estado, bem como incentivará os proprietários de bens culturais tombados, que atendam às recomendações de preservação do patrimônio cultural.

A previsão da Constituição Paulista parte do pressuposto de que o incentivo é mais eficiente que a repressão. Isso porque o fomento faz com que o interessado atue em favor do meio ambiente cultural para obter determinada vantagem. Um instrumento de fomento eficaz permite uma melhor proteção do patrimônio cultural do que o uso da repressão, que, na maioria das vezes, ocorre por amostragem e demanda altos recursos. Ainda, permite-se com o fomento o aumento dos valores públicos e privados para a preservação dos bens tombados, como vimos com os incentivos fiscais (que também se inserem na “categoria” do fomento).

Como é cediço, a conservação e a restauração de bens tombados podem necessitar de elevados recursos financeiros. Sendo assim, os responsáveis pela preservação do bem devem ter acesso a linhas de crédito ou a recursos a fundo perdido para tutelarem efetivamente o patrimônio cultural. Nessa senda, destacamos a política de apoio a projetos de preservação e revitalização do patrimônio cultural brasileiro levada a efeito pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES), que seleciona projetos integrados de revitalização de cidades históricas, centros históricos ou outros perímetros, que visem à sua dinamização econômica a partir de ações de preservação do patrimônio cultural.

Ainda, o BNDES apoia financeiramente projetos de preservação de monumentos tombados pelo IPHAN, de restauro e adaptação de monumentos e outras edificações destinados primordialmente a abrigar instituições de alta relevância cultural ou histórica, bem como de recuperação e melhoria da infraestrutura de sítios considerados como patrimônio arqueológico, geológico ou paleontológico nacional tombados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e/ou considerados Patrimônio Mundial pela UNESCO.²⁴⁸ Revela-se a importância da utilização pelo Poder Público de linhas de crédito e apoios não reembolsáveis para fomentar a preservação do patrimônio cultural, por meio de agentes financiadores pertencentes à Administração Pública, diante da escassez de recursos públicos e privados destinados à restauração de bens tombados.

À semelhança tem-se o Programa Monumenta de recuperação do patrimônio cultural urbano brasileiro, executado pelo Ministério da Cultura e financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID,²⁴⁹ que se coaduna com os Princípios da Cooperação Internacional e da Solidariedade Interplanetária em Relação à Preservação e Transmissão do Patrimônio Comum às Futuras Gerações. Fazem parte dos objetivos do Programa preservar áreas prioritárias do patrimônio histórico e artístico urbano e estimular ações que aumentem a consciência da população sobre a importância de se preservar o acervo existente.²⁵⁰ O Programa Monumenta também objetiva estabelecer critérios de conservação, capacitar profissionais e estimular os projetos que viabilizem as utilizações econômicas, culturais e sociais das áreas em recuperação no âmbito do projeto, bem como, mediante a educação patrimonial, conscientizar a população sobre a importância de se preservar o patrimônio cultural.²⁵¹

248 Ver regulamento para apoio do BNDES a projetos de preservação e revitalização do patrimônio cultural brasileiro, disponível em http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atuacao/Cultura/Patrimonio_Cultural_Brasileiro/regulamento.html. Consultado em 10/09/2012.

249 Ver <http://www.monumenta.gov.br/site/> consultado em: 20/09/2012.

250 Coadunando-se com os princípios da informação, educação e participação.

251 Ver http://www.monumenta.gov.br/site/?page_id=166 consultado em: 20/09/2012.

Em São Paulo, destacam-se a conservação, com uso de recursos do Programa Monumenta, da Chaminé da Luz – Remanescente da Antiga Usina Elétrica da Luz, que abriga atualmente o Comando de Policiamento de Choque 9 de Julho da Polícia Militar do Estado, do Coreto nº. 2 do Parque da Luz, do Ponto de Bondes do Parque da Luz, da Praça Coronel Fernando Prestes e da Casa do Administrador do Parque da Luz, conforme Relatório de Conservação e Manutenção 2009 da Unidade Central de Gerenciamento do Programa Monumenta.²⁵²

Ainda, por meio do Programa Monumenta é possível obter financiamento com taxa de juro zero e prazos de dez a vinte anos para a recuperação e conservação de imóveis privados, situados nas áreas abrangidas pelo projeto. Independentemente da renda do interessado, são passíveis de financiamento as obras: a) de recuperação de fachadas e coberturas, incluindo, sempre que necessário, a demolição de acréscimos que tenham descaracterizado a edificação; b) de estabilização ou consolidação da estrutura de imóvel; e c) de embutimento da fiação elétrica em condutos e adequação dos quadros de distribuição e medição de luz. As famílias de renda inferior a três salários mínimos por mês, ainda podem financiar as reformas internas do imóvel para atender à legislação sanitária brasileira quanto à iluminação natural, ventilação e instalações sanitárias e para a adequação do bem buscando a geração de renda.²⁵³

Cumprе salientar que, com o Programa Monumenta, permitiu-se, mediante lei, a criação de Fundos Municipais de Preservação do Patrimônio Histórico e Cultural – FUNPATRI, que têm como uma de suas fontes obrigatórias de recursos o resgate de empréstimos concedidos a proprietários de imóveis privados restaurados com recursos advindos do Programa Monumenta. Ainda, o FUNPATRI tem como fonte obrigatória de recursos dotações orçamentárias específicas do Município e podem receber recursos

252 Disponível em: <http://www.monumenta.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/06/relatorio-anual-de-conservacao-e-manutencao-sao-paulo-2009.pdf>. Consultado em 20/09/2012.

253 Ver http://www.monumenta.gov.br/site/?page_id=168. Acesso em: 20/09/2012.

provenientes de aluguéis, concessões de uso, convênios, acordos, doações, contribuições de melhoria e de instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade.²⁵⁴

Ainda, a Administração Pública tem à disposição recursos provenientes do fundo de defesa de direitos difusos, instituído pela Lei nº. 7.347/1985, que recebe valores decorrentes de ações civis públicas e de compromissos de ajustamento de conduta (artigo 13 da LACP e artigo 100, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/1990). O artigo 6º, do Decreto nº. 1.306/1994, que regulamenta o fundo, estipula:

Art. 6º Compete ao CFDD:

I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990 e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no art. 1º deste Decreto;

II - aprovar convênios e contratos, a serem firmados pela Secretaria-Executiva do Conselho, objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo;

III - examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;

IV - promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos;

V - fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no art. 1º deste Decreto;

VI - promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos;

254 Confira-se o Decreto nº. 8.525/2006, do Município de Manaus/AM, que regulamenta o FUNPATRI, criado pela Lei Municipal nº. 722/2003, e a regulamentação do fundo estabelecida pelo Decreto nº. 497/2007 e pela Lei Municipal nº. 93/2002, de São Francisco do Sul/SC, que elucidam a regulamentação local do FUNPATRI.

VII - examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas a que se refere o art. 1º deste Decreto;

VIII - elaborar o seu regimento interno.

Destarte, os montantes recolhidos ao fundo de interesses difusos podem ser utilizados para a restauração e preservação de bens protegidos pelo tombamento, tanto por meio da atuação direta estatal (art. 6º, I) quanto por fomento a atividades de proteção ao patrimônio cultural (art. 6º, VI), e os valores advindos de indenizações por danos ao patrimônio cultural, preferencialmente, devem ser utilizados para a tutela do meio ambiente cultural, pois os recursos devem ser prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado que originou o valor recolhido ao fundo (artigo 7º, parágrafo único, Decreto nº. 1.306/1994).

Ainda, diante da necessidade de se criar incentivos e obter recursos voltados à preservação do patrimônio cultural, a Lei nº. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, também conhecida como Lei Rouanet, instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC com a finalidade de captar e canalizar recursos para o setor cultural, incluindo a destinação de recursos para preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural brasileiro (artigo 1º, VI).

O PRONAC tem como mecanismos o Fundo Nacional da Cultura (FNC), o Fundo de Investimento Cultural e Artístico (FICART) e o incentivo a projetos culturais. Os incentivos à preservação e difusão do patrimônio histórico incluem projetos de conservação e restauração de imóveis tombados e de restauração de obras de artes e bens móveis ou imóveis de reconhecido valor cultural (artigo 3º, III, alíneas “b” e “c”, da Lei Rouanet). O Fundo Nacional da Cultura pode destinar recursos a projetos que contribuam para a preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro (art.4º, IV). Os valores advindos do FNC podem ser utilizados em forma de apoio a fundo perdido ou de empréstimos reembolsáveis. O artigo 5º da Lei nº. 8.313/1991 indica quais as fontes que compõem o FNC.

Como forma de incentivo, a Lei Rouanet possibilita a pessoas físicas ou jurídicas optarem por aplicar parcelas do Imposto sobre a Renda, por meio de doações ou patrocínios, em apoio direto aos projetos culturais ou como contribuição ao FNC (artigo 18). Ainda, equiparam-se a doações as despesas efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas com o objetivo de conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade ou sob sua posse legítima, tombados pelo Governo Federal (artigo 24, II).

Assim, a Lei Rouanet permite a restauração, conservação e preservação de bens tombados mediante instrumentos de fomento, consistentes no apoio a fundo perdido ou na forma de empréstimos a projetos culturais, bem como, mediante incentivos fiscais, estimula a doação e o patrocínio de pessoas físicas ou jurídicas a projetos de proteção e difusão do patrimônio cultural.

Na mesma vereda da Lei Rouanet e da algures mencionada Lei Mendonça da Cidade de São Paulo, a Lei Paulista nº. 12.268, de 20 de fevereiro de 2006, instituiu o Programa de Ação Cultural, que objetiva, dentre outros, preservar e difundir o patrimônio cultural, material e imaterial do Estado de São Paulo (art. 2º, II). Por meio do Programa de Ação Cultural – ProAC é possível premiar projetos, mediante concurso público, voltados à preservação e difusão do patrimônio cultural, que são conhecidos como editais – ProAC.

O edital ProAC nº. 23/2012 foi o pioneiro na seleção de projetos de restauração de imóveis tombados pelo CONDEPHAAT. O referido edital fixou prêmios entre R\$ 240.000,00 e R\$ 450.000,00 para a execução de projetos para restauração do “Palácio do Imperador”, em Itapura, da “Casa Caramuru”, em Ribeirão Preto, e do “Sobrado Coronel Esméδιο”, em Porto Feliz.

Ainda, o ProAc permite, mediante concurso público, a seleção de projetos voltados à preservação e difusão do patrimônio cultural que podem receber patrocínios de contribuintes habilitados do Imposto de Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, que poderão deduzi-los do valor do imposto a recolher (art. 6º, da Lei Estadual nº. 12.268/2006). No

ano de 2012 R\$ 118.000.000,00 (cento e dezoito milhões de reais) foram destinados ao ProAc – ICMS, limite global máximo da Lei Estadual nº. 12.268/2006 (art. 6º, §1º, 2), conforme Resolução SF nº. 76, de 26 de outubro de 2012.

Ademais, o Poder Público deve buscar outras formas de financiamento, com a finalidade de restaurar os bens tombados deteriorados, junto à iniciativa privada. Na cidade de São Paulo, a Lei municipal nº. 14.223, de 26 de setembro de 2006, chamada “Lei Cidade Limpa”, restringiu a utilização de anúncios pela urbe, vedando *outdoors* e afins, além de regular o tamanho de letreiros e placas de estabelecimentos comerciais.

Excepcionalmente, os *outdoors* podem ser utilizados com base no artigo 50 da Lei Cidade Limpa.²⁵⁵ Assim, a Prefeitura do Município de São Paulo, segundo informação do jornal *A Folha de S.Paulo*,²⁵⁶ por meio de anúncios publicitários, pretende arrecadar recursos com o fim de efetivar a restauração e conservação de imóveis de interesse público. Assim, os demais entes federados devem criar diversos instrumentos jurídicos que angariem recursos para a tutela do patrimônio cultural especialmente protegido, a exemplo da Lei Cidade Limpa do Município de São Paulo.

255 “Art. 50. O Poder Executivo poderá celebrar termo de cooperação com a iniciativa privada visando à execução e manutenção de melhorias urbanas, ambientais e paisagísticas, bem como à conservação de áreas municipais, atendido o interesse público.

§ 1º. O Poder Executivo estabelecerá critérios para determinar a proporção entre o valor financeiro dos serviços e obras contratadas e as dimensões da placa indicativa do termo de cooperação, bem como a forma de inserção dessas placas na paisagem.

§ 2º. Os termos de cooperação terão prazo de validade de, no máximo, 3 (três) anos e deverão ser publicados na íntegra no Diário Oficial da Cidade, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data de sua assinatura, observadas as normas constantes desta lei e as disposições estabelecidas em decreto.”

256 “Anúncio vai bancar restauro do edifício Guinle no centro de SP

Quase cinco anos após a implantação da lei Cidade Limpa em São Paulo, o edifício Guinle (no centro) vai estampar anúncio em sua fachada. O uso da publicidade vai financiar o restauro do imóvel, segundo reportagem de Silas Marti publicada na edição desta quarta-feira da Folha.(...)

Desenho do arquiteto Hyppolito Gustavo Pujol Júnior, o prédio de sete andares construído em 1913 será o primeiro a usar o artigo 50 da Lei Cidade Limpa, que permite a publicidade com esse fim.” *Anúncio vai bancar restauro do edifício Guinle no centro de SP. Folha de S.Paulo*, São Paulo, *Ca-derno Cotidiano*, 11/05/2011 (disponível em: <http://folha.com/ct914182>. Acesso em: 11/8/2012).

Ademais, poderia a lei prever formas de compensação pelo particular pela realização das obras de restauro e conservação, tal como a cessão do direito de usar e gozar para a Administração por prazo determinado. O Estado de São Paulo alienou um imóvel público tombado, em que parte do terreno foi utilizada pelo adquirente para a expansão de um Shopping Center, restando acordado que o palacete inserido no terreno, de relevante valor histórico, seria restaurado pelo comprador e cedido pelo prazo prorrogável de vinte anos para uso da Secretaria de Estado da Cultura. Noutros casos, o Estado permitiu, por meio da permissão de uso, a utilização de imóveis tombados a associações sem fins lucrativos, condicionadas à restauração e preservação dos bens, além da realização de atividades de interesse cultural nestes locais.

Destarte, nos casos de insuficiência de recursos do proprietário e restauro levado a efeito do Poder Público, a legislação poderia estabelecer alguma contrapartida do particular conferindo à Administração, *v.g.*, o usufruto do bem por período legalmente definido. Para tanto, faz-se necessária a atualização, por exemplo, do Decreto-lei nº. 25/1937, que permite a execução direta pelo Poder Público das obras de restauro na hipótese de indisponibilidade de recursos do proprietário sem prever qualquer contraprestação do proprietário beneficiado (art. 19).

3.3. Judiciais

Dentre os instrumentos jurídicos voltados à restauração dos bens protegidos, destacam-se ações individuais e as que tutelam interesses metaindividuais, que podem ser manejadas na proteção do patrimônio cultural, permitindo que a conservação e/ou restauração dos imóveis tombados sejam determinadas judicialmente.

O proprietário de bem tombado que não dispõe dos recursos necessários para realizar as obras de conservação e reparação pode, caso seja negada administrativamente, ajuizar ação individual em face do ente responsável pelo tombamento para obrigá-lo a efetivá-las, com base no artigo

19 do Decreto-lei nº. 25/1937. Releva observar que, em tese, pode o autor requerer, subsidiariamente, o cancelamento²⁵⁷ do tombamento se, no âmbito administrativo, ele tiver comunicado o fato e as obras sido reconhecidas como necessárias, mantendo-se a Administração Pública inerte.

Ainda, se considerado que o proprietário carente de recursos tem direito líquido e certo à restauração do bem tombado, poderia ser impetrado *mandado de segurança* contra decisão da Administração Pública contrária à solicitação do administrado, se proferida ilegalmente ou com abuso de poder da autoridade coatora. Nesse caso, o *writ*, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Maior, seguiria a disciplina da Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009, podendo qualquer pessoa física ou jurídica, que sofrer violação a direito líquido e certo ou houver justo receio de sofrê-la, impetrá-lo.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever o *mandado de segurança coletivo*, na defesa de direitos líquidos e certos, no art. 5º, LXX, que dispõe:

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Na lição de Pedro Lenza:

Com o mandado de segurança coletivo, busca-se a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (campo residual), contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de au-

257 Conforme defendido alhures, essa hipótese de cancelamento do tombamento não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois a falta de recursos do proprietário conjugada com a omissão do Poder Público não pode subjugar o direito fundamental à preservação do meio ambiente cultural para as presentes e futuras gerações.

toridade, buscando a preservação (preventivo) ou reparação (repressivo) de interesses transindividuais, sejam individuais, homogêneos ou coletivos.²⁵⁸

O novel diploma legal sobre o mandado de segurança (Lei nº. 12.016/2009) trata do remédio coletivo nos artigos 21²⁵⁹ e 22,²⁶⁰ que conceitua os direitos metaindividuais amparados, bem como restringe a legitimidade ativa e os efeitos da coisa julgada. Sobreleva transcrever, a respeito da ausência na lei da menção aos direitos difusos como passíveis de proteção por meio do Mandado de Segurança Coletivo (art. 21, parágrafo único), a lição de Teori Zavascki, que preconiza:

A limitação imposta pelo legislador ordinário não representa, todavia, uma proibição ou impedimento de caráter absoluto. Não se pode, assim, descartar inteiramente a hipótese de tutela de direitos difusos por mandado de segurança. Para que isso ocorra, todavia, será indispensável a configuração simultânea de dois pressupostos essenciais: (a) que a tutela do referido di-

258 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 813.

259 “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

260 “Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.”

reito objeto da impetração se comporte no âmbito material da legitimação do impetrante; e (b) que a lesão ou ameaça ao direito por ato ilegítimo de autoridade seja suscetível de demonstração por prova documental pré-constituída.²⁶¹

Em relação à legitimidade ativa, a Carta Magna a conferiu aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou seja, aqueles que tenham ao menos um filiado Deputado Federal ou Senador, e às organizações sindicais, entidades de classe e associações. Relevar observar que a Lei Maior, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, exige o requisito temporal de funcionamento a mais de um ano apenas das associações, estando as entidades de classe e as organizações sindicais dispensadas deste.²⁶² Também, importa destacar que o art. 21 da Lei nº. 12.016/2009 dispensou a autorização especial para a impetração do *writ*, corroborando o entendimento da Súmula 629 do STF²⁶³.

Ainda, merece destaque que a aludida lei restringiu os interesses que podem ser tutelados via Mandado de Segurança Coletivo. Desta forma, os partidos políticos atuam na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, e as organizações sindicais, entidades de classe e associações, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades.

Ademais, o art. 22 da Lei nº. 12.016/2009 limitou a coisa julgada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Desse modo, apenas os integrantes dos entes legitimados estariam amparados pelo Mandado de Segurança Coletivo, restando dúvidas sobre a constitucionalidade das restrições introduzidas pela Lei nº. 12.016/2009, mormen-

261 ZAVASCKI, Teori Albino. *O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 795.

262 RE 198.919-DF, DJ 15-6-1999, Rel. Min. Ilmar Galvão.

263 "Súmula n. 629: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes".

te quanto aos partidos políticos que não sofrem qualquer limitação no texto constitucional,²⁶⁴ visto que a lei parece não se coadunar com os objetivos da Constituição Federal de ampla proteção da sociedade, evitando inúmeras demandas individuais.

Assim, o Mandado de Segurança Coletivo se afigura como um importante instrumento, que pode ser utilizado por associações em sentido amplo, na defesa de direitos líquidos e certos transindividuais, incluindo a defesa do patrimônio cultural e, por conseguinte, a conservação e restauro dos bens imóveis tombados.

Outro instrumento de tutela judicial voltado à restauração e preservação dos bens tombados é a *ação de improbidade administrativa*.²⁶⁵ Parece-nos possível, por meio da aludida demanda, a responsabilização, nos casos de evidente desídia, do agente público²⁶⁶ que retardou ou deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício que permitiria a realização, pela Administração Pública, das obras de conservação e/ou restauro admitidas como necessárias, após a comunicação do proprietário carente de recursos. Destarte, configurar-se-ia ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública, descrito no artigo 11, inciso II, da Lei n.º. 8.429/1992²⁶⁷. O elemento subjetivo, o dolo, deve ser provado

264 LENZA, op. cit., p.814.

265 Conceitua João Batista de Almeida: “Improbidade administrativa significa desonestidade, infringência ao princípio da moralidade administrativa, com enriquecimento ilícito do agente, dano ao erário ou ofensa aos princípios constitucionais da administração pública e às normas legais.” (ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45).

266 O artigo 2º da Lei de Improbidade considera agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Direita, Indireta, nas empresas incorporadas ao patrimônio público e nas entidades cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual.

267 “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
[...]

na referida ação de improbidade, porém, a escorreita comunicação do proprietário afastaria, em tese, eventuais alegações de desconhecimento pelo ímprobo da situação e da obrigação imposta pelo ordenamento.

Infelizmente, o próprio Poder Público, responsável por fiscalizar se os particulares cumprem seu dever legal, por vezes, é o proprietário de imóveis protegidos deteriorados. Dentre inúmeros casos de abandono pela Administração Pública, a *Folha de S.Paulo* noticiou que uma autarquia federal foi condenada a restaurar bens tombados de sua propriedade, que se encontram abandonados, sem uso (salvo por sem-teto e usuários de drogas),²⁶⁸ ao arrepio da função social da propriedade. Assim, nos casos

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;”

268 “*Justiça manda governo federal recuperar casarões em São Paulo*

Entre a sofisticação de Higienópolis e a subversão do Baixo Augusta, ainda se mantêm de pé três casarões do século 20 que sofrem com o abandono e viraram alvo de sem-teto e usuários de drogas.

Agora, decisão da Justiça manda o proprietário, o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), ‘contratar obras emergenciais de conservação e restauração dos imóveis’ em até 90 dias.

Ainda cabe recurso.

Tombados em 2006 pelo CONPRESP (órgão de preservação do patrimônio histórico), os imóveis, na rua da Consolação (região central de São Paulo), estão abandonados há pelo menos oito anos. ‘Aqui precisa de vigilância 24 horas para não ter invasão de ‘noias’’, diz Francisco de Assis, segurança do local.

Por causa do abandono, os imóveis tornaram-se alvo de ação do Ministério Público Federal, cuja sentença saiu na última terça-feira.

O descaso com os imóveis é visível. As casas estão deterioradas, com infiltração de água da chuva e excesso de sujeira.

Duas delas correm risco de desabar. Estão em avançado estado de degradação, com janelas quebradas, paredes lascadas e colunas trincadas.

HERANÇA HISTÓRICA

As três casas são representativas da arquitetura em estilo florentino, de origem italiana. Elas mantêm características da tipologia residencial do início do século 20, que fez parte do movimento de expansão da região central em direção ao espigão da avenida Paulista.

“Esse tipo de casa foi desaparecendo em conjunto com a verticalização da Consolação”, diz Walter Pires, diretor do Departamento do Patrimônio Histórico de São Paulo.

A casa no número 1.075, por exemplo, já foi habitada por uma das famílias mais tradicionais da capital, os Antunes de Abreu. De 1986 a 2004, foi uma creche. Depois, virou abrigo de sem-teto.

Na ação, o INSS alegou falta de verba para o restauro e interesse em vender os bens. O que a Procuradoria considerou ‘inaceitável’.

Na sentença consta que, ‘sendo uma autarquia federal, [o INSS] não pode isentar-se da responsabilidade de conservação dos imóveis’, segundo o juiz Marcelo Saraiva, da 15ª Vara Federal Cível.

em que o bem tombado pertencer à Administração, o agente público pode cometer ato de improbidade administrativa, que enseja prejuízo ao erário, ao agir negligentemente no que diz respeito à conservação do patrimônio público (artigo 10, inciso X, da Lei nº. 8.429/1992).

A legitimidade ativa para as ações de improbidade restringe-se ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada, dentre as elencadas no artigo 1º da Lei nº. 8.429/1992²⁶⁹. Quando o *Parquet* não ajuizar a ação, necessariamente atuará como fiscal da lei, e a pessoa jurídica interessada que não figurar desde o início como autora, poderá optar por abster-se de contestar o pedido ou ingressar como litisconsorte ativo (art. 17, §3º). A respeito da natureza jurídica da ação de improbidade, aduz a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Vem se firmando o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade, a Lei nº. 7.347, de 24-7-85. (...)

Essa conclusão encontra fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação

Caso o INSS não realize as obras emergenciais dentro do prazo estipulado, terá de pagar multa diária de R\$ 10 mil para cada item descumprido.

O órgão diz que só vai se pronunciar quando for notificado da decisão judicial, o que deve ocorrer ainda nesta semana. Informa também que negocia a venda desses imóveis com a prefeitura". KAMANCHEK, Amanda. Justiça manda governo federal recuperar casarões em São Paulo. *Folha de S.Paulo*, 28/10/2012, *Caderno Cotidiano* (disponível em: <http://folha.com/no1176296>, acesso em: 29/10/2012).

269 "Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos."

à redação original da Lei 7.347, que somente a previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.²⁷⁰

Noutro sentido, o professor José dos Santos Carvalho Filho sustenta existir um regime dual entre a ação de improbidade e a ação civil pública, tendo cada uma seus próprios pontos de identificação e aspectos específicos, especialmente, quanto aos elementos de que se compõem, que são diversos em vários aspectos, tais como a legitimidade ativa e o fundamento da causa de pedir.²⁷¹

Por sua vez, a *Ação Civil Pública*, talvez o instrumento processual mais notório de proteção dos interesses transindividuais, é disciplinada pelo microsistema composto pela Lei n.º. 7.347/1985 e pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC), que permite a defesa dos interesses transindividuais pelos entes colegitimados elencados no art. 5º da LACP e no art. 82 do Código Consumerista.

A ação civil pública surgiu com a Lei Complementar n.º. 40/1981 (Lei Orgânica do Ministério Público) como uma das funções institucionais do *Parquet*. Entretanto, inexistia um conceito legal naquele diploma, sendo utilizada na atuação não criminal do Ministério Público, a exemplo da defesa do meio ambiente, através de ação de reparação de danos lastreada na Lei n.º. 6.938/1981.²⁷² Com o advento da Lei n.º. 7.347/1985 utilizou-se o termo “ação civil pública” para as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e, posteriormente, estendido à ordem urbanística, por infração à ordem eco-

270 DI PIETRO, op. cit., p. 904.

271 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 490-497.

272 DI PIETRO, op. cit., p. 872.

nômica e da economia popular, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.²⁷³

A Constituição Federal de 1988 prevê a ação civil pública no art. 129, inciso III, *in verbis*: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

O art. 5º da Lei nº. 7.347/1985 arrola como legitimados à propositura da ação civil pública: I- Ministério Público; II – Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e V – as associações.

Todavia, a associação deve ter representatividade adequada para propor a ação civil pública, para tanto deve ter sido constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e incluir em suas finalidades institucionais a proteção do interesse metaindividual tutelado. A constituição prévia pode ser dispensada pelo juiz, quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º, §4º, da LACP). Ainda, nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços (art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº. 9.494/1997). Observamos que a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pelas associações se mostra importante meio de participação da sociedade civil organizada em defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.²⁷⁴

273 Ver art. 1º da Lei n. 7.347/1985 e suas alterações pela Lei nº. 8.078/1990 e pela MP nº. 2.180/2001.

274 É essencial que a sociedade se organize, como forma de aumentar seu potencial de contestação, de legítima pressão e postulação; já demonstrou ser capaz de derrubar até os regimes absolutistas

A legitimação para propor ação civil pública é concorrente e disjuntiva. Concorrente porque o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC formam um rol de colegitimados para proporem as ações na defesa de interesses transindividuais, sem que exclua a possibilidade de o substituído propor ação própria. Disjuntiva em razão da desnecessidade de atuação em litisconsórcio dos colegitimados, que podem atuar isoladamente. Ainda, o entendimento de um colegitimado não obsta a atuação do outro. Desse modo, se o Ministério Público arquivar um Inquérito Civil, nada impede que outro colegitimado ajuíze a ação que julgar necessária, entretanto, o *Parquet* atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Devemos anotar que a disciplina legal da ação civil pública é realizada pelo sistema de vasos comunicantes entre a Lei nº. 7.347/1985 e a Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública²⁷⁵ e do art. 90 do *codex* consumerista²⁷⁶. Desta forma, o objeto da ação coletiva não se limita à reparação de danos morais e patrimoniais, pois o art. 83 do CDC²⁷⁷ permite a propositura de todas as espécies de demandas capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses transindividuais. Ainda, os efeitos da coisa julgada (extensão *secundum eventum litis*) são *erga omnes* na defesa de inte-

ou totalitários; mas isto se deu de maneira episódica e histórica. A necessidade de que essa atuação se apresente constante, influenciando na tomada de decisões políticas escorregadas e direcionadas do bem-estar social; bem como tutelando, inclusive através da judicialização de causas, os interesses da coletividade em geral, ou de grupos com certa expressão. Esse tipo de atuação ou participação traduz exercício da democracia e propicia inegável equilíbrio das relações entre forças condicionantes ou direcionadoras de uma sociedade. Nesse passo, para que a democracia no País seja cada vez mais efetiva, é preciso que se incentive a organização da sociedade civil, aumentando-se o número de associações e fundações, para que possa a própria sociedade, aos poucos – mas não vagarosamente – ser autossuficiente para tutelar, de forma efetiva, seus interesses, sem depender exclusiva, ou quase que exclusivamente, do Estado.

275 Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

276 Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

277 Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

resses difusos e/ou individuais homogêneos e *ultra partes* na proteção de interesses coletivos *stricto sensu*, por força do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁸.

Sendo assim, a ação civil pública é adequada para ser utilizada pelos colegitimados na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, incluindo, portanto, a tutela do patrimônio cultural. Desse modo, a ação civil pública pode ter diversos objetos voltados à proteção e restauro de bens tombados, por exemplo, para obrigar o proprietário e, nos casos de insuficiência de recursos, a Administração Pública, a restaurar um imóvel protegido deteriorado, pode impedir que ele seja destruído ou alterado sem autorização do órgão competente, obrigar o Poder Público a efetuar obras emergenciais de escoramento para evitar que o bem desfaleça antes de se buscar a completa restauração pelo responsável. Ainda, nos casos de dano ao patrimônio cultural, a ação civil pública deve objetivar o retorno ao *status quo ante* com a completa restauração do bem vulnerado e, se inviável, buscar a compensação ou, em último caso, indenização a ser revertida ao fundo de interesses difusos.

Demais disso, a Constituição da República possibilita aos cidadãos o ajuizamento de *ação popular* para a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art.5º, LXXIII), sendo meio importantíssimo de consecução do Princípio da Participação. A ação popular resta disciplinada pela Lei nº. 4.717/1965, que confere legitimação ativa a qualquer cidadão, qualidade

278 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

comprovada mediante o título eleitoral ou documento equivalente,²⁷⁹ para anular atos lesivos aos interesses transindividuais indicados no texto constitucional.

A respeito do rito procedimental da ação popular ambiental, que tutela o patrimônio cultural e deve ser utilizada para promover a restauração e conservação de bens tombados, o professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo destaca:

Importante frisar que a ação popular presta-se à defesa de bens de natureza pública (patrimônio público) e difusa (meio ambiente), o que implica a adoção de procedimentos distintos. Com efeito, tratando-se da defesa do meio ambiente, o procedimento a ser adotado será o previsto na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, constituindo, como sabemos, a base da jurisdição civil coletiva. Por outro lado, tratando-se da defesa de bem de natureza pública, o procedimento a ser utilizado será o previsto na Lei n. 4.717/65.²⁸⁰

Mostra-se a ação popular um dos meios mais importantes à disposição do cidadão para, por exemplo, obrigar judicialmente a restauração dos bens tombados pelos responsáveis, devendo – por consubstanciar o Princípio da Participação – ser amplamente utilizada na tutela do patrimônio cultural e dos bens imóveis protegidos.

279 Esclarece Celso Antonio Pacheco Fiorillo sobre o conceito de cidadão ligado à condição de eleitor que: “Este conceito de cidadão se aplicava para os casos em que a ação era utilizada para proteger *coisa pública (res nullius)*, uma vez que, nessas situações, se compreendia a relação entre o conceito de cidadão e a utilização desse remédio constitucional. Todavia, aludida relação em sede de ação popular ambiental não é acertada, porquanto estaria restringindo o conceito de cidadão à ideia ou conotação política, ou seja, somente o indivíduo quite com as suas obrigações eleitorais poderia utilizar-se da ação popular. Dessa forma, em sendo de *todos* os bens ambientais, nada mais lógico que não só o eleitor quite com a Justiça Eleitoral, mas todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País possam ser rotulados cidadãos para fins de propositura da ação popular ambiental” (FIORILLO, op. cit., p. 692-693). Também nesse sentido GRANZIERA, op. cit., p. 751-752.

280 FIORILLO, op. cit., p. 690.

3.4. Sancionatórios

Importante modo de exigir, coercitivamente, a conservação e a restauração dos bens imóveis tombados é por meio do uso de sanções administrativas e penais,²⁸¹ que são independentes, mas podem ser impostas conjuntamente, pela Administração e por decisão do Poder Judiciário, respectivamente. As sanções administrativas inserem-se no exercício do poder de polícia da Administração, enquanto as sanções penais são impostas por condenação judicial.

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles, atualizada por Eurico Azevedo, Délcio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, poder de polícia:

É a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.²⁸² (destaques no original)

Do mesmo modo, José dos Santos Carvalho Filho descreve poder de polícia como “a prerrogativa de direito público que, calcado na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e

281 Conforme Cleber Masson: “sanção penal consiste na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais” (MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 541)

282 MEIRELLES, op. cit., p.131.

da propriedade em favor do interesse da coletividade”.²⁸³ Por seu turno, o professor Paulo Affonso Leme Machado bem conceitua:

Poder de Polícia Ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.²⁸⁴

O conceito legal de poder de polícia está previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, que trasladamos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Em sentido amplo²⁸⁵ o poder de polícia abrange toda ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais, destacando-se a função legiferante, imanente ao Poder Legislativo, que por meio das leis estabelece os contornos jurídicos da propriedade e liberdade dos administrados²⁸⁶. Em sentido estrito, é a atividade administrativa consistente na prerrogativa dos agentes da Administração de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.²⁸⁷

283 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 83.

284 MACHADO, op. cit., p. 385.

285 CARVALHO FILHO, op. cit., p.82.

286 VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 22.

287 CARVALHO FILHO, op. cit., p.82.

Desta feita, o poder de polícia age mediante ordens e proibições e, sobretudo, por normas limitadoras e sancionadoras da conduta dos que utilizam bens ou exercem atividades que possam afetar a coletividade.²⁸⁸ Por meio do exercício do poder de polícia, o Estado pode criar atos normativos e efetuar atos e comportamentos²⁸⁹ com suporte em lei, tal como as ações de vigilância, incluindo a prerrogativa de adentrar em imóveis tombados. Assim, decorrem da vertente legiferante do poder de polícia as restrições impostas por leis, decretos e demais atos normativos aos proprietários de bens tombados, bem como dos inseridos em sua área envoltória. Ainda, advêm do poder de polícia a fiscalização e a possibilidade de a Administração impor sanções administrativas aos administrados. Lembremo-nos que essa vertente do poder de polícia (vigilância) foi erigida ao patamar de instrumento constitucional de preservação do patrimônio cultural (artigo 216, §1º, da CF).

O poder de polícia é um importantíssimo instrumento de coerção disponível à Administração Pública capaz de influenciar ou determinar a atuação dos administrados, sendo assim, a eficiente fiscalização tende a cumprir sua função preventiva, evitando a ocorrência de danos ao patrimônio cultural, vez que torna a conduta lesiva suscetível a sanções administrativas.

O conceito legal de infração administrativa ambiental está previsto no artigo 70, *caput*, da Lei nº. 9.605/1998, que dispõe: “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

Na lição de Édis Milaré:

Trata-se de um tipo infracional aberto, que possibilita ao Administrador agir com ampla discricionariedade, ao buscar a subsunção do caso concreto na tipificação legal adotada, para caracterizá-lo como infração administrativa ambiental. Ora, como expresso na doutrina, essa modalidade de tipo é admitida inclusive na esfera penal; portanto, não pode haver dúvidas

288 MEIRELLES, op. cit., p. 138.

289 VITTA, op. cit., p. 22.

quanto à legalidade de sua utilização em matéria de infrações administrativas.²⁹⁰

O Decreto federal nº. 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o respectivo processo administrativo federal, prevê as seguintes infrações contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural:

Art. 72. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

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

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

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Art. 73. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Art. 74. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Art.75. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação alheia ou monumento urbano:

Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

290 MILARÉ, op. cit., p. 1159.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada, a multa é aplicada em dobro.

Os tipos utilizam a expressão “bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, assim, não se limitam a proteger apenas os bens tombados,²⁹¹ se existir o reconhecimento de valor cultural, indicado no art. 216 da CF, pelo Estado a conduta perpetrada deve sofrer a devida sanção administrativa.

Devemos destacar que as condutas descritas nos tipos previstos no Decreto n.º. 6.514/2008 são as mesmas utilizadas pela Lei n.º. 9.605/1998²⁹² (Lei de Crimes Ambientais) para tipificar as infrações penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Dessarte, em tese, quando houver a ocorrência de delito estaria configurada, da mesma forma, a infração administrativa.

Contudo, devemos recordar da independência das esferas administrativas e penal (art. 225, § 3º, da CF), podendo o órgão responsável pela aplicação da sanção administrativa divergir da decisão criminal, salvo nos casos em que a coisa julgada da instância penal repercutir nas outras esferas (reconhecimento da autoria ou da inexistência do fato). Ainda, observamos que, para a aplicação das sanções administrativas, não se faz necessária a comprovação de dolo ou culpa, tal como na esfera penal. Basta a verificação da existência do dano, da autoria e do nexa causal.²⁹³

A Lei n.º. 9.605/1998 determina que os valores arrecadados em pagamentos de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Na-

291 Existe posição que atribui aos bens inventariados a qualificação de “especialmente protegidos”, lembrando que o instrumento aguarda regulamentação legal pela União (a competência legislativa nesse caso é concorrente, podendo aos Estados e ao Distrito Federal legislar plenamente, enquanto a União não editar normas gerais – art. 24, §4º, da CF), veja-se a propósito MIRANDA, op. cit., p. 103-104.

292 Arts. 62 a 64 da Lei federal n.º. 9.605/1998. O artigo 65 da Lei de Crimes ambientais tem descrição do tipo diferente do artigo 75 do Decreto n.º. 6.514/2008, em razão da alteração levada a efeito pela Lei n.º. 12.408/2011, que retirou do tipo penal a conduta de “grafitar” quando objetivar a valorização do patrimônio e for precedida da devida autorização do proprietário do bem privado e dos órgãos responsáveis pela conservação do patrimônio cultural quando o grafite ocorrer em bem público.

293 GRANZIERA, op. cit., p. 681.

cional do Meio Ambiente, Fundo Naval, fundos estaduais e municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador competente (art. 73).

O famigerado Decreto-lei nº. 25/1937 prevê diversos fatos que ensejam a aplicação de sanções administrativas, v.g., artigos 13, §1º e 2º²⁹⁴, 15, §§1º, 2º e 3º²⁹⁵, 16, *caput*²⁹⁶, 17, *caput* e parágrafo único²⁹⁷, 18²⁹⁸, 19²⁹⁹,

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

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.”

295 “Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

§ 1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que este se faça.

§ 2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dobro.

§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.”

296 “Art. 16. No caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da coisa.”

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

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.”

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

299 “Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.”

20³⁰⁰, 22, § 2º³⁰¹, 27³⁰² e 28³⁰³.

Por sua vez, a Lei nº. 3.924/1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, instituiu multa àqueles que, quando da sua publicação, exerciam a exploração de jazidas arqueológicas ou pré-históricas e não comunicaram a atividade à diretoria do Patrimônio Histórico Nacional (artigo 4º) e previu a possibilidade de aplicar sanção administrativa aos que realizarem escavações arqueológicas ou pré-históricas, infringindo as previsões legais (artigo 25).

No Estado de São Paulo, a Lei estadual nº. 10.774/2001, regulamentada pelo Decreto estadual nº. 48.439/2004, dispõe sobre aplicação de multas por danos causados a bens tombados ou protegidos pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo – CONDEPHAAT. Conforme o disposto no artigo 4º, *caput*, da referida lei paulista³⁰⁴, o valor das multas aplicadas pelo

300 “Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que fôr julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dôbro em caso de reincidência.”

301 “Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

§ 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias.”

302 “Art. 27. Sempre que os agentes de leilões tiverem de vender objetos de natureza idêntica à dos mencionados no artigo anterior, deverão apresentar a respectiva relação ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de incidirem na multa de cinquenta por cento sôbre o valor dos objetos vendidos.”

303 “Art. 28. Nenhum objeto de natureza idêntica à dos referidos no art. 26 desta lei poderá ser posto à venda pelos comerciantes ou agentes de leilões, sem que tenha sido préviamente autenticado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou por perito em que o mesmo se louvar, sob pena de multa de cinquenta por cento sôbre o valor atribuído ao objeto.”

304 “Artigo 4º - O valor das multas a que se refere esta lei será recolhido ao Fundo Especial de

CONDEPHAAT deve ser recolhido ao Fundo Especial de Despesa da Secretaria de Estado da Cultura, podendo ser utilizado – mas não obrigatoriamente – na restauração e preservação de bens tombados.

Depreende-se das citadas normas que os montantes levantados com as sanções administrativas não estão vinculados à preservação e recuperação de bens culturais protegidos,³⁰⁵ fato este que diminui os recursos disponíveis pela Administração Pública na consecução dos deveres de preservação do patrimônio cultural legalmente impostos.

Ainda, a mera imposição de multa revela-se como medida inócua à restauração nos casos em que o “abandono” decorre da falta de recursos financeiros dos responsáveis pela preservação do bem protegido, sendo, portanto, necessária a utilização de outras medidas, além da coerção por meio de sanções pecuniárias.

Por sua vez, a possibilidade de se impor sanções penais, pela realização de uma conduta comissiva ou por não efetuar determinados comportamentos (nas infrações penais omissivas) previstos nos tipos penais, também se revela importante para a conservação e a restauração dos bens tombados, atuando o direito penal como *ultima ratio*,³⁰⁶ ou seja, quando nenhum outro ramo possa dar resposta efetiva à sociedade, o direito penal age, possibilitando, inclusive, restringir o direito fundamental à liberdade dos indivíduos que infringirem os tipos penais. Com isso, as medidas mais graves que se pode impor àqueles que desrespeitam o ordenamento jurídico decorrem do direito penal.

Despesa da Secretaria de Estado da Cultura, na seguinte conformidade, considerada a relevância do bem cultural:

I - 50 (cinquenta) a 250 (duzentas e cinquenta) UFESPs às infrações consideradas leves;

II - 500 (quinhentas) a 5000 (cinco mil) UFESPs às infrações consideradas médias;

III - 6000 (seis mil) a 30.000 (trinta mil) UFESPs às infrações consideradas graves.”

305 A falta de vinculação também é compartilhada pelo Fundo de Defesa de Direitos Difusos criado pelo artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto nº. 1.306/1994, cujos recursos podem ser utilizados em qualquer seara de proteção difusa.

306 SOUZA, Luiz Antonio. *Direito penal*, 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/1998) na sua Seção IX, artigos 62 a 65, define as penas e tipifica os crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural.³⁰⁷ Destacamos ser crime destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido (incluindo os imóveis tombados), arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial (art. 62), admitindo-se a modalidade culposa (art. 62, parágrafo único). Nesse passo, a destruição, inutilização ou deterioração dolosa ou culposa podem ser combatidas mediante sanção penal.

Outro importante delito é o previsto no artigo 63 que tipifica a conduta de alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente pro-

307 Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

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

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

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

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

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

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

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011).

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.408, de 2011).

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (Incluído pela Lei nº 12.408, de 2011)

tegrado por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Ainda, é crime promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida (art. 64). Desta feita, tenta-se evitar a descaracterização, por exemplo, dos imóveis tombados e de seu entorno. Quer-se, assim, garantir a conservação e o restauro sempre com autorização do órgão de proteção do patrimônio cultural competente.

Importa observar que a Lei nº. 12.408/2011 retirou o termo “grafitar” do tipo descrito no artigo 65, *caput*, da Lei de Crimes Ambientais, acrescentando o § 2º, que condicionou o afastamento da conduta grafitar quando houver o consentimento do proprietário (locador ou arrendatário, se o caso) para bens particulares ou autorização dos órgãos públicos de proteção do patrimônio cultural. Todavia, se inexistir autorização o ato de grafitar é considerado crime, pois se enquadra em “por outro meio conspurcar a edificação ou monumento urbano”. Ainda, se a pichação, o grafite sem autorização ou qualquer outro meio de conspurcação for realizado em bem tombado a pena prevista é de seis meses a um ano de detenção e multa, ao invés de três meses a um ano e multa, aplicável quando ocorridas em outras edificações ou monumentos urbanos (§ 1º).

Nenhum dos crimes tipificados nos artigos 62 a 65 da Lei de Crimes Ambientais permite a prisão preventiva³⁰⁸ do sujeito ativo, pois as penas privativas de liberdade máximas são inferiores a quatro anos (art. 313 do Código de Processo Penal). Ademais, a modalidade culposa de destruir, inutilizar ou deteriorar os bens descritos no artigo 62 e os crimes previstos

308 Exceto se houver subsunção às outras hipóteses de decretação previstas no inciso II (reincidente) e parágrafo único (dúvidas sobre a identidade até seu esclarecimento) do art. 313 do Código de Processo Penal.

nos artigos 64 e 65, da Lei de Crimes Ambientais, são delitos de menor potencial ofensivo, sendo competente o Juizado Especial Criminal (artigos 60 e 61 da Lei n.º. 9.099/1995).

Sobreleva ressaltar ser permitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, conforme dispõe o artigo 225, § 3º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nesse passo, define o artigo 3º da Lei n.º. 9.605/1998 que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas na esfera penal nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Destacamos que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade da pessoa física coautora ou partícipe (art. 3º, parágrafo único), incidindo a teoria da dupla imputação ou sistema paralelo de imputação.³⁰⁹ A jurisprudência tem admitido a responsabilização penal da pessoa jurídica, e o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

EMENTA: CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA.

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CORRESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

309 MASSON, op. cit., p. 169.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.”

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A coparticipação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 564960/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 13/06/2005, p. 331)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal também a admite e, inclusive, permite a utilização do *habeas corpus*, conforme se depreende da seguinte decisão:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU A SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA COACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas

assecuratórias, como o habeas corpus. II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como corré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de cursos de água transfronteiriços. V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado, evidentemente, não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. (HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, publicado em 26-09-2008).

Vê-se, portanto, que as condutas perpetradas contra o patrimônio cultural tutelado pelo tombamento, especialmente quando houver a destruição, inutilização ou a deterioração da coisa tombada são passíveis da aplicação de sanção penal, tanto a pessoas naturais quanto a jurídicas, obrigando os responsáveis a conservar e restaurar, com autorização dos órgãos de proteção competentes, os bens protegidos.

Conclusão

O patrimônio cultural, que encontra definição na própria Constituição Federal (art. 216), deve ser preservado e fruído pelas presentes e futuras gerações. Cumpre ao Poder Público, em conjunto com a coletividade, realizar a identificação dos bens culturais que o compõem e preservá-lo, seguindo os preceitos constitucionais e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Dentre os instrumentos protetivos, destaca-se o tombamento, que impõe diversos deveres e restrições ao proprietário do bem material de reconhecido valor histórico-cultural, especialmente o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Com o tombamento, não restam dúvidas quanto à necessidade de preservação do objeto que serve de suporte ao valor cultural nele impregnado. Desta feita, o proprietário pode ser responsabilizado nas esferas cível, administrativa e penal, conforme o grau de descumprimento dos seus deveres.

A Administração Pública tem o dever de vigilância sobre os bens tombados, cumprindo-lhe exercer o poder de polícia, importante meio coercitivo, para que os administrados não se afastem dos deveres imanentes à função sociocultural da propriedade, com natureza preservacionista, do bem tombado, em atenção ao Princípio da Proteção e da Intervenção Obrigatória do Poder Público.

É cediço que a restauração e a conservação dos imóveis tombados podem ter elevados custos, que dificulta e desmotiva os responsáveis pela sua preservação, pois as obras e a manutenção podem tornar o bem economicamente desinteressante. Sendo assim, o ordenamento prevê instrumentos que coagem e/ou fomentam os responsáveis a cumprir as obrigações impostas pelo tombamento.

Dentre as coerções destacamos a possibilidade de aplicação de sanções administrativas e penais, inclusive a pessoas jurídicas. Por seu turno, diversos são os instrumentos de fomento, dentre os quais se destacam as linhas de financiamento, algumas a fundo perdido (Programa Monumenta e ações de incentivo à preservação do patrimônio cultural do BNDES) e os incentivos fiscais que permitem a redução do pagamento de tributos, tanto por aqueles que efetuam a restauração de bens tombados quanto pelos que patrocinam projetos culturais (Lei Rouanet, ProAC e Lei Mendonça).

Ademais, cumpre à Administração Pública realizar a restauração dos bens públicos tombados e privados quando os proprietários comprovadamente não dispuserem de recursos ou o bem particular protegido estiver

em perigo de iminente destruição. Os bens públicos tombados devem ser restaurados com recursos estatais. Assim, o orçamento deveria contemplar montantes suficientes para a efetiva preservação do patrimônio cultural, em especial dos bens de propriedade da Administração Pública.

Entretanto, sabemos da realidade da Nação, a qual é caracterizada pela falta de recursos e desigualdade entre as esferas federativas. Desse modo, os entes devem cooperar para cumprir os mandamentos constitucionais preservacionistas, com atuação coordenada entre os órgãos de proteção do patrimônio cultural e ajuda financeira, que pode ser concretizada mediante convênios entre os entes federativos e empréstimos de agentes financeiros nacionais (BNDES) ou internacionais (BID). Ademais, existem previsões em tratados internacionais, consubstanciando o Princípio da Cooperação Internacional, que permitem cooperação e a assistência entre os Estados Partes, nos planos financeiro, artístico, científico e técnico (v.g. Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1975 da UNESCO).

Ainda, a Administração Pública dispõe de instrumentos que permitem concretizar políticas de preservação do patrimônio cultural. O Estatuto da Cidade regulamenta o direito de prelação do Município para adquirir bens de interesse cultural, o direito de transferência do potencial construtivo de bens voltados à preservação do patrimônio cultural e o Estudo de Impacto de Vizinhança, que previne e pode condicionar o exercício de certas faculdades a ações de restauração e preservação de imóveis tombados.

Ademais, o Poder Público deve utilizar de modo escorreito e eficiente as fontes de recursos de que dispõe, sendo obrigatório o aumento gradativo dos recursos orçamentários destinados à cultura (art. 216-A, §1º, XII, da CF), além de buscar novas formas de angariá-los, incluindo de agentes financiadores internacionais a outros entes da Federação (art. 216-A, §1º, XI, da CF).

Os tributos são a principal fonte de obtenção de recursos pela Administração Pública. Como sabemos, os impostos são desvinculados, porém,

as taxas e as contribuições de melhoria têm vinculação, em maior ou menor medida, com a atuação estatal na fiscalização e restauração de bens tombados. A taxa para o exercício do poder de polícia pode contribuir financeiramente na efetiva realização da vigilância, impelindo aqueles que descumprem seus deveres a agir corretamente, sob pena de sanção. Por seu turno, a contribuição de melhoria permite o ressarcimento, total ou parcial, do Poder Público quando, por exemplo, da obra pública de restauro de imóvel tombado decorrer valorização da vizinhança.

Demais disso, existem fundos que podem – e devem – ser utilizados na restauração de bens tombados e na preservação do patrimônio cultural, destacamos o Fundo de Interesses Difusos, o FUNPATRI e o Fundo Nacional da Cultura.

O ordenamento possibilita à Administração Pública adquirir bens tombados ou de interesse cultural de particulares, por meio do direito de preferência (previsto no Estatuto da Cidade e no Decreto-lei nº. 25/1937), da desapropriação e, também, por dispensa de licitação (art. 24, inciso XV, da Lei nº. 8.666/1993). Esses instrumentos permitem a aquisição de bens, pelo valor de mercado, que podem ser afetados à prestação de serviços públicos. Se não interessa ao particular manter um imóvel tombado porque economicamente desinteressante – baixo valor de revenda ou de locação, impossibilidade de uso com destinação comercial em alguns casos, dentre outros – pode muito bem o Poder Público utilizá-lo para instalar, por exemplo, repartições públicas, escolas ou equipamentos culturais. O uso adequado do bem tombado favorece a sua preservação, cumprindo o mandamento dos princípios do Uso Compatível com a Natureza do Bem, da Prevenção e da Função Social da Propriedade.

Contudo, além do Poder Público, a sociedade deve colaborar com a preservação do patrimônio cultural (art. 215 e 216-A, da CF). Primeiramente, ressaltamos a importância do atendimento aos Princípios da Informação e da Educação, que se complementam e atuam conjuntamente com o Princípio da Participação. A sociedade que tem acesso à informação e à educação tende a majorar a sua participação. A coletividade pode – e

deve – fazer uso dos meios para instar a Administração Pública a atuar. Nesse passo, os componentes da sociedade podem requerer a instauração de procedimentos administrativos objetivando o tombamento de um bem próprio, público ou de terceiros. Ainda, se houver dano ou perigo de lesão ao patrimônio cultural, a Administração Pública deve ser provocada para evitá-lo ou buscar a devida reparação, sem prejuízo da tríplice responsabilidade do causador (civil, penal e administrativa).

A sociedade civil organizada, por meio dos entes associativos, pode ajuizar ações civis públicas, de modo independente dos demais legitimados,³¹⁰ e mandados de segurança coletivos em defesa do meio ambiente cultural. Pode, ainda, lastreada no Direito Fundamental à Livre Associação³¹¹, constituir pessoas jurídicas sem fins lucrativos que objetivam o fomento, a difusão, a produção, a promoção, a formação e a proteção cultural, podendo atuar independentemente ou com o auxílio do Poder Público em prol do patrimônio cultural. Por sua vez, aos cidadãos a Constituição Federal faculta-lhes o ajuizamento de ação popular, regulamentada pela Lei nº. 4.717/1965, em defesa do patrimônio cultural.

Vislumbramos a existência de diversas formas e instrumentos de atuação do Poder Público e da sociedade para a exitosa restauração e preservação do patrimônio cultural imanente aos bens tombados. Observamos que os existentes não são estremes de falhas e merecem aprimoramento, bem como outros devem surgir para ampliar o leque de opções voltado à preservação do meio ambiente cultural, especialmente dos imóveis tombados.

Assim, temos a obrigatoriedade do Poder Público e dos particulares de proceder à restauração e conservação dos bens tombados, cujo descumprimento pode gerar responsabilização administrativa, civil e criminal. Para tanto, o ordenamento prevê fontes de recursos que podem ser utilizados para o cumprimento das obrigações, instrumentos de cooperação (convê-

310 Vez que a legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública é concorrente e disjuntiva.

311 O direito à livre associação permite a todos associarem-se, sem caráter paramilitar, para a consecução de fins lícitos (art. 5º, inciso XVII, da CF).

nios, assistência internacional), fomento (incentivos fiscais, patrocínios), financiamento (inclusive a fundo perdido) e compensatórios (transferência do direito de construir).

Destarte, cumpre ao Poder Público, conjuntamente com a sociedade brasileira, contando, até mesmo, com assistência de Estados estrangeiros e de agentes financiadores internacionais, utilizar da melhor forma possível os instrumentos jurídicos existentes, por meio da intensa participação popular e de Políticas Públicas eficientes, otimizando a efetiva preservação do meio ambiente cultural para as presentes e futuras gerações.

Portanto, apenas quando todos atuarem de forma consciente e organizada, à luz do que preconiza o Sistema Nacional de Cultura (art. 216-A, da CF), após amplo processo de informação, educação e participação, teremos condições de utilizar de modo eficiente e organizado os instrumentos jurídicos de restauração de bens tombados, preservação e tutela do meio ambiente cultural, e, assim, esperamos não ver outras notícias de abandono e plena destruição de bens culturais infungíveis, que, uma vez perdidos, não são passíveis de restauração, apenas ficam – ou se perdem – na memória e nos registros históricos.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coord.). *Patrimônio cultural e sua tutela jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO, Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- ARAÚJO, Marinella Machado. *Tombamento de uso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 29 de março de 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Legislação penal especial*. Vol. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Regina Helena. *Tributação ambiental*. In: *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (coord.). *O direito ambiental das cidades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CUREAU, Sandra; KISHI, Sandra Akemi Shimada; SOARES, Ivês Virgínia Prado; LAGE, Cláudia Márcia Freire (coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Discrecionabilidade técnica e discrecionabilidade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 29 de março de 2013.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Sistemas de registros de imóveis*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ERENBERG, Jean Jacques. *Função social da propriedade urbana: municípios sem plano diretor*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*, vol. 5, 8. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2012.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Estatuto da cidade comentado: Lei 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GASPARINI, Audrey. *Tombamento e transferência do direito de construir: dois institutos que se complementam*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *Direito civil, 4: direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- _____. *Os princípios específicos da tutela do meio ambiente cultural*. In: CUREAU, Sandra; KISHI, Sandra Akemi Shimada; SOARES, Ivês Virgínia Prado; LAGE, Cláudia Márcia Freire (coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MATHIAS, Maria Lígia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MATTOS, Liana Portilho. *Patrimônio cultural e cultura patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada: notas e comentários à Lei nº 8.666/93*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.
- MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Direito do ambiente*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MOTA, Maurício (coord.) *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- MOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCCO, Rogério. *Reflexões acerca do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV e suas conexões com a sustentabilidade das cidades*. In: COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (coord.). *O direito ambiental das cidades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Luiz Antônio de. *Direito penal, vol. 4*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade*. MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007.

TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *A norma constitucional no tempo: direitos adquiridos e emenda à Constituição*. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO