

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 163

julho/setembro – 2004

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O tombamento no direito administrativo e internacional

Eduardo Tomasevicius Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural. 3. Conceito de tombamento. 4. Disciplina jurídica do tombamento. a) Nível federal. b) Nível estadual. c) Nível municipal. 5. Formas de tombamento. 6. Livros do Tombo. 7. Efeitos do tombamento. a) Faculdade de usar. b) Faculdade de fruir. c) Faculdade de dispor. d) Direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. e) Outros efeitos. 8. Natureza jurídica do tombamento. 9. O *leading case* sobre o tombamento no Brasil. 10. A defesa judicial do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. 11. A proteção internacional do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. 12. O “tombamento” internacional. 13. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho tem por objeto o estudo do tombamento, instituto do direito administrativo destinado à proteção dos patrimônios histórico, cultural, artístico e ambiental.

Será feito um estudo sobre o histórico da preservação, o quadro legislativo e institucional da matéria, os procedimentos e os efeitos que o tombamento produz em relação aos bens dos particulares.

Além disso, será estudada a preservação em âmbito internacional, incluindo o “tombamento” feito pela UNESCO.

Eduardo Tomasevicius Filho é bacharel e doutorando em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e advogado em São Paulo.

2. Histórico da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural

As primeiras manifestações da necessidade de preservação de bens de caráter histórico, artístico e cultural datam da Antiguidade. Naquela época surgiu a expressão “Sete Maravilhas do Mundo”. Também havia a idéia de proteção do belo e de bens memoráveis das conquistas romanas. Mas, ao longo da Idade Média, essa idéia de preservação praticamente desapareceu. Os materiais com que tinham sido construídos os monumentos da Antiguidade eram reaproveitados na construção de Igrejas, sem a menor preocupação com a preservação¹.

Apenas com o Renascimento cultural é que surgiu essa preocupação de proteção, sobretudo com o que sobrou daqueles criados pelos gregos e romanos. É famosa a carta do pintor Rafael Sanzio, que lamentava ao Papa Leão X a perda de bens preciosos daquele tempo. No mesmo sentido, são conhecidas as bulas de Pio II (1492) que proibiam a demolição de edifícios antigos públicos da Roma Antiga no âmbito dos Estados Papais (AVILA, 1994, p. 50).

Com efeito, a proteção dos bens culturais pelo Estado, tal como se conhece nos dias atuais, surgiu na época da Revolução Francesa², graças ao ideal do abade Henri Grégoire.

Henri Grégoire era um clérigo francês que teve uma vida bastante intensa. Lutou pelo fim do tráfico escravo nas colônias francesas, pela concessão de plena cidadania aos judeus franceses, bem como elaborou uma declaração de princípios de direito internacional. Estudou detidamente vários ramos do conhecimento artístico e propôs a criação de asilos para intelectuais de vários países que eram perseguidos politicamente. Foi nomeado deputado do clero para a Assembléia dos Estados Gerais de maio de 1789 em Versailles e chegou a ser presidente da Assembléia Nacional Francesa em 1791. Era republicano e se opunha a Napoleão Bonaparte.

Durante o “Período do Terror” na França, foi promulgado o Decreto de 12 de maio de 1792, que ordenava a eliminação de todas as marcas do feudalismo e do despotismo. Em 14 de agosto do mesmo ano, foi promulgada uma lei cujo preâmbulo dizia que os princípios da liberdade e igualdade não toleravam a existência de monumentos erguidos para a ostentação e tirania – em referência ao período anterior –, pois isso ofendia os olhos do povo francês (SAX, 1990, p. 1153).

O abade Grégoire posicionou-se contra essa tendência e realizou vários discursos na Assembléia Nacional francesa contra a destruição do passado da França, afirmando que tais atos eram um ataque à nação. Ele usou, em defesa do patrimônio histórico e cultural, os próprios ideais da Revolução Francesa de liberdade, pois a destruição dos bens culturais seria uma afronta à liberdade de expressão e manifestação de intolerância. Entre seus discursos proferidos à Assembléia Nacional, o primeiro e mais famoso foi o *Rapport sur les Destructions opérées par le Vandalisme, et sur les Moyens de le Réprimer*³. Foi o Abade Grégoire que usou pela primeira vez a palavra “vandalismo” como um ato de destruição dos bens culturais, em alusão aos godos e vândalos, que arrasaram o Império Romano do Ocidente, assim como também usava freqüentemente o termo “patrimônio comum” em seus discursos.

No Brasil, a primeira preocupação em preservação data de 1742, em Pernambuco. D. André de Melo e Castro, Conde de Galveias, protestou contra a transformação do Palácio das Duas Torres, erguido durante a ocupação holandesa no Brasil, em um quartel, mas foi em vão (PIRES, 1994, p. 29). Em 1915, durante o Concílio Plenário da América Latina, os arcebispos brasileiros condenaram a descaracterização do patrimônio da Igreja Católica.

3. Conceito de tombamento

Modernamente, uma das formas pelas quais é feita a proteção do patrimônio histó-

rico, artístico, cultural e natural é o tombamento.

De acordo com DI PIETRO (1995, p. 114-115), o tombamento consiste numa das modalidades de intervenção estatal na propriedade privada, por meio da qual o poder público protege determinados bens considerados de valor artístico ou histórico, determinando sua inscrição nos chamados Livros do Tombo, para sujeitá-los a restrições parciais, passando o bem a ser considerado de interesse público. Trata-se de uma restrição parcial, porque não impede o particular de exercer os direitos inerentes ao domínio.

Complementando essa idéia, FIGUEIREDO (2001, p. 292) sustenta que o tombamento consiste no ato da Administração Pública de reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro do Tombo.

Essa proteção decorre de mandamento legal, que a determina de pleno direito, cabendo aos órgãos estatais, aos indivíduos juridicamente vinculados a esse patrimônio, bem como a toda a coletividade, dar concretude a essas regras. Ou então pela forma mais comum, por meio de um processo administrativo.

Modernamente, o tombamento se estende não só aos monumentos e obras históricas e artísticas. Também compreende os recursos naturais, uma vez que se entende que ambos constituem o espaço em que o ser humano vive.

O fundamento do tombamento é a função social da propriedade, que modificou o conteúdo do direito de propriedade, ao impor ao titular desse direito a harmonização de seu exercício com o interesse público, o qual está na preservação desse patrimônio, implicando a produção de efeitos sobre o conteúdo desse direito, por meio da obediência aos deveres instituídos ao titular do direito.

4. *Disciplina jurídica do tombamento*

O tombamento do patrimônio cultural, artístico e natural é objeto de normas jurídicas nas três esferas governamentais no Brasil.

a) Nível federal

A partir de 1920, surgiu a preocupação estatal de criar-se um quadro legislativo e institucional para a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural no Brasil. Nessa década, muitas obras brasileiras estavam sendo enviadas ao exterior.

No governo de Getúlio Vargas, iniciaram-se intervenções estatais no sentido de preservar o patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro. A primeira medida tomada foi o Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933, que elevou a cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional.

A proteção constitucional apareceu pela primeira vez na Constituição de 1937. O art. 134 dizia que “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”.

Logo após, foi promulgado o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O anteprojeto desse diploma legal foi do escritor Mário de Andrade, que o elaborou a pedido do Ministro da Educação, Gustavo Campanema. Esse projeto vinha tramitando no Congresso Nacional antes da instituição do Estado Novo; daí ter assumido essa forma⁴. Ainda no governo de Getúlio Vargas, foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, que permitiu ao Presidente da República cancelar o tombamento *ex officio* por motivo de interesse público.

A partir da Constituição de 1946, houve uma atenuação dessa disposição. O art. 175 dizia que “as obras, monumentos e docu-

mentos 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”.

Sob a égide dessa Constituição, foi promulgada a Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos e estabelece a proteção dos mesmos pelo Poder Público. Porém, essa proteção não consiste em tombamento: prevê a apreensão do bem pelo Poder Público⁵.

A Constituição de 1967 estipulava no art. 172, parágrafo único, que “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”. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve essa mesma redação, no art. 180, parágrafo único.

A Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, estabeleceu que o tombamento de bens pelo IPHAN passaria a depender da homologação do Ministro da Cultura.

A Constituição Federal de 1988 foi a que mais tratou da preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. Diversos dispositivos relativos à proteção de bens culturais estão presentes.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal estabelece as competências administrativa e legislativa sobre esse tema.

O art. 23, em seus incisos III e IV, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de protegerem os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural. O art. 30, IX, reforça a competência dos municípios de promoverem a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

No que toca à competência legislativa sobre o tombamento, o art. 24, em seus incisos VII e VIII, estabelece a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico, bem como sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Além da disciplina das competências, a Constituição Federal traz normas sobre o patrimônio cultural brasileiro.

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

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

§ 2º (omissis)

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

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

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”⁶.

Recentemente, foi promulgado o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que Constituem Patrimônio Cultural Brasileiro. Os efeitos desse decreto não se referem à intervenção estatal na propriedade privada, mas se trata de um registro das manifestações culturais brasileiras que merecem ser preservadas e incentivadas pelo Estado.

Em nível federal, o órgão responsável pela preservação do patrimônio histórico é o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), criado por meio da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que dava nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública⁷.

b) Nível estadual

No Estado de São Paulo, há o Decreto-Lei Estadual nº 149, de 15 de agosto de 1969, que dispõe sobre o tombamento de bens, para a proteção do patrimônio histórico e artístico estadual. O Decreto nº 13.426, de 16 de março de 1979, modificado pelo Decreto nº 20.955, de 1º de julho de 1983, regulamentam o processo de tombamento em nível estadual.

Há também a Lei Estadual nº 10.235, de 12 de março de 1999, que estabelece a reparação por agressões ao Patrimônio Cultural do Estado. Essa Lei, ao contrário do que parece indicar, define o conceito de patrimônio cultural difuso como sendo a paisagem existente, natural ou urbana, as edificações, a vegetação e a conformação topográfica natural do solo e dos corpos d’água, e institui um valor de reparação, que corresponde a 0,1% do valor da obra a ser feita. Na verdade, trata-se de uma taxa de construção instituída pelo Estado de São Paulo, sob a forma de indenização prévia fixada em lei.

No Estado de São Paulo, o órgão responsável pela preservação do patrimônio tombado é o CONDEPHAAT - Conselho de De-

fesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo, criado pelo art. 128 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967 e regulamentado pela Lei Estadual nº 10.247, de 22 de outubro de 1968.

c) Nível municipal

A Lei nº 10.032, do Município de São Paulo, de 27 de dezembro de 1985, com modificações feitas pela Lei nº 10.236, de 16 de dezembro de 1986, traz disposições sobre o processo e os efeitos do tombamento de bens tombados nesse município. Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os municípios não obtiveram competência para legislar sobre essa matéria, ao contrário das Constituições Federais anteriores, que eram omissas a esse respeito.

No entendimento de TELLES (1992, p. 93-94), a Constituição Federal permite que os municípios continuem legislando sobre a matéria, ao sustentar que o tombamento se insere em matéria de interesse local e que, portanto, a legislação municipal seria constitucional com base no art. 30, I, da Constituição Federal.

No nosso entender, essa argumentação não procede, porque o art. 24, VII, da Constituição Federal reserva expressamente à União e aos Estados essa competência legislativa. Isso porque, sob a alegação de “interesse local”, permitir-se-ia aos municípios legislar sobre qualquer assunto, o que não parece ser razoável. Logo, *a contrario sensu*, foi vedado aos municípios legislar sobre essa matéria⁸.

No município de São Paulo, o órgão responsável pelo patrimônio tombado é o CONPRESP – Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo, criado pela Lei Municipal nº 10.032, acima referida.

5. Formas de tombamento

O tombamento pode ser realizado de diversas formas. A mais simples delas é aquela realizada por lei, que estabelece o tomba-

mento de um bem móvel ou imóvel, ou de uma determinada região. É o caso do tombamento dos quilombos feito pela Constituição Federal no art. 216, § 5º. Outro caso de tombamento feito por lei é o tombamento de bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 10.413, de 12 de março de 2002).

A segunda forma de tombamento é a realizada por processo administrativo. No âmbito federal, este é disciplinado nos arts. 6º a 10 do Decreto-Lei nº 25, com as devidas adaptações às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e ao disposto na Lei nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999.

O Decreto-Lei nº 25 dividiu o tombamento em duas categorias:

a) quanto à executoriedade do procedimento: tombamento voluntário e tombamento compulsório;

b) quanto ao caráter da medida: tombamento provisório e tombamento definitivo.

O tombamento voluntário, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 25, é realizado “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 IPHAN, 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”.

O tombamento compulsório, disciplinado nos arts. 8º a 10 do Decreto-Lei nº 25, ocorre sempre que o proprietário se recusar a anuir à inscrição do bem em qualquer dos Livros do Tombo.

Nesse caso, o procedimento é o seguinte⁹:

1. O IPHAN notificará o proprietário do bem que a União tem interesse em tombá-lo. O proprietário poderá impugnar o tombamento, dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação.

2. O órgão que tiver emanado a iniciativa do tombamento terá 15 dias para sustentar essa iniciativa.

3. Findo o prazo, os autos serão remetidos ao Conselho Consultivo do IPHAN, que

proferirá decisão dentro do prazo de 60 dias, a contar do seu recebimento¹⁰.

4. Caso a decisão do Conselho Consultivo do IPHAN seja pelo tombamento do bem, requer-se a homologação desta pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292, art. 1º; Portaria SPHAN nº 11, art. 21).

O Decreto-Lei nº 25 estabelece expressamente que não caberá recurso da decisão do Conselho Consultivo do IPHAN (art. 9º, 3). Mas, em 1943, o Supremo Tribunal Federal já afirmava ser inoperante essa regra¹¹.

Outra modificação superveniente a esse processo de tombamento é a destinada a assegurar a ampla defesa ao proprietário do bem (CF, art. 5º, LV), mediante a possibilidade de produção de provas, a qual se dará em atividade de instrução prevista nos arts. 29 a 47 da Lei nº 9.784.

Ao tratar-se do processo administrativo, cumpre analisar o caráter dos critérios para o tombamento.

Nesse ponto também há controvérsias se é uma medida discricionária do Poder Público ou vinculada à lei.

Essa questão decorre do fato de estabelecer se os critérios de historicidade, arte, cultura ou natureza, contidos no parecer, são juízos de valor, e daí ser subjetivo e discricionário o tombamento do bem, ou se a elaboração desse juízo é objetiva, atende a critérios determinados e, portanto, a decisão de tomar o bem seria vinculante ao parecer.

Na opinião de FIGUEIREDO (2001, p. 293), com base em decisão jurisprudencial, o tombamento é um ato vinculado. “O tombamento, sob esse aspecto, é ato vinculado. Em outro falar, sem a existência de determinados pressupostos fáticos explícitos em lei, e sem obediência rigorosa ao devido processo legal, não se poderá verificar”.

DI PIETRO (1995, p. 122) entende que se trata de ato discricionário. “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 cole-

tividade. 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”.

No nosso entender, apenas a produção dos pareceres sobre o bem a ser tombado não é discricionária, porque há em sua elaboração o uso de critérios científicos que permitem a especialistas dizerem se um determinado bem atende ou não aos critérios de historicidade, artístico e cultural. Porém, quanto à decisão final sobre o tombamento, esta sim é discricionária, porque o Estado, embora seja obrigado a preservar o bem, não é obrigado a fazê-lo exclusivamente pelo tombamento, uma vez existirem outras formas de proteção. Assim, fica a cargo do Estado decidir se o tombamento é a medida necessária para a preservação. A fim de conciliarem-se os estudos técnicos feitos sobre o bem com a decisão sobre a conveniência do tombamento, pode-se invocar por analogia o art. 182 do Código de Processo Penal, o qual diz que o juiz não está vinculado ao laudo dos peritos na formação de seu convencimento sobre o fato.

6. Livros do Tombo

O art. 4º do Decreto-Lei nº 25 estabelece os Livros do Tombo, nos quais são registrados os bens que passarão a ser protegidos pelo Poder Público, pelo seu proprietário e pela coletividade em geral. São eles¹²:

a) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico, Paisagístico: nesse livro serão registradas as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, bem como os monumentos naturais, sítos e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

b) Livro do Tombo Histórico: ficam registradas as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica.

c) Livro do Tombo das Belas Artes: são registradas as obras de arte erudita, nacional ou estrangeira.

d) Livro do Tombo das Artes Aplicadas: neste são registradas as obras que se incluem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) não cuidou do tombamento. Porém, para resguardar direitos de terceiros, há o costume de mandar averbar-se o tombamento do bem imóvel no Registro de Imóveis, com fundamento no art. 246 dessa Lei.

7. Efeitos do tombamento

O tombamento é uma interferência no conteúdo do direito de propriedade. Para que se compreendam seus efeitos na propriedade, é necessário invocar o art. 1.228 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que estabelece o seguinte: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O uso consiste no aproveitamento do bem de acordo com a vontade do proprietário e caracteriza-se pela não-modificação do bem, porque o uso só é possível justamente porque continua a existir (BESSONE, 1996, p. 231). A fruição do bem consiste no poder de colher os frutos naturais e civis do bem, bem como de explorá-lo economicamente (RODRIGUES, 1997, p. 74). E a disposição é a faculdade de transferir, no todo ou em parte, as prerrogativas da propriedade a terceiros, e a possibilidade de destruição do bem segundo uma finalidade economicamente útil. Não se admite, tal como no direito romano, a destruição imotivada do bem (BESSONE, 1996, p. 232-233).

Os bens tombados sofrem alterações em relação às categorias previstas no Código

Civil sobre os tipos de bens. Na lição de MARÉS (1992, p. 21):

“o bem cultural assim reconhecido pelo Poder Público passa a estar especialmente protegido e se lhe agrega uma qualidade jurídica modificadora, de tal ordem que fica alterada a sua classificação legal. Ele deixa de ser fungível ou consumível, por exemplo, embora continue móvel ou imóvel, público ou privado. Além disso, não fica fora do comércio, salvo se forem do domínio público, embora sofra restrições quanto à exportação e o direito de preferência do Estado”.

Acerca dos efeitos do tombamento, o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, elencou-os no Capítulo III (arts. 11 a 21), e no Capítulo IV (art. 22) o direito de preferência sobre a aquisição do bem tombado.

Os efeitos do tombamento em relação às faculdades do direito de propriedade são os seguintes:

a) Faculdade de usar

O tombamento restringe a faculdade de usar o bem, ao estabelecer que as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa, elevada ao dobro em caso de reincidência (art. 20).

Também não se permite ainda retirar a obra do País sem autorização do IPHAN. Em caso de descumprimento, o bem tombado será seqüestrado pela União ou pelo Estado em que se encontrar (art. 15, *caput*, § 1º, 2º, 3º).

Em caso de mudança do bem para outra localidade, o proprietário fica obrigado a inscrevê-lo no registro do lugar para que tiver sido transferido (art. 13, § 2º). E o bem tombado deve estar incluído em uma política geral que vise a dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade (art. 5º da Convenção Relativa à Pro-

teção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural).

b) Faculdade de fruir

O proprietário de um bem tombado não pode retirar o bem do País, salvo por curto prazo, e somente para fins de intercâmbio cultural, mediante autorização do Conselho Consultivo do IPHAN (art. 14).

Em relação à faculdade de fruir do bem, houve muitas controvérsias nos Tribunais brasileiros, decorrentes do tombamento de áreas com cobertura vegetal destinadas a se transformarem em parques ecológicos. No Estado de São Paulo, foram propostas centenas de ações sobre o tombamento da Serra do Mar, sob a alegação de que houve uma restrição da fruição dos prédios localizados na região desse parque, pois não seria possível explorar economicamente a vegetação, nem se construírem empreendimentos de turismo. Foram julgadas procedentes indenizações milionárias aos proprietários, mas, atualmente, reverteu-se esse entendimento, inclusive, no sentido de rescindir as decisões anteriormente proferidas nessa matéria.

c) Faculdade de dispor

Quanto à faculdade de dispor do bem tombado, as restrições são as seguintes:

i) obrigação do adquirente de registrar a transferência do bem no prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, ainda que se trate de transmissão judicial ou *causa mortis* (art. 13, § 1º);

ii) não poderá vender o bem para fora do País (art. 14);

iii) os bens tombados não poderão ser destruídos, demolidos ou mutilados, nem, sem prévia autorização especial do IPHAN, ser reparados, pintados ou restaurados, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado¹³ (art. 17), e, em se tratando de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa. (art. 17, parágrafo único);

iv) em caso de necessidade de obras no bem tombado, o IPHAN deverá executá-las,

a expensas da União, dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação do bem tombado (art. 19, § 1º);

v) os bens tombados que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidos de uma à outra das referidas entidades (art. 11). Fica obrigada a entidade adquirente a notificar o IPHAN sobre a transferência (art. 11, Parágrafo Único);

vi) o proprietário da coisa tombada que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer levará ao conhecimento do IPHAN a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa (art. 19, *caput*, § 1º). Também o proprietário pode ser restringido temporariamente do uso do bem, em caso de urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, hipótese em que o IPHAN poderá tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, por conta da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário (art. 19, § 3º);

vii) a União, Estados e Município têm direito de preferência na aquisição de bens tombados, podendo, em caso de descumprimento, seqüestrar o bem e impor multa de vinte por cento ao adquirente e ao alienante do bem (art. 22).

d) Direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha

O art. 16 do Decreto-Lei nº 25 estabelece que, “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”.

e) Outros efeitos

Um efeito do tombamento não enquadrável nas faculdades do direito de propriedade é o previsto no art. 18 do Decreto-Lei nº

25. Consiste na instituição de servidão, tendo como prédio dominante o bem tombado e como prédios servientes os bens na vizinhança do bem tombado. As proibições decorrentes dessa servidão são que, sem prévia autorização do IPHAN, 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 nesse caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto¹⁴.

O art. IV da Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado proíbe que os bens culturais e suas redondezas sejam utilizados para fins que possam expô-los à destruição ou deterioração em casos de conflito armado.

8. *Natureza jurídica do tombamento*

Quanto à natureza jurídica do tombamento, discute-se se é uma espécie de modalidade de intervenção estatal na propriedade privada ou espécie de servidão administrativa.

De acordo com MELLO (2001, p. 704), o tombamento de bens em favor do patrimônio histórico constituiria servidão administrativa.

De acordo com DI PIETRO (1995, p. 122-123), o tombamento constituiria categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão, porque o ato de inscrever o imóvel no Livro do Tombo não é uma servidão, visto não existir a coisa dominante. A restrição não é imposta em benefício de coisa afetada a fim público ou de serviço público, mas, ao contrário, tem por objetivo satisfazer a interesse público genérico e abstrato sobre o patrimônio histórico e artístico nacional.

De acordo com TELLES (1992, p. 40 e seg.), o tombamento pode ser classificado tanto como limitação administrativa, quanto como servidão administrativa. O tombamento, segundo o autor, seria limitação ad-

ministrativa, enquanto sua incidência fosse encarada, exclusivamente, como providência restritiva do direito de propriedade, de natureza primacialmente pessoal. Poderia, da mesma forma, ser entendido como servidão administrativa quando verificado o reflexo de sua atuação, especificamente sobre o bem atingido.

Nossa opinião é a de que o tombamento é um instituto jurídico decorrente da função social da propriedade e que lhe dá concreitude, de natureza declaratória, no sentido de reconhecer o caráter intrínseco do bem que dá ensejo ao tombamento, e constitutiva, modificativa do conteúdo do direito de propriedade, ao impor determinados ônus, deveres e sujeições ao proprietário do bem tombado. A servidão administrativa que é instituída nesses casos é mera decorrência da lei do tombamento. Ela atua como um instituto acessório do tombamento e não tem um fim em si mesmo. Apenas visa assegurar uma maior proteção ao bem tombado.

9. O *leading case* sobre o tombamento no Brasil

O Decreto-Lei nº 25 teve sua constitucionalidade argüida perante o Supremo Tribunal Federal, caso esse que se tornou “*leading case*” da matéria de tombamento no Brasil (Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, j. 19.08.1943, in *Revista Forense* nº 98 – Abril de 1944). A análise desse acórdão é extremamente interessante, porque naquela época já haviam sido ventiladas diversas questões sobre o tombamento, que foram julgadas com proficiência pelos ministros, mas continuam a ser discutidas até hoje.

Essa apelação decorreu da ação proposta em face do então SPHAN por não ser monumento histórico o imóvel da Praça 15 de Novembro de nº 34, tombado porque estava colocado sobre o Arco de Teles, no Rio de Janeiro. O acórdão transcreve trecho do parecer sobre o imóvel: “O Arco de Teles forma com o chafariz de D. Maria I e o Palácio de Bobadela um conjunto que integra o pa-

trimônio histórico do velho Largo do Paço, antigo Terreiro da Polé. São reliquias veneráveis, de aspectos familiares do Rio de antanho, muita vez descritas e reproduzidas em gravuras, nos livros de viajantes estrangeiros”.

A primeira parte desse acórdão discute se o Poder Judiciário poderia ou não entrar no mérito do laudo que fundamentou o tombamento desse imóvel, elaborado pelo historiador Pedro Calmon. Quanto a esse aspecto, entendeu-se que o Poder Judiciário apenas podia examinar a legalidade do ato, mas não poderia entrar no mérito do valor artístico ou histórico do imóvel. Mesmo assim, embora entendesse não ser possível entrar no mérito da questão, o Min. Filadelfo Azevedo emitiu seu ponto de vista sobre o imóvel tombado: “E que, embora, na minha deficiente apreciação estética, considere o atual conjunto como verdadeiro mostrengo, à moda de arlequim, vestido por metades diversas, seria irrecusável a existência de outro aspecto, o histórico, ainda que também desautorizadamente me parecesse mais valiosa a documentação iconográfica já existente do conjunto da velha praça do que a conservação desse fragmento, mutilado e deformado, não de uma Acrópole, mas de pardieiro anti-higiênico, cuja construção não orgulharia a simples mestre de obras”.

Mas quanto à inconstitucionalidade desse Decreto-Lei nº 25, houve grande debate entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, relatados na íntegra nesse acórdão. O advogado do proprietário do bem tombado alegou que o tombamento, feito sem a aquiescência do proprietário, e até contra a vontade do mesmo, atentaria contra o direito de propriedade, garantido pela Constituição, porque o Decreto-Lei nº 3.365, de 21.08.1941, teria estabelecido a preservação e conservação dos monumentos históricos ou artísticos como casos de utilidade pública que ensejariam a desapropriação. Mas, por maioria de votos, entendeu-se ser constitucional esse diploma legal, porque, na opinião

da maioria dos ministros, a Constituição de 1934 teria inaugurado um novo conceito de propriedade. O direito absoluto de propriedade, consagrado na Constituição de 1891, não mais coadunava com a realidade daquela época. A Constituição de 1937, ademais, teria permitido que a lei ordinária pudesse limitar o conteúdo do direito de propriedade para atender o interesse social. O Min. Castro Meira, inclusive, sustentou que essas limitações relativas ao tombamento eram decorrência da função social da propriedade. Os ministros vencidos entendiam que só seria constitucional o tombamento voluntário. O tombamento compulsório seria inconstitucional, porque seria uma forma disfarçada de desapropriação. Nesse caso, o correto seria a desapropriação do imóvel, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.08.1941, que estabelecia como caso de utilidade pública a preservação do patrimônio histórico e cultural, bem como esse diploma legal era posterior ao Decreto-Lei nº 25/37.

10. A defesa judicial do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural

A proteção do patrimônio histórico, artístico, e cultural na esfera judicial está presente no direito brasileiro há aproximadamente quarenta anos. A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que disciplina a ação popular, permitia que qualquer cidadão pudesse solicitar ao Poder Judiciário a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio dos entes públicos ou que a esses estejam ligados. O art. 1º, § 1º, dessa Lei estabelece que “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Contudo, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, conferiu sobretudo ao Ministério Público um grande poder para a proteção do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Além disso, a própria Consti-

tuição Federal de 1988 lhe incumbiu de defender esse patrimônio, ao contrário das demais Constituições, que sequer mencionavam quais seriam suas funções institucionais¹⁵.

Como ressalta MARÉS (1992, p. 25), a ação civil pública é um avanço em relação à ação popular, porque, “enquanto a ação popular é a ação do cidadão contra o ato administrativo lesivo ao patrimônio público, a ação civil pública é contra o Estado e particulares que causem danos ao meio ambiente, consumidor ou patrimônio cultural. Pode não só anular atos como exigir obrigações de fazer ou não fazer, abrindo ampla possibilidade de defesa do patrimônio cultural, independentemente do tombamento”.

O Ministério Público e as diversas associações e organizações não governamentais vêm requerendo a tutela jurisdicional cada vez mais na defesa do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural.

O problema que surge, a nosso ver, é o alcance prático de determinados preceitos cominatórios decorrentes da sentença proferida nos autos da ação civil pública. De acordo com o caso concreto, o tombamento pode ser o único remédio a ser empregado na preservação do bem. A ação civil pública é capaz de obrigar o particular ou o Estado a preservar o bem, ainda que liminarmente, mas não tem como constituir por meio da sentença o tombamento do bem, nem pode obrigar qualquer dos órgãos responsáveis a iniciar o processo de tombamento, caso isso seja necessário para a sua preservação. Seu máximo alcance é funcionar como um tombamento indireto, produzindo-se algum dos efeitos desse instituto jurídico *a posteriori* por meio da decisão judicial. Em suma, muitas vezes há a necessidade de que a sentença constitua o tombamento do bem, mas, devido à separação de poderes, não pode o Poder Judiciário substituir-se à Administração nessa matéria¹⁶. Nesse sentido é também o entendimento de RODRIGUES (1993, p. 62-63):

“Pode-se alegar que tombamento efetuado por ordem judicial colide com o processo administrativo previsto na legislação específica reguladora deste instituto de preservação do patrimônio cultural. Tal não ocorre, já que o processo judicial, com seu contraditório, garante amplo direito de defesa às partes, tanto ao autor, como aos co-réus proprietário e pessoa jurídica política de direito público interno, que podem apresentar todo o tipo de prova, inclusive alicerçarem-se em pareceres e perícias elaboradas pelos especialistas que desejarem. Tudo isto com direito ainda de recorrer à superior instância. Como se pode depreender, o processo judicial, neste caso, possibilita uma discussão mais ampla e equânime do que seu correspondente processo administrativo”.

11. A proteção internacional do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural

As guerras sempre provocam danos irreparáveis ao patrimônio histórico, cultural, artístico e natural. A história nos apresenta uma série de batalhas que arruinaram diversos monumentos de valor histórico.

A partir do século XIX, os tratados internacionais sobre as guerras passaram a se preocupar com a preservação desse patrimônio.

Em 1899, foi celebrada a Convenção II de Haia relativa às Leis e Usos em Guerras Terrestres. Entre os diversos artigos relativos à conduta dos exércitos durante as batalhas, foram inseridos dois artigos sobre a proteção do patrimônio histórico. O primeiro deles (art. 27) exigia que fossem preservados os alvos civis, como os hospitais, mas também os templos religiosos e prédios voltados à cultura e ciência. E o art. 28 proibia a pilhagem pelos exércitos, quando tivessem tomado uma cidade. Essas mesmas disposições foram reproduzidas na Convenção

IV de Haia de 1907, também sobre as Leis e Usos em Guerras Terrestres.

Porém, após duas Guerras Mundiais, destruições e confisco de obras de arte ocorreram. Sabe-se dos casos de confisco de obras de arte pelos nazistas e, posteriormente, pelos soviéticos. A destruição desses bens levou os países a refletirem sobre a necessidade de uma proteção mais abrangente detalhada desses bens pelo direito internacional.

Assim, foi celebrada, durante a Conferência Internacional reunida em Haia, de 21 de abril a 12 de maio de 1954, a Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado¹⁷.

Essa Convenção traz uma série de obrigações para os Estados de protegerem o patrimônio cultural em caso de guerra.

O art. III dessa Convenção estabeleceu a obrigação para os Estados de prepararem em tempo de paz a salvaguarda dos bens culturais situados em seu próprio território contra as conseqüências previsíveis de um conflito armado dentro de seus territórios, seja em caso de invasão por um país ou em caso de guerra civil. Essas medidas consistem, em linhas gerais, em respeitar os bens culturais do país invadido, bem como impedir sua destruição por vandalismo, inclusive dando apoio às autoridades locais responsáveis pela preservação do patrimônio histórico.

O art. VIII traz disposições sobre os locais destinados ao abrigo de bens históricos e culturais. Esses abrigos receberão proteção especial pelo país invasor, quando construídos a uma distância apropriada de um grande centro industrial ou de qualquer objeto militar importante, como, por exemplo, um aeródromo, uma estação de rádio, um estabelecimento destinado a trabalhos de defesa nacional, um porto ou uma estação ferroviária de certa importância, ou uma grande via de comunicações. Esses lugares não podem ser usados para fins militares. Também há disposições sobre o transporte de bens culturais durante esses conflitos, e

os bens culturais devem ser identificados por meio de um emblema, para evitar a sua destruição.

A etapa seguinte à preocupação com a destruição dos bens históricos durante as guerras consistiu na formulação da idéia de que há uma série de bens cuja importância transcende a um determinado povo, podendo ser considerados bens de toda a humanidade.

Nesse sentido, a Comissão das Nações Unidas para a Infância, Cultura – UNESCO, criada após a Segunda Guerra Mundial, tem exercido um papel muito importante na promoção da preservação do patrimônio cultural dos países¹⁸.

O primeiro desafio da UNESCO nessa matéria foi em 1959, com a decisão de construir-se a Represa de Assuã, no Egito, que traria como conseqüência o alagamento dos Templos de Abu Simbel. Ela organizou uma campanha internacional contra a destruição desses monumentos e, ao final, esses foram desmontados e transferidos para outro lugar.

A partir desse fato, a UNESCO passou a promover uma campanha para a disciplina do patrimônio histórico por meio do direito internacional.

Nesse sentido, foram elaboradas duas convenções internacionais. A primeira delas é a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Ilícita dos Bens Culturais, aprovada pela XVI Sessão da Conferência Geral da UNESCO, realizada em Paris, de 12 de outubro a 14 de novembro de 1970¹⁹, que estabelece diversas obrigações para os Estados no sentido de reprimirem o tráfico ilícito de bens culturais e assegurarem a sua restituição aos países de origem.

A segunda convenção, e mais relevante para o objeto deste trabalho, é a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, aprovada na XVII Sessão da Conferência Geral da UNESCO, realizada em Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972²⁰.

Essa Convenção foi celebrada em razão da necessidade de uma normatização complementar às legislações nacionais sobre a preservação do patrimônio cultural, que estava sofrendo uma degradação mais intensa, em razão da evolução da vida social e econômica dos países. Isso foi reconhecido em seu Preâmbulo, ao dizer-se que “(...) a proteção desse patrimônio em escala nacional é freqüentemente incompleta, devido à magnitude dos meios que necessita e à insuficiência dos recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se acha o bem a ser protegido”.

O “espírito” dessa Convenção é de não interferência na soberania estatal relativa à proteção dos bens culturais e naturais. A proteção internacional é feita mediante compromissos dos Estados em preservarem esses bens, que são os seguintes:

a) identificar e delimitar os diferentes bens culturais e naturais situados em seu território (art. 3º);

b) empregar recursos na proteção dos bens culturais e naturais, requerendo, se for o caso, assistência e cooperação internacionais de que possa beneficiar-se, notadamente nos planos financeiro, artístico, científico e técnico (art. 4º);

c) adotar uma política geral que vise a dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade e a integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planificação geral (art. 5º, ‘a’);

d) instituir em seu território, na medida em que não existam, um ou mais serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, dotados de pessoal e meios apropriados que lhes permitam realizar as tarefas a eles confiadas (art. 5º, ‘b’);

e) desenvolver estudos e pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitam a um Estado fazer face aos perigos que ameacem seu patrimônio cultural ou natural (art. 5º, ‘c’);

f) tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras ade-

quadas para a identificação, proteção, conservação, revalorização e reabilitação desse patrimônio (art. 5º, 'd');

g) facilitar a criação e o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação no campo da proteção, conservação e revalorização do patrimônio cultural e natural e estimular a pesquisa científica nesse campo (art. 5º, 'e').

12. O “tombamento” internacional

O processo de “tombamento” de um bem cultural ou natural pela UNESCO consiste na inclusão desse bem, cultural ou natural, em uma lista denominada “Lista do Patrimônio Mundial”. Nessa lista são relacionados os bens definidos nos arts. 1º e 2º dessa Convenção, considerados como tendo valor universal excepcional segundo os critérios que haja estabelecido o Comitê do Patrimônio Mundial.

O art. 11 da Convenção estabelece que cada um dos Estados-Partes na presente Convenção apresentará, *na medida do possível*, ao Comitê do Patrimônio Mundial um inventário dos bens do patrimônio cultural e natural situados em seu território que possam ser incluídos na Lista do Patrimônio Mundial. A inclusão nessa lista não poderá ser feita sem o consentimento do Estado interessado.

O procedimento de inclusão na Lista do Patrimônio Mundial é o seguinte (UNESCO, 2003):

1. o Centro do Patrimônio Mundial recebe a candidatura do bem a ser “tombado” e verifica se a documentação está completa;

2. o ICOMOS e o IUCN²¹ enviam especialistas para visitar os sítios, avaliar sua proteção. Após a visita, são elaborados relatórios técnicos que avaliam se o bem tem excepcional valor universal;

3. o *Bureau* do Patrimônio Mundial, órgão executivo de instrução dos trabalhos do Comitê do Patrimônio Mundial, examina esses relatórios do ICOMOS

e do IUCN, podendo fazer a recomendação para a inscrição do bem na Lista do Patrimônio Universal, ou solicitar informações adicionais para o Estado em que o bem está situado;

4. caso seja recomendada a inscrição, o Comitê do Patrimônio Mundial pode decidir pela inscrição do bem na Lista do Patrimônio Mundial, ou adiar essa decisão até que se obtenham informações mais aprofundadas, ou recusar a inscrição.

A proteção dos bens “tombados” pela UNESCO é feita sobretudo por meio da atuação estatal de cada país. No Brasil, por exemplo, as cidades tombadas pela UNESCO também o são pela União e sofrem fiscalização do IPHAN e do IBAMA, em relação ao patrimônio histórico e natural, respectivamente.

Em casos urgentes, o Estado em que se situa o bem poderá solicitar ajuda financeira da UNESCO para a preservação do bem “tombado”, mediante a utilização de verbas do Fundo do Patrimônio Mundial (arts. 13 e 15).

Em caso de os bens culturais ou naturais incluídos na Lista do Patrimônio Mundial estarem sofrendo ameaças de desaparecimento ou degradação, mas ainda podem ser preservados, o Comitê do Patrimônio Mundial os incluirá na Lista do Patrimônio Mundial em Perigo (art. 11, 4).

Não há uma sanção jurídica para o Estado que deixar o seu patrimônio “tombado” deteriorar-se. A única sanção possível é a sanção moral, que consiste na situação vexatória de ser visto com um Estado incapaz de cuidar do seu patrimônio histórico, cultural e natural (Vergonhoso descuido com o patrimônio histórico, 2003)²².

13. Conclusão

O tombamento é um instituto jurídico do direito administrativo destinado a preservar o patrimônio histórico, artístico, cultural e natural do país.

Não é instituto proveniente do direito português. A idéia da preservação é muito antiga e ganhou os contornos atuais na França, por meio do Abade Henri Grégoire.

Decorrente do princípio da função social da propriedade, o tombamento acarreta um gravame sobre as faculdades inerentes ao direito de propriedade, de modo a garantir essa proteção. Pode ser feito por meio da lei ou por processo administrativo, e atinge um único bem ou um conjunto deles, como é o caso do tombamento de um bairro ou de uma cidade.

As diversas esferas governamentais no Brasil legislam sobre o tombamento. A legislação federal sobre o assunto é a mesma desde 1937. Há dúvida sobre a constitucionalidade de as legislações municipais disciplinarem as restrições que o tombamento produz, após o advento da Constituição de 1988.

A proteção do patrimônio pelo direito internacional visa a complementação da proteção nacional, tendo em vista que determinados bens têm um valor universal e sua preservação interessa a toda a humanidade. O “tombamento” feito pela UNESCO, que eleva determinadas cidades à categoria de Patrimônio da Humanidade, consiste apenas na declaração desse caráter, ao incluí-la na Lista do Patrimônio Mundial. Não se trata, portanto, de um tombamento feito por uma organização internacional. Ao contrário, prescinde da intervenção do país em que esse patrimônio está localizado.

Notas

¹ Um trabalho muito interessante sobre a preservação do patrimônio cultural foi escrito por Joseph L. SAX (1990, p. 1142-1169).

² Costuma-se dizer que a preservação de bens culturais surgiu com a inscrição de determinados bens no livro localizado na Torre do Tombo, em Portugal, e daí o nome de tombamento. Ocorre que na Torre do Tombo era feito o registro das propriedades do Rei de Portugal, tal como nos dias de hoje é feito o registro dos bens imóveis nos Cartórios de Registro de Imóveis. Foi apenas no século XIX que a

Torre do Tombo passou a preservar a história de Portugal, devido à sua transformação em arquivo oficial daquele país. Além disso, o tombamento em Portugal é chamado de classificação, o que indica a palavra tombamento não guardar relação com a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural daquele país. (cf. INSTITUTO DOS ARQUIVOS NACIONAIS: Torre do Tombo, 2003).

³ Tradução livre: Relatório sobre as destruições operadas pelo vandalismo e seus meios de repressão.

⁴ O Decreto-Lei nº 25 teve sua constitucionalidade argüida perante o Supremo Tribunal Federal, conforme se verá abaixo (STF, Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, j. 19.08.1943, RF nº 98 – abril de 1943).

⁵ Tendo em vista serem os processos de tombamento muito demorados, a prática faz com que se utilize essa lei para a preservação de um bem histórico, artístico, cultural ou natural, sob a alegação de ser um patrimônio arqueológico. Ainda que não tenha esse caráter, ao menos o bem fica “congelado”, de tal modo que o reconhecimento da improcedência do caráter arqueológico coincida com a procedência do tombamento do bem.

⁶ O tombamento constitucional dos quilombos decorre do fato de os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte terem ocorrido durante as comemorações do centenário da abolição da escravidão no Brasil.

⁷ A Lei nº 378 criou o SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), que também foi disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37. O Decreto-Lei nº 8.534, de 2.1.1946, transferiu as competências do SPHAN para o DPHAN. Em 1970, o DPHAN foi transformado em IPHAN. E, em 13.11.1979, foi transformado em SPHAN. A Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, alterou o nome do SPHAN para IBPC – Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural. Porém, a Medida Provisória nº 610, de 8 de maio de 1994, por sua vez, alterou o nome do IBPC para IPHAN. Houve sucessivas reedições até a Medida Provisória nº 752, de 6 de dezembro de 1994, cujos efeitos foram convalidados pela Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998 (Lei da Reforma Administrativa).

⁸ Essa questão não é pacífica na Jurisprudência. Em Minas Gerais, por exemplo, há decisões que entendem ser constitucional a legislação municipal sobre tombamento (TJMG, Ap. Cível nº 000.256.230-4/00 – Comarca de Juiz de Fora. Relator Des. Bady Curi. Julgado em 07 de novembro de 2002) e outras decisões que entendem ser inconstitucional (TJMG, Ap. Cível nº 000.148.261-1/00, Comarca de Juiz de Fora. Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Julgado em 30 de setembro de 1999).

⁹ As Portarias SPHAN nº 10, de 10.09.1986, e nº 11, de 11.09.1986, disciplinam os procedimentos a

serem observados nos processos de aprovação de projetos a serem executados em bens tombados pelo IPHAN ou nas áreas de seus respectivos entornos.

¹⁰ A Jurisprudência entende ser abuso de autoridade a não decisão sobre o tombamento do bem, após decorridos mais de sessenta dias sem que haja uma decisão por parte dos Conselhos Consultivos dos Órgãos de Preservação do Patrimônio Histórico. Ver STJ, REsp nº 41.993-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. j. 19.06.1995; TJSP, Ap. Cível nº 120.187-5/6-00, Comarca de São Paulo, Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. 09.04.2002.

¹¹ Ver STF, Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, j. 19.08.1943, RF nº 98 (abril de 1943).

¹² O art. 140 do Decreto Estadual nº 13.426, de 16.03.1979, estabelece os seguintes livros do tombo: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo das Artes Aplicadas; Livro do Tombo das Artes; Livro do Tombo das Artes Populares; Livro do Tombo Histórico. O art. 9º da Lei Municipal nº 10.032, por sua vez, estabelece os seguintes livros de tombo: Livro de Registro dos Bens Naturais; Livro de Registro dos Bens de Valor Arqueológico, Pré-Histórico e Antropológico; Livro de Registro dos bens históricos, artísticos, folclóricos, bibliográficos, iconográficos, toponímicos e etnográficos; Livro de Registro dos parques, logradouros, espaços de lazer e espaços livres urbanos; Livro de Registro de edifícios, sistemas viários, conjuntos arquitetônicos e urbanos representativos e monumentos da cidade; Livro de Registro de bens móveis, incluindo-se acervos de museus, coleções particulares, públicas, peças isoladas de propriedade identificada, documentos raros de arquivos, mapas, cartas, plantas, fotografias e documentos de sensores.

¹³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Liminar – Sustação do prosseguimento de obras de loteamento – Admissibilidade – Área tombada – Adequação do registro imobiliário do loteamento às limitações administrativas – Substituição da indenização pela averbação das restrições – Preliminares rejeitadas – Recurso parcialmente provido – Voto vencedor. A grande inovação do tombamento é transformar o instituto jurídico da licença para construir em autorização para construir, modificar e alterar. Dessa forma, a Administração Pública passa a ter em suas mãos o juízo de conveniência e da oportunidade de modificação do bem tombado, não estando mais vinculada a critérios pré-ordenados como no caso da licença (TJSP, Apelação Cível nº 200.476-1 – Relator: Des. Alfredo Migliore – Comarca de Ubatuba – j. 01.02.94).

¹⁴ Há sobre essa questão o famoso acórdão em que o STF julgou se uma construção realizada em Petrópolis, RJ, prejudicaria a visão do Museu Im-

perial. Trata-se de sociedade que obteve da Prefeitura de Petrópolis alvará para construção de prédio do outro lado da avenida onde fica localizado o Museu. Quando a construção já estava no quinto pavimento, o SPHAN reclamou à Prefeitura, que revogou o alvará. Impetrou-se Mandado de Segurança contra essa decisão, sendo obtida a segurança em primeira e segunda instância (Tribunal Federal de Recursos). Aliás, o Relator do Caso, Min. Afrânio Antonio da Costa, foi pessoalmente até Petrópolis averiguar se a construção prejudicaria a visibilidade do Museu. Ele entendeu que não havia prejuízo, concedendo-se a segurança. Houve recurso ao STF, o qual não foi conhecido (STF, AI nº 26.603-DF, Rel. Min. Pedro Chaves. Julgado em 05 de julho de 1963).

¹⁵ Constituição Federal – “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”.

¹⁶ Ação Civil Pública. Patrimônio Histórico. Tombamento. Pretensão Inviabilizada. 1. Quando o imóvel não for objeto de tombamento, oficialmente não compõe o acervo histórico nacional, sendo, pois, passível de pronta demolição e/ou reforma. 2. Recurso a que se nega provimento (TJES, Ap. Civil nº 023930003910, Comarca de Iconha. j. 21.02.1995).

¹⁷ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 32, de 14 de agosto de 1956, e iniciada sua vigência com o Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958.

¹⁸ Art. 1º, 2, ‘c’, da Convenção sobre a Constituição da UNESCO, assinada em Londres em 16 de novembro de 1945.

¹⁹ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 71, de 28 de novembro de 1973, e iniciada sua vigência com o Decreto nº 72.312, de 31.05.1973.

²⁰ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, e iniciada sua vigência com o Decreto nº 80.978, de 14.12.1977.

²¹ O Conselho Internacional de Monumentos e Lugares de Interesse Artístico e Histórico (ICOMOS) e a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) são duas organizações não-governamentais que funcionam como órgãos consultivos da UNESCO.

²² “Lamentavelmente, de orgulho nacional Ouro Preto passou a ser vergonha nacional. (...) O incêndio que destruiu um casarão do século 18, na Praça Tiradentes, atingindo parcialmente outro, na Rua Cláudio Manuel, poderia ter tido consequências muito mais trágicas, pois, por incrível que pareça,

Ouro Preto não tem um Corpo de Bombeiros, razão pela qual o socorro teve que vir de cidades vizinhas e de Belo Horizonte! (...) Todos esses problemas e os riscos que ameaçam os bens tombados estão abrindo a possibilidade de Ouro Preto perder o título de patrimônio cultural da humanidade. Isso seria, além de uma verdadeira desclassificação, de um rebaixamento de categoria, um verdadeiro recibo passado de incompetência, desleixo e incultura a atingir, especialmente, os brios do povo mineiro (...)"

Bibliografia

- AVILA, Juan Manuel Alegre. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid: Ministerio de la Cultura, 1994. t. I.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CORTESE, Wanda. *I beni culturali e ambientali: profili normativi*. Padova: CEDAM, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- INSTITUTO DOS ARQUIVOS NACIONAIS: Torre do Tombo (Portugal). *Da Torre do Tombo ao Instituto dos Arquivos Nacionais*. Disponível em: <http://www.iantt.pt/instituto.html?menu=menu_ian&conteudo=da_tt_ao_ian&conteudo_nome=Historial>. Acesso em: 25 maio 2003.
- MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 19-35, jan./mar. 1992.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 17, n. 66, p. 52-69, out./dez. 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SAX, Joseph L. Heritage preservation as a public duty: the Abbé Grégoire and the origins of an idea. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 88, n. 5, p. 1142-1169, Apr. 1990.
- TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- UNESCO. *Procedimento para a inclusão de um bem na lista do patrimônio mundial*. Disponível em: <http://www.unesco.org.br/programas/cultura/pat_mund_txt.asp>. Acesso em: 25 maio 2003.
- VERGONHOSO descuido com o patrimônio histórico. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 20 abr. 2003. Editorial.