

TOMBAMENTO E CLASSIFICAÇÃO DE BENS CULTURAIS: ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Júlia Alexim Nunes da Silva

Sumário: Introdução. 1. Direito do Patrimônio Cultural, Classificação e Tombamento. 2. Classificação e Tombamento: Algumas Reflexões Preliminares. 3. Objeto e Sequência. I – Direito do Patrimônio Cultural. 4. Bens Culturais e Patrimônio Cultural. 4.1. Definição. 4.2. A Definição de Patrimônio Cultural nos Ordenamentos Jurídicos Português e Brasileiro. 5. Evolução Histórica do Direito do Patrimônio Cultural em Portugal e no Brasil. 6. A Proteção Constitucional do Patrimônio Cultural no Brasil e em Portugal . 6.1. Dimensões Objetiva e Subjetiva da Proteção Constitucional do Patrimônio Cultural. 6.2. Princípios do Direito do Patrimônio Cultural. II – Classificação e Tombamento. 7. Objeto dos Atos de Classificação e Tombamento. 7.1. Bens Materiais de Titularidade Pública ou Privada. 7.2. Bens Culturais. 7.3. Patrimônios Cultural e Natural. 7.4. Categorias de Bens Culturais e o Princípio da Graduabilidade. 8. Competência. 9. Procedimento. 9.1. O Procedimento em Linhas Gerais. 9.2. Bens em Vias de Classificação e Tombamento Provisório. 9.3. Prazos. 10. Decisão. 10.1. Juízo Pré-Jurídico. 10.2. Critérios Para Classificação ou Tombamento de Bens Culturais. 10.2.1. Valores de Memória e Civilização. 10.2.2. Princípios do Direito do Patrimônio Cultural. 10.2.3. A Classificação de Bens e a Distribuição de Recursos Escassos. 10.2.4. A Cultura Como Valor Constitucional Autônomo. 11. A Relação Jurídica Administrativa. 11.1. Sobre a Relação Jurídica Administrativa. 11.2. Efeitos da Classificação e do Tombamento. 11.2.1. Certeza Jurídica do Valor Cultural do Bem e Constituição em um Regime Jurídico Especial. 11.2.2. A Imu-

tabilidade da Coisa Classificada ou Tombada. 11.2.3. Limites à Alienação do Bem Classificado ou Tombado. 11.2.4. Deveres da Administração Pública. 11.2.5. Direitos e Deveres dos Proprietários ou Detentores de Direitos Reais Sobre os Bens. 11.2.6. Direitos e Deveres de Todos. 12. Desclassificação e Cancelamento do Tombamento. 13. Natureza Jurídica. 13.1. Ato e Procedimento. 13.2. Vinculação e Discricionariedade. 13.3. Ato Declaratório ou Constitutivo. 13.4 Servidão, Restrição ou Limitação Administrativa. Conclusões. 14. Algumas Semelhanças entre Brasil e Portugal. 15. Algumas Diferenças. 16. Algumas Sugestões ao Legislador Brasileiro. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

1. DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL, CLASSIFICAÇÃO E TOMBAMENTO



direito do patrimônio cultural vem se estruturando na história recente como um dos novos ramos do direito. Em linhas gerais, podemos definir o direito do patrimônio cultural como o conjunto de diplomas legais que contém instrumentos destinados a defender e promover o patrimônio cultural¹ e os bens culturais. Segundo Eduardo Vera Cruz², esse conjunto é derivado de um processo de juridicização de algo que relaciona o direito, a teoria do patrimônio e a filosofia da cultura. Dessa forma, não é o direito do patrimônio cultural que cria as práticas de preservação e promoção de bens culturais. Com efeito, esse novo ramo do direito consiste na transformação em norma de instrumentos sociais pré-existentes, destina-

¹PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos Para Uma perspectiva Histórica do Direito do Patrimônio Cultural em Portugal. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 205-253, p.209-210.

² PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos ..., p. 209-210.

dos a preservar modelos comuns, noções sobre a vida em comunidade, valores identitários, testemunhos de civilização e outros elementos, que compõem o patrimônio cultural. Essas práticas sociais, portanto, antecedem a constituição de um direito do patrimônio cultural. Em outras palavras, o direito do patrimônio cultural é uma resposta, no campo jurídico, ao reconhecimento de um interesse público relativo à cultura em geral e aos bens culturais em especial.

Isso não significa dizer que o direito do patrimônio cultural não constitua nada de novo. Embora criado para transformar em norma práticas presentes na sociedade, ele cumpre a função de integrar essas categoriais e os bens culturais em um todo e de conferir a essa totalidade uma unidade identitária. Assim, o paradoxo do direito do patrimônio cultural é que ele surge para enquadrar juridicamente práticas, bens e valores já existentes, mas, ao mesmo tempo, é criador de uma unidade em que essas práticas, bens e valores se integram³.

A classificação e o tombamento são apenas dois dos institutos que compõem o direito do patrimônio cultural que é, de fato, muito mais amplo. Assim, nem a classificação nem o tombamento se confundem com o direito do patrimônio cultural e nem se confundem com a preservação de bens culturais. A preservação é conceito mais amplo e genérico, que abrange todas as formas de atuação do Estado destinadas à proteção da memória e da cultura⁴, enquanto o tombamento e a classificação são institutos específicos⁵.

³ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Contributos ...*, p.210

⁴ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: O Tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 5.

⁵ Tanto é assim, que Jean Marie Pontier, ao tratar da proteção de monumentos e obras de arte em geral, fala de diversas formas de proteção de uma obra e lista três formas específicas de proteção: a conservação, a restauração e a reconstrução. Todas essas são formas de atuação da Administração na preservação do patrimônio cultural diversas dos atos de classificação e tombamento (PONTIER, Jean Marie. *La Protection du Patrimoine Monumental*. In: *Revue Francaise de Droit Administratif*, nº 1. Ano 6, 1992, p. 757-775, p.765).

2. CLASSIFICAÇÃO E TOMBAMENTO: ALGUMAS REFLEXÕES PRELIMINARES

Estabelecido que a classificação é uma das formas de preservação do patrimônio cultural, podemos defini-la, preliminarmente, como o ato administrativo que atesta o valor cultural de um bem e, em razão desse valor, sujeita-o a um regime jurídico específico⁶.

Apesar da diferença de nomenclatura, não há uma diferença essencial entre o tombamento e a classificação. De acordo com José Afonso da Silva⁷, a classificação é um método de proteção de bens culturais por meio de um ato administrativo. Esse é o método utilizado no Brasil, com a adoção do instituto do tombamento. O tombamento é o ato administrativo que, tal e qual a classificação, tem por funções primordiais reconhecer o valor cultural de um bem e instituir esse bem em um regime jurídico especial. Assim, o tombamento nada mais é do que a classificação no sistema jurídico brasileiro. A nomenclatura tombamento decorre do fato de que os bens submetidos a proteção especial por seu valor cultural são inscritos nos livros do tomo.

3. OBJETO E SEQUÊNCIA

Feitos esses esclarecimentos preliminares, cabe definir que o objeto deste trabalho restringe-se à classificação em Portugal e ao tombamento no Brasil. O tombamento é regulado no Brasil por um Decreto-Lei de 1937, norma editada sob a égide de um regime autoritário, durante o Estado Novo Brasileiro, e

⁶ GOMES, Carla Amado. O Patrimônio Cultural na Constituição: Anotação ao Artigo 78º. In: GOMES, Carla Amado. In: Textos Dispersos do Patrimônio Cultural e do Direito do Urbanismo. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 9-49, p. 27.

⁷ SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

que, hoje, está ultrapassada e repleta de omissões. Por isso, nosso intuito com este estudo é analisar o instituto da classificação em Portugal em comparação com o tombamento no Brasil, procurando identificar como a experiência portuguesa pode servir de inspiração para o legislador brasileiro. Para isso, este trabalho contém uma primeira parte dedicada a alguns esclarecimentos sobre o direito do patrimônio cultural e uma segunda parte destinada especificamente à classificação e ao tombamento.

I – DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

4. BENS CULTURAIS E PATRIMÔNIO CULTURAL

4.1. DEFINIÇÃO

A noção de patrimônio cultural não pode ser confundida com a ideia de patrimônio do direito privado. Embora o termo tenha a sua origem no direito privado, o patrimônio, na sua concepção privatista, designa um conjunto de bens patrimoniais dotados de valor econômico. É bem verdade que o patrimônio cultural também é formado por um conjunto de bens, contudo, é um conjunto de bens culturais e não patrimoniais. Desse modo, o patrimônio cultural nada mais é do que o conjunto de bens culturais⁸. Sendo assim, o problema que se coloca – como anterior e necessário à compreensão do que seja o patrimônio cultural – é o da definição de bem cultural⁹.

⁸ NABAIS, José Casalta. Considerações Sobre o Quadro Jurídico do Patrimônio Cultural e do Ambiente. In: Miranda, Jorge (org) Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário do Seu Nascimento, vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 727-745, p. 728/729.

⁹ O termo bem cultural começa a se propagar a partir do Direito Internacional, em especial, das convenções da UNESCO, a expressão é utilizada na Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado adotada em Haya em 14 de maio de 1954. O conceito, entretanto, é mais tecnicamente desenvolvido na Itália. A comissão, instituída em 1964, para elaboração da ordem e tutela da preservação e

Desde logo, cabe estabelecer que os bens culturais são bens jurídicos. A cultura é um valor que, quando tutelado pelo direito, constitui um bem jurídico. O bem cultural é um valor de civilização ou cultura. Enquanto um valor, o bem cultural é um bem jurídico imaterial. Dessa forma, o bem cultural corresponde à criação cultural em si e não o objeto que a incorpora¹⁰. É preciso esclarecer, portanto, a confusão entre o bem cultural e seu suporte material. Os bens culturais são bens imateriais que podem ou não ter um suporte material¹¹. O bem cultural é o valor cultural, o valor como testemunho da civilização que pode ou não estar colado a uma coisa, um bem móvel ou imóvel.

Essa definição de bem cultural permite uma superação da distinção entre bens materiais e imateriais da perspectiva da cultura, na medida em que os bens culturais são valores imateriais que podem ou não estar incorporados em um objeto material. O resultado dessa separação entre o bem cultural e o seu suporte material é o estabelecimento de uma duplicidade de

valorização do patrimônio cultural, que ficou conhecida, em razão do nome de seu presidente, como comissão Franceschini, elaborou o seguinte conceito de bem cultural: “Appartengono al patrimonio culturale della nazione tutti i Beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i Beni di interesse archeologico, storico artistico, ambientale e paesagistico, archivistico e librario, e oggi anche altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà”. (VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitución Española. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 241).

Da definição da comissão Franceschini, podemos extrair as seguintes conclusões: (i) os bens culturais são definidos a partir da noção de valores de civilização; (ii) são definidos como bens materiais; (iii) a definição da comissão Franceschini é uma definição bastante ampla que inclui também bens de interesse ambiental e paisagístico. A ideia de que os bens culturais são valores de civilização ou de cultura é essencial e pode ser aproveitada. A noção elaborada pela comissão Franceschini de que o bem cultural é um bem material, entretanto, hoje, está superada. Quanto a percepção ampla dos bens culturais esta é adotada na Convenção da UNESCO Para a Proteção do Patrimônio Mundial Natural e Cultural, mas, não é adequada nem ao ordenamento jurídico português, nem brasileiro.

¹⁰ VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función..., p. 234.

¹¹ NABAIS, José Casalta. Considerações..., p. 728-729.

regimes jurídicos. De um lado, há o regime jurídico do bem cultural, que é um bem público; de outro, há o regime jurídico correspondente à propriedade do objeto material. Isso significa dizer que não há relação entre o bem cultural, o regime jurídico a ele aplicável e a titularidade da coisa em que o bem cultural está impregnado.

Do mesmo modo que a distinção entre bens culturais materiais e imateriais, a distinção entre bens culturais de propriedade pública e bens culturais de propriedade privada, hoje, está superada. De fato, a compreensão do bem cultural passa a estar concentrada no valor cultural, e não no titular do suporte material desse mesmo valor¹². Nesse sentido, o regime jurídico referente à propriedade do bem e seu valor cultural são coisas distintas. Isso é resultado da natureza do valor intrínseco desses bens, esse valor intrínseco obriga a submissão do bem à tutela pública, mas não aniquila seu valor econômico nem o exercício do direito de propriedade do bem¹³.

Podemos, então, definir os bens culturais como bens imateriais, que podem ou não depender de um suporte material, de propriedade pública ou privada, que expressam valores de natureza cultural e que, em razão desse valor, são submetidos a um regime jurídico especial¹⁴.

Resta evidente, então, que o patrimônio cultural, enquanto o conjunto de bens culturais, não é formado tão-somente por bens materiais nem por bens públicos. Pelo contrário, o patri-

¹² GOMES, O Patrimônio..., p. 19.

¹³ SILVA, Suzana Tavez. Da “Contemplação da Ruína” ao Patrimônio Sustentável. In: CEDOUA, n. 2/2002, p. 70-88, p. 75.

¹⁴ Definição semelhante é dada por Giorgio Ferri, para quem a fórmula bem cultural significa: “... síntese descritiva de uma vasta tipologia de objetos materiais relativamente à qual o direito produz uma regulamentação específica, cujo fundamento pode ser unitariamente reconduzido ao reconhecimento, em tais objectos, de um valor de natureza cultural que se distingue, e em certo sentido se contrapõe, ao valor econômico”(FERRI, Pier Giorgio. Os Bens Culturais no Direito Italiano. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 11-148, p. 117.)

mônio cultural é mais amplo e abrange, além de bens culturais incorporados em objetos materiais, bens que independem de suporte material, como crenças, tradições e costumes¹⁵. Desse modo, o que aglutina os bens culturais e forma uma unidade – o patrimônio cultural – não é nem sua materialidade nem sua titularidade, é justamente o valor desses bens¹⁶, caracterizado como um valor cultural, de civilização ou de memória¹⁷.

4.2. A DEFINIÇÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO.

Em Portugal, a Lei nº 107 de 8 de setembro de 2001 define o patrimônio cultural, em seu artigo 2º, nº 2, como o conjunto de bens com “valor de civilização ou cultura portadores de interesse cultural relevante”. Logo, adota a ideia do bem cultural como um valor de cultura ou civilização. A Lei esclarece, também, que o patrimônio cultural é formado por bens materiais ou imateriais, ao estabelecer, no artigo 2º, nº 4, que integram o patrimônio cultural “bens imateriais que constituam parcelas estruturantes da identidade e da memória coletiva portuguesas”.

No Brasil, o artigo 216 da Constituição Federal de 1988 define o patrimônio cultural como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos dife-

¹⁵ PONTIER, Jean Marie. *La Protection...*, p. 767.

¹⁶ VAQUER, Marcos. *Estado...*, p. 238 e 255.

¹⁷ O que se entende por valor de civilização, cultura ou memória, a nosso ver, é um conceito pré-jurídico, que depende do auxílio de outras ciências e, mesmo na doutrina jurídica encontramos a adoção de algumas definições. Marcos Vaquer fala neste valor como um valor social, ou seja, é necessário que a comunidade reconheça o valor cultural do bem (VAQUER, Marcos. *Estado...*, p. 244). Há quem entenda que tem valor cultural tudo o que exprime o gênio criador do homem (BOURDIN, Alain. *Le Patrimoine Culturel e Les Systeme de Valeurs*. In: JEGOUZO, Yves (org). *Droit du Patrimoine Culturel Immobilier*. Paris: Economica, p. 37-49, p. 40.

rentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Trata-se de definição muito semelhante à da Lei Portuguesa. A referência aos grupos formadores da nação demonstra uma preocupação do constituinte em preservar o pluralismo cultural e étnico, característico da sociedade brasileira. O texto constitucional brasileiro é condizente com a noção apresentada de que o patrimônio cultural é um conjunto de bens culturais imateriais¹⁸, definidos como bens que expressam valores de cultura e memória.

Também encontramos uma definição de bem cultural no artigo 1º do Decreto-Lei nº 25 de 1937 nos seguintes termos: “constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo determina ainda que os bens “só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico ou artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo”. Resta evidente, então, que, pelo texto literal do Decreto-Lei nº 25 de 1937, o patrimônio cultural seria composto apenas de bens materiais, móveis ou imóveis, e ainda somente bens tombados seriam considerados integrantes do patrimônio cultural brasileiro. Ora, essa definição é muito mais restrita e diverge inteiramente da definição do artigo 216 da Constituição Federal, que abrange bens imateriais e não relaciona o tombamento do bem com a sua inserção no patrimônio cultural.

¹⁸ Nessa mesma linha, Lima Rodrigues afirma que a Constituição Brasileira, ao incluir na definição de patrimônio cultural bens de natureza material e imaterial, está em sintonia com a moderna teoria dos bens culturais que os considera como bens imateriais (RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A Indicação Constitucional dos Elementos Formadores do Patrimônio Cultural Brasileiro como contribuição para o fortalecimento da Idéia de Constituição Cultural. In: Mont’Averne, Martonio e outros (org). Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Freidrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 473-479, p. 475.).

Diante disso, devemos concluir que, embora o Decreto-Lei nº 25 de 1937 ainda esteja em vigor e seja aplicado, a definição de patrimônio cultural contida no *caput* do seu artigo 1º, bem como o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, que determina que apenas os bens tombados integram o patrimônio cultural, não foram recepcionados¹⁹ pela Constituição Federal de 1988²⁰. Portanto, a definição que deve ser adotada no Brasil é aquela do texto constitucional.

5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

Como dissemos, há um interesse na proteção do patrimônio cultural e um conjunto de práticas adotadas com esse fim, que precedem o direito do patrimônio cultural. A estipulação do momento de gênese desse interesse varia de autor para autor²¹.

¹⁹ Utilizamos aqui o termo não-recepção ao invés de inconstitucionalidade, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o direito pré-constitucional não está sujeito ao controle abstrato da constitucionalidade de normas, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Eventuais conflitos entre o direito pré-constitucional e a Constituição devem ser resolvidos, tanto pela jurisdição ordinária quanto pelo STF, com base nas normas de direito intertemporal. Assim, o fenômeno, na hipótese de incompatibilidade entre uma norma e a Constituição é o da não recepção desta norma pela Constituição, ao invés do fenômeno da inconstitucionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1116-1117).

²⁰ Tramita perante o Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206, proposta pela Procuradoria Geral da República, em que se pretende que seja dada interpretação conforme à Constituição ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 25 de 1937, no sentido de incluir no âmbito semântico do enunciado o conceito amplo de bem cultural do artigo 216 da Constituição.

²¹ Adetério Teixeira começa seu histórico nas pinturas rupestres da Idade da Pedra (TEIXEIRA, Carlos Adetério. A Proteção do Patrimônio Cultural. In: Textos: Ambiente e Consumo, vol. III, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 61-107, p. 62). Eduardo Vera Cruz, tratando especificamente da história portuguesa, inicia sua análise da evolução histórica do direito do patrimônio cultural português na Idade Média, em que, segundo o autor, a preservação de determinados bens móveis

Embora reconheçamos que há uma divergência e admitamos que o interesse por bens culturais antecede sua regulação legal e a atuação estatal no sentido da preservação desses bens como um todo, optamos por iniciar nosso histórico no século XIX, quando se estrutura uma preocupação mais sistemática da Administração Pública com a preservação de bens culturais e também porque nossa análise histórica procura centrar-se nos institutos da classificação e do tombamento.

A classificação de bens culturais está no início da história da preservação de bens culturais em Portugal, em especial a classificação de bens imóveis²². Em 1882, é criada a Comissão dos Monumentos Nacionais, rebatizada em 1898 de Conselho Superior dos Monumentos Nacionais e, finalmente, Conselho dos Monumentos Nacionais em 1901. Em 1890, é criada uma comissão para estruturar o arrolamento e a classificação de bens culturais, também com competência para classificação de bens imóveis²³: Contudo, é em 1901 que surge o primeiro con-

e imóveis tinha um cunho utilitarista e não exatamente preocupada com o valor cultural do bem. O autor identifica ainda alguns atos normativos e administrativos que visavam, de forma circunstancial, defender bens de interesse cultural, mas afirma que só é possível falar em um direito do patrimônio cultural propriamente dito já no século XIX, após a Revolução Liberal (PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Contributos ...*, p... 217 e 222). Casalta Nabais, por sua vez, parte do século XIX e destaca como marco a criação de organismos destinados à proteção de monumentos históricos, como a Inspeção Geral de Monumentos Históricos criada na França em 1830 ou as instituições espanholas, as Comissões Provinciais de Monumentos e a Comissão Central de Monumentos ou a Comissão dos Monumentos Nacionais instituída em 1882, segundo julga o autor, em Portugal (NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 73-74). Em sentido diverso, Cecília Londres identifica a gênese da ideia de patrimônio cultural na Revolução Francesa. Segundo a autora, a noção de patrimônio cultural teria surgido da constatação pelos eruditos iluministas da necessidade de preservação de bens que, confiscados de nobres e da Igreja, estavam sendo destruídos em razão da sua dimensão simbólica; a esses bens é então conferido um novo significado, o de patrimônio nacional, com o intuito de preservá-los (LONDRES, Cecília O Patrimônio em Processo: Trajetória da Política Federal de Preservação no Brasil. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997.p 125).

²² TEIXEIRA, Carlos Adetério. *A Proteção...*, p. 67.

²³ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Contributos ...*, p. 226-227.

junto de normas sobre patrimônio cultural, já dedicadas à classificação de bens. São elas: (i) o Decreto de 24 de outubro, que conferiu ao Conselho dos Monumentos Nacionais a competência para classificar monumentos nacionais; e (ii) O Decreto de 30 de dezembro, que estabeleceu as bases para a classificação de imóveis como monumentos nacionais e objetos móveis pertencentes ao Estado, corporações administrativas ou estabelecimentos públicos²⁴.

Ainda no início do século XX, com o advento do Decreto nº 1 de 26 de maio de 1911 e da Lei nº 1700 de 1924, a classificação é combinada com outros institutos. O referido Decreto era destinado a proteger edifícios que, sem merecerem a classificação de monumentos nacionais, fossem de interesse histórico ou artístico. Já a Lei nº 1700 de 1924 estabelecia o arrolamento de bens móveis e imóveis de interesse arqueológico, numismático ou artístico²⁵.

Até então, a regulação do patrimônio cultural em Portugal se dava por meio de um conjunto disperso de diplomas. É em 1932, na forma do Decreto nº 20.985, que surge a primeira “codificação” da matéria²⁶. O Decreto trata da proteção do patrimônio arqueológico (artigos 1º a 23º), da classificação de bens imóveis como monumentos nacionais (artigos 24º a 48º) e dos imóveis de interesse público que, não merecendo a classificação de monumento nacional, deveriam ser descritos em cadastro especial.

Em 1933, a proteção e promoção do patrimônio cultural recebem, pela primeira vez em Portugal, consagração constitucional. O tema é regulado pelo artigo 52º do diploma. A Constituição, entretanto, tratava o patrimônio cultural de uma perspectiva estadista e autoritária. Além disso, nem o texto constitucional nem a legislação que regulava o tema, o Decreto nº

²⁴ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 75-76.

²⁵ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p.84

²⁶ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p.84

20.985 de 1932, conseguiram conciliar o interesse público na classificação de bens culturais com a propriedade privada desses bens²⁷. Com efeito, os encargos para os proprietários eram bastante altos. O proprietário ou usufrutuário do bem, nos termos do artigo 32º do Decreto nº 20.985 de 1932, era responsável pela conservação do bem e por comunicar, ao Conselho Superior de Belas Artes, qualquer modificação sofrida por este. Qualquer modificação não autorizada poderia ensejar embargo judicial. Ademais, de acordo com o artigo 44º do mesmo diploma, todas as obras que o Ministro de Instrução Pública determinasse que fossem realizadas no bem deveriam obrigatoriamente ser executadas pelo proprietário ou usufrutuário. Caso as obras não fossem iniciadas no prazo fixado pelo Ministro, o Estado procederia a elas, correndo as despesas por conta do proprietário ou usufrutuário. O proprietário poderia provar que não possuía os meios necessários para a realização da obra e, nesses casos, a obra seria realizada pelo Estado, mas, mesmo assim, a propriedade ficaria onerada, em favor do Estado, na proporção dos gastos efetuados. Apesar de todos esses encargos, não havia suficientes compensações ao proprietário ou usufrutuário do bem classificado.

Apesar de o direito do patrimônio cultural já estar se configurando, como dissemos, desde o século XIX, foi ao longo do século XX que o interesse e a projeção dos problemas relacionados com a preservação de bens culturais aumentaram. Especialmente porque os danos causados pelos dois conflitos mundiais redobram a atenção de todo o mundo com relação à proteção de bens culturais²⁸. A preocupação com a preservação desses bens refletiu-se no direito internacional, com a Convenção Para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, adotada em Haia, em 1954, e com a adoção, na Conferência de Haia do mesmo ano, da concepção de que cada

²⁷ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Contributos ...*, p.230.

²⁸ GOMES, Carla Amado. *O Patrimônio...*, p. 9.

Estado é fiduciário de toda a humanidade com relação ao patrimônio cultural²⁹. Nesse contexto, o Estado Constitucional, a humanidade e a cultura ganharam uma nova proximidade³⁰.

Essa é a atmosfera em que é promulgada a Constituição de 1976 e aprovada a revisão constitucional de 1982³¹. Não é por acaso que na sua atual redação a Constituição da República Portuguesa é um dos mais completos e detalhados textos no que se refere à preservação do patrimônio cultural.

Após a promulgação da Constituição de 1976, a proteção do patrimônio cultural em Portugal sofre algumas transformações. Primeiramente, merecem menção o Instituto Português do Patrimônio Cultural e o Instituto Português do Patrimônio Arqueológico e Arquitetônico, criados, respectivamente, pelo Decreto-Lei nº 59 de 03 de abril de 1980 e pelo Decreto-Lei nº 106-F de 1º de junho de 1992³². Em segundo lugar, a matéria recebe novo tratamento legal com a Lei nº 13 de 06 de julho de 1985. A Lei de 1985 ampliou o conceito de patrimônio cultural, incluindo neste bens imateriais, ou bens culturais sem suporte material³³. Tratava-se de uma Lei de Bases do Patrimônio Cultural, que procurava regular toda a política de proteção do patrimônio cultural, e não apenas a classificação. Para fins de preservação de bens culturais, eram combinados ao menos dois institutos, a classificação e a inventariação de bens culturais.

O objetivo buscado com a Lei de 1985 era a edição de um diploma que revogasse as leis esparsas que regulavam a proteção e promoção do patrimônio cultural, incompatíveis com a concepção de proteção e fruição do patrimônio cultural

²⁹ HÄBERLE, Peter. La Protection Constitucional e Universal de Los Bienes Culturales: Una Analisis Comparativo. In: Revista Espanhola de Derecho Constitucional, n° 54, ano 18, 1998, p.11-39, p. 13.

³⁰ HÄBERLE, Peter. La Protection..., p. 13.

³¹ O Texto não é tão sensível ao patrimônio cultural como a reforma que estabelece a proteção deste como tarefa fundamental do Estado (PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos ..., p.230).

³² PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos ..., p.231 e 249.

³³ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 83.

adotada na revisão constitucional de 1982. A Lei teve o mérito de representar a superação de uma dificuldade em legislar sobre a matéria que permanecia tratada de forma dispersa desde os anos 30. O diploma, entretanto, não cumpriu seu intento, revelou-se inaplicável, dado que dependia de legislação complementar nunca editada, à exceção da regulação do patrimônio cultural subaquático³⁴. Desse modo, a classificação de bens continuou a depender de recursos a diplomas anteriores, como o Decreto nº 20.985 de 1932, que permaneceu em vigor. A Lei de 1985 foi, então, alvo de inúmeras críticas.

João Martins Claro³⁵ apontava uma multiplicidade de omissões na Lei do Patrimônio Cultural de 1985. De acordo com o autor, a Lei era omissa com relação à competência para a classificação de bens; à fixação de critérios genéricos de classificação; ao procedimento de classificação que exigia maior densificação; aos prazos para situação de bens imóveis em vias de classificação; ao regime de imposição de realização de obras pelo proprietário do bem; e ao procedimento de classificação por regiões autônomas e assembleias municipais.

Casalta Nabais³⁶, por sua vez, fazia uma crítica geral ao sistema em vigor a partir de 1985 em razão da multiplicidade de diplomas, alguns em sobreposição. Criticava especificamente a Lei de 1985 pela menção a bens de valores internacional, nacional e regional. Para o jurista, a categoria valor internacional restava inaplicada e a de valor regional era de difícil compreensão. Finalmente, Nabais se opunha à aproximação excessiva entre os regimes de bens classificados e os bens em vias de classificação.

As categorias de bens classificados – monumento, conjunto e sítio – foram alvo de questionamentos apresentados por

³⁴ CLARO, João Martins. Enquadramento e Apreciação Crítica da Lei n.º 13/85. In: *Direito do Patrimônio Cultural*. Oeiras: INA, 1996, p. 279-328, p. 280.

³⁵ CLARO, João Martins. *Enquadramento...*, p. 304.

³⁶ NABAIS, Idéias Sobre o Quadro Jurídico do Patrimônio Cultural. In: *Separata do I Curdo de Gestão do Patrimônio*. Lisboa: CEFA, 1996, p. 146-167, p. 166.

Sérvulo Correia³⁷, para quem as definições dessas categorias no texto legal eram excessivamente descritivas e apresentavam uma compilação de expressões vagas e desconexas, carentes de uma ideia diretiva e unificadora³⁸.

A Lei também não fez muito sucesso junto aos membros da Igreja Católica, na medida em que, como aponta Vasco Pereira da Silva³⁹, desconsiderou inteiramente a Concordata da República Portuguesa com a Santa-Sé e as disposições desse tratado relativas ao patrimônio cultural da igreja.

Ainda segundo Vasco Pereira da Silva⁴⁰, a Lei de 1985 era criticável por seu caráter estatizante. Com efeito, as ações de defesa do patrimônio eram exclusivas das entidades públicas; a cooperação internacional estava prevista somente com relação ao patrimônio português; e a Lei, por meio de suas definições vagas e omissões, consagrava amplos poderes discricionários das autoridades públicas com muito pouca vinculação legal.

A apreciação da Lei feita por Melo Alexandrino⁴¹ não era mais favorável que a dos autores mencionados. De fato, no mesmo sentido que esses autores, Alexandrino ressaltava a inaplicabilidade da Lei por falta de legislação complementar; destacava as omissões do diploma que não clarificava expressamente as responsabilidades e competências do Estado, Regiões Autônomas e Autarquias; salientava o caráter estatizante da Lei e a ausência de mecanismos de cooperação; e reconhecia a insuficiência da definição de patrimônio cultural presente na Lei.

Essa breve compilação das principais críticas feitas pela

³⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento, p. 329-351.

³⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento, p. 329-351.

³⁹ SILVA, Vasco Pereira da. O Patrimônio Cultural da Igreja In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 475-497, p. 483.

⁴⁰ SILVA, Vasco Pereira da. O Patrimônio..., p. 483-489.

⁴¹ ALEXANDRINO, José Melo. Uma Nova Lei de Bases Para o Patrimônio. Separata de Cadernos de Ciência de Legislação, nº 24, Janeiro-Março 1999, p.9-12

doutrina à Lei de 1985 serve para demonstrar o insucesso do diploma e o porquê da edição de uma nova Lei em 08 de setembro de 2001. Esta última, ainda em vigor, será tratada com mais vagar no desenvolvimento deste trabalho.

A história da preservação do patrimônio cultural no Brasil é bem mais concisa. A começar, porque a preocupação com uma proteção sistemática do patrimônio cultural só começa no Brasil nos anos 30 do século passado. Até então, apenas a proteção de bens móveis era realizada, por meio da sua colocação em museus. O interesse público na preservação do patrimônio cultural se intensifica nos anos 20, quando intelectuais, especialmente modernistas, chamam atenção para a necessidade de proteção e valorização da arte e do patrimônio cultural nacionais⁴².

Esse anseio, já presente na sociedade, ganha consagração normativa em 1934, quando é promulgada a primeira Constituição Brasileira que trata da cultura e do patrimônio cultural. Inspirada na Constituição da República de Weimar, a Constituição de 1934 trouxe previsões até então inéditas, que delineavam direitos fundamentais sociais e esboçou a regulação de um direito à cultura. É bem verdade que, enquanto a Constituição Alemã tratava da educação e da cultura na sua parte II, dedicada a “direitos e deveres fundamentais dos alemães”, a Constituição de 1934 não tratava desses temas na sua declaração de direitos. Entretanto, dispositivos semelhantes aos da Constituição de Weimar apareciam na Constituição Brasileira, em seu Título V, denominado “da família, da educação e da cultura”⁴³.

O artigo 148 da Constituição de 1934, dispositivo desti-

⁴² Sobre o Tema Ver: MORAES, Eduardo Jardim de. *A Brasilidade Modernista e Sua Dimensão Filosófica*. Tese de Mestrado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica e CHUVA, Márcia Regina Romero. *Os Arquitetos da Memória: a Construção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (anos 30 e 40)*. Tese de Doutorado. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1998.

⁴³ GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 119 e p.133-138.

nado à cultura, determinava que era competência da União, dos Estados e dos Municípios o favorecimento da ciência, das artes, das letras e da cultura em geral e a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. A proteção do patrimônio cultural estava prevista no artigo 10, inciso III, do texto constitucional, como competência da União e dos Estados. A Constituição de 1934 estabelecia, portanto, um dever do Estado de proteção do patrimônio cultural.

A Constituição de 1934, no entanto, teve vida curta e foi rapidamente substituída pela Constituição de 1937. Esta última estabelecia em seu artigo 124 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”.

É em 1937 que o tombamento é, pela primeira vez, regulado em norma no Brasil, por meio do Decreto-Lei de nº 25 de 30 de novembro de 1937, que vigora até hoje e ficou conhecido como a Lei do Tombamento. Esse é o diploma que regulou e regula todos os tombamentos realizados no Brasil em nível federal e permanece sendo a mais importante norma de proteção do patrimônio cultural. A história da proteção do patrimônio cultural brasileiro, entretanto, não termina aí. Após o Decreto-Lei de 1937, outros diplomas são editados, ainda que não referentes ao tombamento, como, por exemplo, a Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961.

As Constituições de 1946 e 1964 não inovaram no tratamento do patrimônio cultural. É a Constituição de 1988 que traz novas tintas ao regulamento do tema. O patrimônio cultural é regulado no artigo 216 da Lei Maior que traz uma definição ampla de patrimônio cultural e menciona um conjunto de meios de proteção, dentre eles o tombamento. A legislação infraconstitucional, entretanto, não acompanha as inovações constitucionais, e o tombamento permanece regulado pelo diploma de 1937.

A partir desse breve histórico, podemos concluir que o conceito de patrimônio cultural sofreu um grande alargamento na História recente. Na legislação portuguesa, por exemplo, tratou-se primeiro dos monumentos no Decreto de 1901, depois dos imóveis de interesse público no Decreto nº 20.985 de 1932, até a menção aos bens imateriais na Lei do Patrimônio Cultural de 1985⁴⁴. Também no Brasil, percebe-se essa evolução. A proteção começa com bens móveis, preservados em museus, estende-se a bens imóveis, bens materiais, monumentos culturais e naturais, depois a bens arqueológicos, até a mais recente proteção dos bens imateriais.

Como veremos, tanto Brasil quanto Portugal possuem Constituições que regulam de forma ampla e bastante atual o patrimônio cultural e os mecanismos para sua proteção. Entretanto, uma diferença essencial, que vai influenciar de forma determinante as principais oposições entre os regimes português e brasileiro, pode ser notada desde logo. Portugal viveu uma evolução legislativa, consubstanciada em leis que se ocupavam da política de proteção do patrimônio como um todo, possui uma legislação recente e vivenciou grande discussão doutrinária em torno do tema. No Brasil, essa evolução legislativa não ocorreu, não há uma lei de bases e o principal instrumento de preservação do patrimônio cultural é o tombamento regulado pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937, que permanece em vigor, tendo sofrido poucas alterações. O resultado é que o Brasil carece de uma legislação atualizada e adequada ao atual tratamento constitucional da matéria e, como veremos, muitas críticas feitas ao regime legal português anterior a 2001 e muitas soluções adotadas pela Lei de 2001 podem ser aplicadas no Brasil.

6. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

⁴⁴ NABAIS, José Casalta. Considerações..., p. 736.

6.1. DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A proteção do patrimônio cultural é um dos aspectos da constitucionalização da cultura. Todas as constituições europeias posteriores à II Guerra Mundial constitucionalizaram a cultura. Dentre essas, a Constituição Portuguesa de 1976 traz uma das mais extensas regulações da matéria⁴⁵. A cultura é autonomizada em relação às ordens econômica e social, a ponto de o conjunto de normas sobre a cultura poder ser designado de Constituição Cultural⁴⁶. Com efeito, a Cultura aparece em todas as grandes partes da Constituição e, com ela, o patrimônio cultural⁴⁷.

Assim, com relação às normas de natureza objetiva, o patrimônio cultural é tarefa fundamental do Estado, em conformidade com o artigo 9º da Constituição de 1976. O artigo 66º, nº 2, “c” estabelece que, para assegurar o direito de todos a um ambiente de vida humano, é tarefa do Estado “classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico”. O artigo 73º determina que compete ao Esta-

⁴⁵ Nesse sentido:TAJADURA, Javier. La Constitución Cultural. In: Revista de Derecho Político, nº 43, 1998, p. 97-134, p. 101. No mesmo sentido entende Peter Haberle que afirma que a constituição portuguesa abre novas vias para a preservação de bens culturais (HARBELE, Peter. La Protection..., p. 18).

⁴⁶ Jorge Miranda recomenda prudência na utilização de expressões como constituição cultural e Estado de Cultura. O uso do termo Constituição Cultural não deve conduzir à perda da noção da unidade do ordenamento, já a expressão Estado de Cultura é rejeitada pelo autor porque, segundo ele, ou designa a subordinação da cultura ao Estado, ao sacrifício das liberdades culturais, ou significa uma sujeição do Estado aos agentes culturais, ambas tendências rejeitadas pela Constituição Portuguesa (MIRANDA, Jorge. Notas Sobre Cultura e Constituição. Separata da Revista O Direito IV, Coimbra: Almedina, 2006, p. 755-756)

⁴⁷ Jorge Miranda fala em uma constituição cultural objetiva (instituições culturais e incumbências do Estado) e em uma constituição cultural subjetiva (direitos fundamentais). (Miranda, Jorge. O Patrimônio Cultural e a Constituição: Tópicos. In: Direito do patrimônio Cultural, Oeiras: INA, 1996, p. 253-278, p. 259).

do promover a democratização da cultura e o acesso de todos à fruição e à criação cultural.

O artigo 78º, que é o mais importante dispositivo constitucional relativo ao patrimônio cultural, estabelece o dever do Estado de “preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural”. Por fim, a cultura e o patrimônio cultural estão presentes nas normas de organização do Estado, uma vez que o artigo 165º coloca o patrimônio cultural entre as matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

No que concerne à dimensão subjetiva do patrimônio cultural na Constituição, o diploma estabelece: (i) direito de fruição do patrimônio cultural; (ii) dever fundamental dos particulares de defesa e valorização do patrimônio cultural⁴⁸; (iii) direito de participação.

Desses três, o que mais nos interessa é o direito de fruição do patrimônio cultural. De acordo com Vasco Pereira da Silva⁴⁹, esse direito é uma derivação, ou melhor, uma especialização de um direito geral à fruição cultural, que reflete a necessidade de criar para todos condições de acesso aos bens culturais. Jorge Miranda⁵⁰, por sua vez, não fala em um direito à fruição do patrimônio cultural, mas em um conjunto de direitos que refletem situações subjetivas relativas ao patrimônio cultural. Para além de um direito de fruição *strictu sensu*, o jurista menciona também: o direito de escolha dos bens a fruir; o direito de formação e livre desenvolvimento de associações de defesa do patrimônio cultural; o direito à informação sobre o patrimônio cultural; os direitos de ação popular para promover a preservação do patrimônio cultural e o direito de requerer ao lesado indenização pela degradação do patrimônio; o direito de resistência à ordem que acarrete a degradação ou infrinja o

⁴⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a Que Tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 70.

⁴⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura...*, p. 70-72.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *O Patrimônio...*, p.271-272.

direito à fruição do patrimônio cultural e, por fim, o direito de participar da proteção e promoção do patrimônio.

A Constituição Brasileira de 1988 traz uma extensa regulação dos direitos culturais⁵¹, que inclui a preservação do patrimônio cultural⁵². O artigo 215 do texto constitucional estabelece o dever do Estado de garantir a todos o exercício de seus direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, de modo que fica garantido um direito fundamental à fruição cultural e, conseqüentemente, à fruição do patrimônio cultural. O artigo 216, como já vimos, contém uma definição de patrimônio cultural e consagra o dever do Estado de, com o auxílio da comunidade, promover e conservar o patrimônio cultural.

José Afonso da Silva⁵³, em entendimento por nós adotado, inclui o patrimônio cultural no direito à cultura, enunciando como componente do direito à cultura o direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro. O autor, entretanto, embora mencione também como parte do conteúdo do direito à cultura o direito de acesso às fontes da cultura nacional, não fala expressamente em um direito à fruição do patrimônio cultural, expressão que só viemos a encontrar na doutrina portuguesa. É nosso entendimento, contudo, que a Constituição de 1988 consagra um direito à fruição do patrimônio cultural. Os

⁵¹ Nas palavras de Lima Rodrigues: “A Constituição brasileira seguiu o traçado do moderno conceito de constitucionalismo, filiando-se ao entendimento de que a Constituição deve se sustentar num tripé formado pelo aspecto, político, econômico e cultural” (RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A Indicação...*, p. 474.).

⁵² Tânia Maria dos Santos apresenta entendimento diverso. A autora identifica um núcleo básico do direito à cultura, que, no que se refere ao patrimônio cultural, incluiria a arte protegida pelo artigo 216, III e um núcleo otimizador que envolveria a proteção do patrimônio regulado pelo §1º do artigo 216 e a proteção dos bens de cultura do artigo 215. Embora não tenhamos interesse em adotar esta classificação dos direitos culturais, dado que ela não valoriza os direitos e deveres relativos ao patrimônio cultural, na medida em que identifica apenas a arte como componente do núcleo básico, entendemos por bem mencioná-la, tendo em conta o reduzido número de trabalhos doutrinários destinados a elaborar um tratamento sistemático da cultura na Constituição (SANTOS, Tania Maria dos. *O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988*, Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2007, p. 100).

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Ordenação...*, p. 52.

artigos 215 e 216 devem ser interpretados em conjunto. Desse modo, o artigo 215 regula um direito geral à cultura e um direito geral de fruição cultural na forma do direito de acesso às fontes da cultura, enquanto o artigo 216 consagra um direito referente à promoção, à preservação e à fruição do patrimônio cultural.

Assim, tal e qual na Constituição Portuguesa, na Constituição Brasileira, é possível encontrar uma dimensão objetiva da preservação do patrimônio cultural, na forma de deveres do Estado; e uma dimensão subjetiva, na forma de um direito à fruição do patrimônio cultural.

6.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Da extensa regulação constitucional da preservação, promoção e fruição do patrimônio cultural, deriva um conjunto de princípios que devem pautar a atuação do legislador e a Administração Pública em todos os atos concernentes a bens culturais, inclusive a classificação e o tombamento desses bens. Assim, para possibilitar uma melhor análise desses institutos, iremos, rapidamente, mencionar alguns⁵⁴ desses princípios.

Podemos entender, grosso modo, que a constituição cultural envolve as liberdades culturais e a promoção de uma democracia cultural. As liberdades culturais não são objeto deste trabalho. A democracia cultural dá origem ao princípio de democratização da cultura. Esse princípio é uma derivação, no campo da cultura, do princípio democrático e significa que a atuação estatal deve ser no sentido do acesso de todos à cultura. O reflexo específico desse princípio no plano do patrimônio cultural é o princípio da fruibilidade universal dos bens cultu-

⁵⁴ Um rol mais amplo de princípios do direito do patrimônio cultural, incluindo também outros princípios constitucionais gerais e não específicos do direito do patrimônio cultural como os princípios da proporcionalidade e da eficiência pode ser encontrado em: NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 100-112.

rais, que nada mais é do que a aplicação da ideia de uma democracia cultural ao direito do patrimônio cultural. O princípio da fruibilidade dos bens culturais, consagrado no artigo 7º da Lei Portuguesa do Patrimônio Cultural, significa que a fruição dos bens culturais deve ser garantida a todos e não apenas aos detentores ou proprietários dos suportes materiais desses bens⁵⁵. Esse princípio não só deriva do princípio democrático e da democratização da cultura – presentes nas constituições brasileira (artigos 215 e 216) e portuguesa (artigos 73, nº 3 e 78, nº 1) –, como é consequência lógica da consagração constitucional do direito à fruição do patrimônio cultural.

É também conexo à ideia de democracia cultural o princípio do pluralismo cultural. Tal princípio encontra fundamento na noção de que a diversidade é um fato natural⁵⁶. Assim, toda legislação e toda a atuação da Administração Pública que tenham por objeto a cultura devem ter por objetivo manter e proteger essa diversidade. No campo do patrimônio cultural, esse princípio implica que os bens culturais que serão protegidos ou promovidos – tombados ou classificados – sejam selecionados de modo a constituir um conjunto diverso e plural. A Constituição Portuguesa consagra o princípio do pluralismo cultural no artigo 78º, alíneas “b” e “c”, que trata da proteção à criação cultural nas suas múltiplas formas e das relações culturais do povo português com outros povos. A Lei Maior Brasileira consagra esse princípio na própria definição de patrimônio cultural do artigo 216. O dispositivo faz referência aos grupos formadores da nação, reconhecendo a sociedade brasileira como uma sociedade plural e protegendo, em sede constitucional, essa pluralidade⁵⁷.

Com relação especificamente ao patrimônio cultural e à

⁵⁵ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 99.

⁵⁶ PEDRO, Jesus Pietro de. Cultura, Culturas y Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 251.

⁵⁷ De acordo com Lima Rodrigues a menção das várias etnias no art. 216 confirma o pluralismo. (RODRIGUES, Lima. A indicação..., p. 479).

organização dos mecanismos para sua proteção e promoção, podemos mencionar o princípio da unidade do regime dos bens culturais, o princípio da graduabilidade e o princípio da ponderação de bens jurídicos.

O princípio da unidade do regime de proteção dos bens culturais é dirigido, sobretudo, ao legislador e exige que a disciplina jurídico-legal do patrimônio cultural seja una e sistemática, por exemplo, na forma de uma lei de bases⁵⁸. De fato, tanto a Constituição Portuguesa quanto a Brasileira tratam o patrimônio cultural como uma unidade e exigem um sistema unificado e racional de proteção.

É verdade que o patrimônio cultural representa um conjunto de bens que compõe uma unidade e merecem um tratamento legal uno. No entanto, nem todos os bens possuem o mesmo valor cultural e merecem o mesmo grau de proteção. Por isso, na lógica de um sistema legal unificado, o princípio da graduabilidade deve ser atendido, conferindo-se diferentes formas e graus de proteção a bens de valor cultural diverso. Esse princípio, além de atender ao princípio da proporcionalidade – constitucionalizado no Brasil e em Portugal –, parece atender aos anseios do constituinte brasileiro que, já na Constituição, explicitou diversos meios de proteção de bens culturais a serem combinados pelo legislador na regulação da matéria.

Finalmente, de acordo com o princípio da ponderação dos bens jurídicos, a proteção dos bens culturais e de bens jurídicos em geral deve ser ponderada com outros bens e valores também protegidos pela Constituição. Esse princípio tem especial projeção na classificação e no tombamento, em que a Administração tem que ponderar a preservação do bem com outros interesses públicos, atendendo aos princípios da proporcionalidade e da responsabilidade⁵⁹.

⁵⁸ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 138.

⁵⁹ Sobre esse tema, cabe ressaltar o alerta de Casalta Nabais é preciso evitar o fundamentalismo na preservação de bens culturais (NABAIS, José Casalta. Considerações..., p. 732-733).

As aproximações do direito do patrimônio cultural com o direito do ambiente nos permitem destacar, como aplicáveis também ao direito do patrimônio cultural, dois princípios que, embora conhecidos como princípios do direito do ambiente, não são exclusivos desse ramo do Direito, são eles: o princípio da prevenção e o princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio da prevenção expressa o reconhecimento da necessidade da adoção de medidas preventivas destinadas a afastar os riscos de dano ao patrimônio. A aplicação desse princípio no direito do patrimônio cultural é justificada pelo caráter muitas vezes irreparável do dano. Desse modo, para serem eficazes, as medidas de proteção do patrimônio existente devem ser preventivas⁶⁰. Não é à toa que as normas constitucionais se referem explicitamente à preservação de bens culturais, o que genericamente, significa evitar ou prevenir danos a esses bens.

O princípio do desenvolvimento sustentável⁶¹ nada mais é do que a consagração do desenvolvimento sustentável, ou seja, da busca da satisfação das necessidades da geração presente sem prejudicar as gerações futuras. No direito do patrimônio cultural, ele tem aplicabilidade por conta da necessidade de conciliar o uso atual do bem, inclusive sua exploração econômica, com a conservação desse mesmo bem e também de conciliar a de preservação da memória com o progresso da cultura.

Quanto à atuação e às relações entre os sujeitos na preservação e promoção do patrimônio cultural, elas devem ser pautadas no princípio da cooperação. O princípio da cooperação se subdivide em três subprincípios: (i) o princípio da cooperação internacional; (ii) o princípio da colaboração entre entidades públicas; (iii) o princípio da colaboração do Estado

⁶⁰ MORRAND-DEVILLER, Jacqueline. Estétique et Patrimoine. In: AJDA, número spécial, 1993, p. 89-97, p. 93.

⁶¹ Sobre a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável ao patrimônio cultural ver: SILVA, Suzana Tavares. Da contemplação..., p. 70 e seguintes.

com agentes culturais privados.

Para compreender a lógica do princípio da cooperação e seus três subprincípios, é preciso entender que existem diversos níveis de proteção do patrimônio cultural. Há a proteção do patrimônio cultural em nível internacional ou mundial que se dá, sobretudo, por meio das Convenções da UNESCO⁶². O patrimônio cultural é objeto de proteção em nível europeu. Embora não sejam muitas, podemos mencionar as seguintes normas, de direito europeu, concernentes a bens culturais: (i) Regulamento nº 3.911 de 1992, que trata da exportação de bens culturais; (ii) Regulamento nº 752 de 1993, que estabelece normas de execução do regulamento de 1992; e (iii) Diretiva nº 93, que trata da restituição de bens ilicitamente saídos de algum Estado-Membro^{63 - 64}.

⁶² Sobre a proteção do patrimônio cultural nas Convenções da UNESCO ver: GALHARDO, Manuela. As Convenções da UNESCO no Domínio do Patrimônio Cultural. In: *Direito do Patrimônio Cultural*. Oeiras: INA, 1996, p. 95-110.

⁶³ Pelo teor dos diplomas podemos perceber que o principal problema na comunidade europeia é o da conciliação entre a livre circulação de bens e a proteção do patrimônio cultural dos Estados Membros. Este tema, embora bastante rico, não será tratado neste trabalho.

⁶⁴ Ainda em âmbito internacional, com relação a Portugal, merecem menção as Concordatas do Estado português com a Santa-Sé, que estabelecem o regime jurídico do patrimônio cultural da Igreja e consagram um princípio de cooperação entre as duas entidades. A Concordata é um tratado internacional. Logo, de acordo com o entendimento majoritário na doutrina, é um texto infraconstitucional e supralegal, o que significa dizer que, independentemente da regulação legal da matéria, as disposições da Concordata se aplicam (SILVA, Vasco Pereira da. *O Patrimônio Cultural da Igreja*. In: *Direito...*, p. 476). Parte significativa do patrimônio cultural português é formada por Igrejas e bens eclesiásticos. Por essa razão, o patrimônio cultural ganhou relevo já na Concordata de 1940, quando se estabeleceu que seria reconhecida à Igreja Católica a propriedade dos bens que antes pertenceram à Igreja e que, em 1940, estavam na posse do Estado Português, salvo os bens afetos ao serviço público, ou bens classificados ou que viessem a ser classificados no prazo de cinco anos como monumento nacional ou imóvel de interesse público. Esses últimos permaneceriam na propriedade do Estado, a quem caberia sua conservação e restauração em harmonia e acordo com as autoridades eclesiásticas, mas com afetação permanente à Igreja Católica. A Concordata de 2004 manteve a propriedade e obrigação do Estado de conservar os bens e a afetação permanente desses bens ao uso da Igreja. A Concordata inovou, porém, ao afirmar com mais ênfase um princípio de cooperação

É óbvio, por tudo que já dissemos, que há um âmbito nacional de proteção do patrimônio cultural e, ainda, dentro de cada Estado, há um âmbito local de proteção. Em Portugal, a preservação do patrimônio é tarefa do Governo, das Regiões Autônomas e das Autarquias. No Brasil, é competência da União, dos Estados e dos Municípios.

Os diferentes níveis de proteção se complementam. Nesse sentido, a proteção internacional de bens culturais depende da proteção desses bens pelos Estados. Ao mesmo tempo, a proteção internacional complementa a proteção nacional. A atuação dos governos, por sua vez, é complementada pela das administrações locais e vice-versa.

As Constituições Brasileira e Portuguesa consagram o princípio da cooperação internacional. Quanto à cooperação entre as entidades públicas, como já dissemos, ambas as constituições estabelecem competências para administração nacional e administrações locais referentes ao patrimônio cultural. Finalmente, ambas as constituições consagram expressamente um princípio de cooperação do Estado com a sociedade civil, a Constituição Portuguesa no artigo 78º, nº 2, e a Brasileira, no artigo 216.

II – CLASSIFICAÇÃO E TOMBAMENTO

7. OBJETO DOS ATOS DE CLASSIFICAÇÃO E TOMBAMENTO

7.1. BENS MATERIAIS DE TITULARIDADE PÚBLICA OU PRIVADA

entre a Igreja e o Estado Português, permitindo a criação de uma comissão para desenvolvimento da cooperação com relação ao patrimônio cultural (Sobre o tema ver: SILVA, Vasco Pereira da. O Patrimônio Cultural da Igreja na Concordata de 2004. In: Estudos Sobre a Nova Concordata: Santa-Sé – República Portuguesa 18 de maio de 2004. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 193-198).

Como vimos, os bens culturais são bens imateriais que não se confundem com seu suporte material⁶⁵. Tanto o tombamento quanto a classificação, entretanto, são formas de proteção de bens culturais dependentes de um suporte material. Quer dizer, somente bens materiais podem ser objeto da classificação ou do tombamento⁶⁶. Com efeito, tanto a Lei nº 107/2001 quanto o Decreto-Lei 25/1937 restringem a classificação e o tombamento, excluindo as realidades culturais imateriais desses procedimentos⁶⁷.

Os bens suscetíveis de classificação ou tombamento podem ser móveis ou imóveis. A titularidade do bem é irrelevante para fins de classificação ou tombamento, tanto bens de propriedade pública quanto privada podem ser tombados ou classificados⁶⁸. O que se pretende proteger é o valor cultural, o bem cultural, esse é um bem de titularidade pública. A coisa – suporte material – e o bem cultural, portanto, não se confundem e estabelece-se, então, uma dualidade de regimes: um regime relativo à propriedade do bem material e um regime de direito público relativo ao bem cultural ou valor cultural impregnado na coisa⁶⁹. O resultado é a necessidade de conciliação entre o exercício do direito individual de propriedade e o direito de todos à fruição de bens culturais.

Em resumo, podem ser objeto de classificação ou tombamento bens materiais móveis ou imóveis, de titularidade pública ou privada, que possuam um valor cultural.

7.2. BENS CULTURAIS

⁶⁵ Nesse sentido: Castro, Sonia Rabello de. O Estado ..., p. 33 e NABAIS, José Casalta. Noção e Âmbito do Direito do Patrimônio Cultural In: CEDOUA, n. 2, 2000, p. 11-29, p. 21.

⁶⁶ Nesse sentido: Correia, José Manuel Sérvulo, Procedimento..., p. 330.

⁶⁷ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 105.

⁶⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo, Procedimento..., p. 330.

⁶⁹ CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado ..., p. 34 e SILVA, Suzana Tavares. Da Contemplação..., p. 75-76.

Até agora, vimos que podem ser objeto de classificação ou tombamento bens materiais portadores de interesse público, em razão de seu valor cultural, de titularidade pública ou privada. Resta, então, saber quais desses bens podem e devem ser tombados ou classificados. Em outras palavras, quais desses bens são suportes de um valor de interesse cultural de tal ordem que justifique sua classificação e seu tombamento.

Os primeiros parâmetros para identificar bens cujo grau de interesse justifique o tombamento ou a classificação são aqueles presentes nos dispositivos legais e constitucionais que definem o patrimônio cultural. Em Portugal, a Lei nº 107/2001 define o patrimônio cultural como testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante. Ainda de acordo com o mesmo diploma, o interesse cultural relevante pode ser histórico, paleontológico, arqueológico, arquitetônico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, e os valores refletidos podem ser de memória, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade, exemplaridade.

Ora, se o patrimônio cultural é definido por esses parâmetros e é, como vimos, mais amplo do que os bens classificados ou que possam vir a ser classificados, por óbvio, só podem ser classificados aqueles bens que se enquadrem nas categorias listadas acima. Ainda assim, nem todos os bens materiais que compõem o patrimônio cultural devem ser classificados. De acordo com a Lei nº 107/2001, a classificação é destinada para bens de inestimável valor cultural, portanto, para fins de classificação, devem ser selecionados, dentre os bens dotados de interesse cultural, aqueles de maior relevância⁷⁰. Bens culturais de menor interesse devem ser protegidos por outras formas, por exemplo, a inventariação.

⁷⁰ De acordo com Carla Amado Gomes: “a classificação constitui um filtro de seleção do que de mais significativo se produziu em termos de conservação do ‘testemunho para memória futura’”. (GOMES, Carla Amado. *Desclassificação...*, p. 78)

Outros parâmetros objetivos em torno da classificação ou não de bens podem ser extraídos da Lei. É o caso do artigo 15º, nº 7, que estabelece que “os bens culturais imóveis incluídos na lista do patrimônio mundial integram, para todos os efeitos, a lista dos bens classificados como de interesse nacional”. Assim, por expressa determinação legal, todos os bens na lista do patrimônio mundial são considerados bens classificados⁷¹.

O Brasil não possui, como Portugal, um diploma legal único que regule a proteção do patrimônio cultural. Os institutos destinados à proteção de bens culturais são tratados em diversos diplomas desordenados, em desatendimento, portanto, ao princípio da unidade do patrimônio cultural. Essa dispersão normativa tem reflexos no papel desempenhado pelo tombamento na preservação de bens culturais. Na falta de uma lei que combine de forma racional as diversas formas de proteção de bens, o mais importante diploma, relativo à preservação do patrimônio cultural, em vigor hoje no Brasil, é a Lei do Tombamento, o Decreto-Lei nº 25/1937. De acordo com o artigo 1º do referido Decreto-Lei, podem ser tombados os bens “cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Pela leitura do dispositivo, percebemos que o tombamento não é reservado, como ocorre com a classificação em Portu-

⁷¹ Merece menção o alerta de Casalta Nabais, que aponta essa disposição como um exemplo de fundamentalismo na preservação do patrimônio cultural. Para o autor, o dispositivo faz uma remissão inadequada ao direito internacional, seja porque remete ao direito internacional problemas que são de direito interno, seja porque o direito português não trabalha com as mesmas categorias de bens que a Convenção da UNESCO para preservação do Patrimônio Mundial, seja porque a previsão legal viola direitos fundamentais, na medida em que o bem sofre todos os encargos e limitações da classificação sem que essa classificação tenha sido precedida do devido procedimento, o que violaria, entre outros direitos, o devido processo legal, de modo que a constitucionalidade do dispositivo é duvidosa (NABAIS, Casalta. Considerações..., p. 732-734)

gal, aos bens mais significativos ou de excepcional valor. Efetivamente, qualquer bem que apresente um mínimo valor cultural pode, em princípio, ser tombado. Tal solução, tendo em conta os encargos provocados pelo tombamento ao proprietário do bem, parece excessiva. Mais coerente é que o tombamento seja reservado aos bens de excepcional valor e outras formas de preservação sejam adotadas na proteção e promoção de bens não tão significativos. Desse modo, ao menor interesse público do bem, corresponderia um regime menos intenso de proteção, atendendo-se, assim, ao princípio da graduabilidade.

Ademais, a definição dos bens suscetíveis de tombamento é excessivamente genérica. Praticamente nenhum parâmetro ou critério de seleção de bens para tombamento é consagrado em lei, de modo que se concede à autoridade administrativa uma grande margem de liberdade.

Além das disposições do artigo 1º da Lei de Tombamento, encontramos, no ordenamento jurídico brasileiro, duas normas expressas quanto ao tombamento de bens, uma que obriga o tombamento, outra que o impede. A primeira delas é o § 5º do artigo 216 da Constituição de 1988, que determina que ficam tombadas todas as reminiscências quilombolas. Isso significa dizer que, constatado que determinado sítio apresenta reminiscência de quilombos, este será necessariamente tombado sem que haja qualquer margem de liberdade da autoridade administrativa. A segunda é o artigo 3º do Decreto-Lei nº.25/1937, que determina que não podem ser tombados os bens que: (i) pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; (ii) adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; (iii) pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; (iv) sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; e (v) sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Resumidamente, em Portugal, a Lei de 2001 estabelece que apenas os bens de valor mais significativo estão sujeitos à classificação, deixando que outros bens sejam protegidos por outros meios, em atendimento ao princípio da graduabilidade. No Brasil, não há tal exigência, de modo que qualquer bem com valor cultural, por mais insignificante, em princípio, pela interpretação literal da norma, pode ser tombado. Contudo, mesmo em Portugal, onde os parâmetros legais são bens mais extensos do que no Brasil, e mesmo tendo em conta as normas mencionadas que trazem disposições expressas e objetivas sobre a classificação e o tombamento de bens, as disposições legais ainda são vagas e insuficientes para definir quais bens devem ou não ser classificados, havendo uma margem de liberdade da Administração. Essa margem de liberdade é ainda maior no Brasil, na medida em que as previsões legais são menos completas. Desse modo, as críticas direcionadas à Lei Portuguesa de 1985, no sentido de que os critérios para a classificação eram vagos e pouco elucidativos⁷², permanecem válidas para as normas atualmente em vigor no Brasil e em Portugal.

7.3. PATRIMÔNIOS CULTURAL E NATURAL

Uma vez estabelecido que bens materiais podem ser objeto de classificação ou tombamento, cabe saber se o mesmo é válido para bens naturais. Com efeito, aproximar ou não o patrimônio cultural do patrimônio natural parece ser uma opção que pode ou não ser adotada pelo legislador⁷³. A legislação brasileira aproxima esses bens. O artigo 1º, § 2º, do Decreto-

⁷² A Convenção da UNESCO de 1972, por exemplo, aproxima bens culturais e naturais ao tratar conjuntamente do patrimônio mundial cultural e natural e embora o patrimônio cultural e o patrimônio natural sejam definidos em separado e de forma distinta, tanto bens culturais quanto naturais recebem proteção semelhante e podem compor a lista do patrimônio mundial.

⁷³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento..., p.332 e Alexandrino, José Melo. Uma Nova..., p. 9-12.

Lei nº 25/1937 equipara monumentos naturais, sítios e paisagens a bens culturais e estabelece que também estes bens estão sujeitos a tombamento. Cabe destacar que a lei brasileira equipara bens culturais e naturais, mas não os identifica. Logo, não podemos concluir, a partir do artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 25 de 1937, que seja adotada no Brasil uma concepção ampla de bens culturais capaz de englobar também bens naturais. O Decreto-Lei determina apenas que esses bens sejam equiparados para fins de tombamento.

Fenômeno semelhante ocorre na legislação portuguesa. O artigo 14º da Lei do Patrimônio Cultural define bens culturais como aqueles que “representem testemunhos materiais de civilização ou cultura”⁷⁴, logo, não inclui no conceito de bem cultural bens naturais. Entretanto, o número 2 do mesmo dispositivo equipara bens culturais e naturais ao determinar que os princípios e as disposições fundamentais da Lei do Patrimônio Cultural são extensíveis, no que for compatível, a bens naturais, ambientais, paisagísticos ou paleontológicos.

Ainda no sistema jurídico português, é possível encontrar alguns exemplos de aproximação entre patrimônio cultural e meio ambiente, tais como os artigos 66º, “c” e 165º, “g”, da Constituição Portuguesa de 1976 e também o artigo 17º da Lei de Bases do Ambiente, em que é adotada uma concepção alargada de meio ambiente que engloba o patrimônio cultural.

Sem dúvida, existem pontos de proximidade entre o direito do patrimônio cultural e o direito do ambiente. É nesse sentido o entendimento de Jorge Miranda, que aponta os seguintes pontos de contato entre os esses dois ramos do direito: (i) O patrimônio cultural faz parte do meio ambiente em sentido lato; (ii) a degradação do meio ambiente afeta o patrimônio cultural; (iii) proteger, preservar e valorizar o meio ambiente requer a mesma atitude de espírito e vontade política; (iv) as

⁷⁴ Definição criticável como já apontamos, ao tratar dos conceitos de bem cultural e patrimônio cultural.

normas constitucionais pertinentes ao meio ambiente e ao patrimônio cultural possuem a mesma estrutura⁷⁵. Com efeito, tanto a preservação do patrimônio cultural quanto do meio ambiente são consagradas como tarefa fundamental do Estado e, simultaneamente, como direito e dever fundamental de todos⁷⁶ (artigos 9º, “d” e “e”, 66º e 78º da Constituição da República Portuguesa) em normas de estrutura bastante semelhante.

Outros exemplos de pontos de contato entre o patrimônio cultural e o meio ambiente são dados por Casalta Nabais⁷⁷, que afirma que sítios e paisagens representam uma confluência entre as noções de bens naturais e bens culturais. Os sítios, em conformidade com o artigo 1º da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa, são obras combinadas do homem e da natureza, e as paisagens também raramente são primitivas, pressupondo quase sempre a ação humana. Essas semelhanças tornam aceitável o estabelecimento, pelo legislador, de uma disciplina próxima e, em alguns aspectos, até mesmo unitária de proteção de bens culturais e naturais. Daí não parecer problemática a opção legislativa adotada, tanto no Brasil quanto em Portugal, de equiparação entre bens culturais e naturais.

Não deve, contudo, derivar daí uma confusão entre patrimônio cultural e ambiente ou entre direito do patrimônio cultural e direito do ambiente. O direito do patrimônio cultural deve se estabelecer enquanto um ramo autônomo do Direito em relação ao direito do ambiente⁷⁸, e não enquanto parte do direito do ambiente, ainda que a lei venha a adotar uma concepção ampla de ambiente, como é o caso da Lei de Bases do Ambiente Portuguesa. Até porque, como afirma Carla Amado Go-

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. O Patrimônio Cultural..., p. 265-266.

⁷⁶ TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da Proteção..., p. 89.

⁷⁷ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 52-53.

⁷⁸ Embora aponte as mencionadas semelhanças entre patrimônio cultural e ambiente, Casalta Nabais, entende que é necessária a autonomia do Direito do Patrimônio Cultural (NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 52-53).

mes⁷⁹, o objeto de cada um desses ramos do Direito é diverso. O direito do patrimônio cultural promove e protege valores de memória e civilização e se ocupa, portanto, em grande medida, com a preservação de manifestações culturais passadas e presentes. Já o direito do ambiente tutela os recursos naturais.

A Constituição Portuguesa admite uma aproximação entre cultura e ambiente, como vemos nos mencionados artigos 66º e 165º, mas não identifica um e outro. Aliás, há uma distinção de competência: a promoção e a preservação do patrimônio cultural competem ao Ministério da Cultura, enquanto a proteção do patrimônio natural é da competência do Ministério do Meio Ambiente⁸⁰. A Constituição Brasileira de 1988 também distingue cultura e ambiente, abordando o tema da cultura nos artigos 215 e 216 e do meio ambiente no artigo 225.

Com base nesses argumentos, podemos concluir que, embora a separação entre patrimônio cultural e meio ambiente não possa ser absoluta⁸¹, os dois também não se identificam completamente. Por fim, nas hipóteses já mencionadas, do Decreto-Lei nº. 25/37 e da Lei nº 107/2001 em que bens naturais – como monumentos, sítios e paisagens – são equiparados a bens culturais, a finalidade dessa equiparação é a proteção da beleza natural e paisagísticas ou, ainda, de algo que caracterize ou singularize determinado bem natural⁸², e não de recursos naturais. Em resumo, em razão de expressa previsão legal, sítios, paisagens e monumentos naturais podem ser tombados no Brasil ou classificados em Portugal, sem que, por isso, escape-se ao âmbito do direito do patrimônio cultural, ou este último perca sua autonomia com relação ao direito do ambiente⁸³.

⁷⁹ GOMES, Carla Amado. Direito do patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo e Direito do Ambiente. In: *Textos Dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e de Direito do Urbanismo*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 135-147, p. 143-144

⁸⁰ NABAIS, Casalta. *Considerações ...*, p. 729.

⁸¹ NABAIS, Casalta. *Considerações...*, p. 729.

⁸² TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Da Proteção...*, p. 98.

⁸³ Também se posicionam em sentido contrário à confusão entre Patrimônio Cultural e Ambiente: José Afonso da Silva que destaca a necessidade de separar natureza e

7.4. CATEGORIAS DE BENS CULTURAIS E O PRINCÍPIO DA GRADUABILIDADE

Como vimos, podem ser tombados ou classificados bens móveis ou imóveis de interesse cultural e ainda bens naturais, equiparados pela lei a bens culturais. Entretanto, nem todos os bens de interesse cultural possuem o mesmo grau ou intensidade de interesse e merecem a mesma forma de proteção. Conforme já dito, as formas e os meios de proteção do patrimônio cultural são amplos e variados. A classificação e o tombamento configuram a forma mais rígida e excessiva de proteção de um bem cultural. O objetivo desses institutos é conservar esses bens, mantendo-os imutáveis ao longo do tempo. Consequentemente, a classificação e o tombamento os meios de proteção que geram maiores encargos para o proprietário do bem. Por isso, não é qualquer interesse cultural que deve ensejar a classificação ou o tombamento. A classificação e o tombamento devem funcionar como mecanismos de seleção do que há de mais significativo em termos de patrimônio cultural⁸⁴. Devem também ser combinados com outras formas mais brandas de promoção e preservação de bens culturais. Essa ideia nada mais é do que a concretização do princípio da graduabilidade, uma vez que, de acordo com esse princípio, bens culturais possuem interesses culturais de pesos diferentes e, por isso, devem estar sujeitos a mecanismos e formas diversas de proteção⁸⁵.

Em Portugal, a Lei nº 13 de 1985 não apresentava grandes preocupações com o princípio da graduabilidade. Embora o

cultura e de definir os objetos culturais, de modo que não se percam os limites da matéria cultural (Silva, José Afonso da. Ordenação..., p. 120-121); e Suzana Tavez para quem mesmo a adoção de uma concepção alargada de meio ambiente não deve implicar uma confusão entre bens culturais e naturais (Silva, Suzana Tavez. Da Contemplação..., p. 70).

⁸⁴ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 78

⁸⁵ NABAIS, Introdução..., p. 101.

referido diploma estabelecesse uma distinção de regimes entre bens imóveis (artigos. 21º a 26º), móveis (artigos 26º a 35º) e arqueológicos (artigo 38º), essa diferença não realizava, em nenhuma medida, o princípio da graduabilidade. O princípio só se concretizava, então, com a existência de duas formas de proteção, a inventariação e a classificação.

A preocupação em atender ao princípio da graduabilidade foi uma das razões que motivaram a promulgação de uma nova lei. Assim, a Proposta de Lei nº 228/VII, elaborada para substituir a Lei nº 13 de 1985, tinha como um de seus princípios orientadores o da graduabilidade⁸⁶. O artigo 15º da Proposta estabelecia como categorias de bens os de interesse nacional, de interesse regional e de interesse municipal, separando aqueles bens que possuem valor cultural significativo para toda nação daqueles que possuem valor cultural com significado regional ou local. A Proposta estabelecia ainda diferentes formas de proteção dos bens em conformidade com o seu interesse cultural: a classificação como mecanismo de proteção dos bens que possuíssem inestimável valor cultural; a qualificação destinada a bens dotados de interesse cultural, mas para os quais a classificação se mostrasse desproporcionada; e a inventariação, medida consistente em um levantamento sistemático de todos os bens culturais, incluindo os classificados, qualificados, em vias de classificação ou qualificação e ainda outros que merecessem ser inventariados⁸⁷. Finalmente, a Proposta conferia tratamento especial aos bens móveis pertencentes a particulares, de modo que tais bens só poderiam ser classificados quando sua degradação ou seu extravio representasse perda irreparável para o patrimônio cultural e qualificados quando fossem de elevado apreço e sua exportação constituísse dano ao patrimônio cultural português.

A Lei nº 107/2001 não reflete inteiramente a Proposta de

⁸⁶ ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Uma Nova..., p. 17.

⁸⁷ ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Uma Nova..., p. 15.

Lei nº 228/VII, em especial porque a qualificação – enquanto modalidade intermediária entre a classificação e a inventariação – não foi adotada. Ainda assim, o princípio da graduabilidade é, em alguma medida, atendido pela Lei de 2001. Primeiramente, a Lei mantém duas formas de proteção⁸⁸ com regimes diferenciados: a classificação e a inventariação. Depois, em razão dos três níveis de bens classificados, os bens de interesse nacional, de interesse público e de interesse municipal. Assim, os bens de interesse nacional são aqueles que representam um valor ou interesse de memória ou civilização para toda a nação. Os bens de interesse público também representam valores relevantes para toda a nação, mas não tão relevantes, de modo que a sua classificação como bem de interesse nacional seria desproporcionada. Por fim, os bens de interesse municipal são aqueles que representam um valor para um determinado Município. Desse modo, a Lei demonstra uma preocupação não só em atender ao princípio da graduabilidade, mas também em articular esse princípio com os níveis de atribuição do Estado, das Regiões Autônomas e dos Municípios⁸⁹. A Lei estabelece também regimes de proteção diferenciados para os bens classificados como de interesse nacional, interesse público ou municipal, de acordo com o artigo 60º do referido diploma, conforme a categoria do bem, mais ou menos “intenso” é o regime de proteção.

A ressalva presente na Proposta de Lei nº 228/VII, com relação aos bens móveis, permanece na norma de 2001, mas, em vez de haver uma distinção entre a classificação e a qualificação, a Lei determina, em seu artigo 18º, que os bens móveis pertencentes a particulares, para serem classificados como de interesse nacional, devem, em caso de perda ou extravio, representar perda irreparável ao patrimônio cultural. Esses mesmos bens só podem ser classificados como de interesse público

⁸⁸ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 85.

⁸⁹ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 85

quando forem de elevado apreço e sua exportação definitiva constituir dano grave ao patrimônio. Quanto aos bens móveis de autor vivo, só podem ser classificados com o consentimento do proprietário.

Em resumo, ainda que de forma mais concisa do que a Proposta de Lei nº 228/VII, uma vez que não adota o instituto intermediário da qualificação, a Lei do Patrimônio Cultural Portuguesa demonstra uma preocupação em atender ao princípio da graduabilidade. Com efeito, nós já vimos que a Lei procura atender a tal princípio ao combinar a classificação e a inventariação e ao determinar que a classificação seja destinada aos bens de maior relevância. Depois, os bens podem ser classificados em diferentes categorias, de modo que o regime jurídico aplicável ao bem varia em conformidade com o maior ou menor interesse cultural do bem.

O mesmo não se pode dizer do texto legal brasileiro. O Decreto-Lei nº 25/1937 não reserva o tombamento para os bens de maior relevância, tampouco elenca categorias de bens ou estabelece qualquer diferenciação de regimes entre bens de interesse cultural mais ou menos relevante. De fato, se observamos as categorias de bens adotadas pelo diploma brasileiro, tal conclusão é inevitável. Encontramos, em primeiro lugar, uma distinção entre bens de valor arqueológico, etnográfico ou paisagístico, bens de interesse histórico e bens de interesse artístico. Essas categorias, contudo, prestam-se tão-somente a determinar em qual Livro do Tombo os bens tombados serão inscritos. Isso quer dizer que, se o interesse do bem for histórico este será inscrito no Livro do Tombo Histórico; se for arqueológico, etnográfico ou paisagístico, no Livro do Tombo arqueológico, etnográfico ou paisagístico; se for artístico será inscrito no Livro do Tombo das Belas Artes, no caso de arte erudita, ou no Livro do Tombo das Arte Aplicadas, na hipótese de arte aplicada. A inscrição em um ou outro Livro do Tombo produz os mesmos efeitos, constituindo o bem no

mesmo regime jurídico. Essas categorias, portanto, embora diferenciem os bens conforme a natureza do interesse cultural que eles suscitam, em nada atendem ao princípio da graduabilidade.

À mesma conclusão podemos chegar com relação à diferenciação feita pelo Decreto-Lei nº 25/1937 entre bens móveis e imóveis e entre bens públicos e privados. O regime dos bens é diferenciado em razão da sua natureza, mas as diferenças não são nem significativas nem relacionadas com o valor cultural do bem. Nenhuma dessas diferenciações no regime jurídico dos bens atende ao princípio da graduabilidade, de modo que o tombamento é, ou pode vir a ser, o meio de proteção de qualquer bem cultural material, e não apenas dos mais relevantes, o que é um tanto desproporcional.

O princípio da graduabilidade não é desatendido no Brasil somente porque os bens não são organizados em categoria, mas também por falta de um tratamento unitário e sistemático da proteção do patrimônio cultural que combine o tombamento com outras formas de proteção. O Decreto-Lei de 1937 trata apenas do tombamento. Tendo em conta que o referido Decreto-Lei é o principal instrumento legal de proteção de bens culturais, o resultado é um recurso excessivo ao tombamento, sem que existam outras formas de proteção reguladas de forma ordenada e racional. Demais meios de preservação de bens culturais estão espalhados pela legislação e são regulados autonomamente sem apresentar qualquer sistematicidade com o tombamento ou entre si⁹⁰ Tal quadro impede a existência de diferentes níveis de proteção do patrimônio cultural e, consequentemente, inviabiliza a combinação de formas mais ou menos

⁹⁰ Exemplos disso são os mecanismos de preservação do patrimônio cultural edificado previstos na Lei nº 10.257 de 2001, mais conhecida como Estatuto das Cidades. Diploma de direito do urbanismo, mas que trata também do patrimônio cultural (Sobre o Tema Ver: CUNHA, Danilo Sampaio. Patrimônio Cultural: Proteção Legal e Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 97 e seguintes).

intensas de proteção, em conformidade com o interesse cultural do bem, em uma lógica unitária, racional e proporcional.

A necessidade de uma combinação sistemática de diferentes formas e níveis de proteção em atendimento ao princípio da graduabilidade é uma exigência da própria Constituição. Com efeito, o artigo 216, §1º, da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que o Poder Público “promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. Ou seja, decorre de expressa disposição constitucional o dever do Estado de proteger o patrimônio cultural por meio de um leque de formas e níveis de proteção. Consequentemente, há um dever do Estado de legislar sobre as diferentes formas de proteção e é nosso entendimento que esta regulação deve se dar de forma unitária e proporcional.

Reconhecida a deficiência do sistema brasileiro, cabe questionar o que pode ou não ser aproveitado da experiência portuguesa, com intuito de suprir essa insuficiência. Em primeiro lugar, é preciso analisar se uma distinção entre bens de interesses nacional, regional e municipal faria sentido no Brasil. Apesar de não encontrarmos referência a essa distinção na lei do tombamento, ela existe e decorre do fato de o Brasil ser um Estado Federal. União, Estados e Município têm autonomia para editar leis e estabelecer políticas públicas de promoção e preservação do patrimônio cultural. Assim, os diferentes níveis de proteção – federal, estadual e municipal – se sobrepõem. Qualquer tentativa de unificação desses diferentes níveis de proteção, pela União, por exemplo, de modo a organizar um sistema de proteção unificado baseado na relevância cultural do bem, em uma única lei ou mesmo em uma política pública centralizada, violaria a autonomia das entidades federadas e, conseqüentemente, o princípio federativo. Por isso, uma categorização dos bens nesses moldes em uma lei única, embora faça

sentido em um Estado unitário como Portugal, seria descabido no Brasil. Como veremos, quando tratarmos do problema da competência para preservação do patrimônio e tombamento, da própria Constituição já decorre uma separação entre bens de interesses nacional, regional e municipal, mas essa divisão não pode ser transformada na base de uma política unificada como em Portugal, nem se presta como meio de concretização do princípio da graduabilidade. É importante que o legislador brasileiro encontre outros critérios para estabelecer categorias de bens e estipular regimes de proteção mais ou menos intensos para cada uma das categorias.

8. COMPETÊNCIA

Em Portugal, o problema da competência para a classificação de bens é um dos pontos problemáticos desse instituto. Uma distribuição de atribuições com relação ao Patrimônio Cultural pode ser encontrada na Constituição de 1976. Em razão da importância reconhecida pela Constituição ao patrimônio cultural, este foi colocado entre as matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165 n° 1, “g”). Em outras palavras, é competência exclusiva da Assembleia da República legislar sobre as bases do sistema de proteção do patrimônio cultural, salvo autorização ao Governo⁹¹. A Constituição distribui, ainda, atribuições entre Estado, Regiões Autônomas e Municípios. O artigo 228° estabelece que o patrimônio cultural é matéria de interesse específico das Regiões Autônomas. Trata-se também de matéria de competência exclusiva das respectivas assembleias regionais, por força do art. 232°, n° 1 da Constituição⁹². A Constituição não trata especificamente das atribuições dos municípios, deixando o tema para a legislação infraconstitucional. Apesar dis-

⁹¹ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 94.

⁹² NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 95.

so, Casalta Nabais entende que é possível depreender já da Constituição atribuições municipais relativas à proteção do patrimônio cultural. Segundo o autor, a Constituição reconhece interesses próprios às populações dos municípios, em seu artigo 235º, nº 2. Entre esses interesses, devem ser incluídos interesses culturais⁹³

A Lei do Patrimônio Cultural também traz, em seu artigo 94º, uma divisão de atribuições entre Estado, Regiões Autônomas e Municípios. Assim, a classificação de bens culturais de interesse nacional é incumbência dos órgãos do Estado. A classificação de bens culturais de interesse público cabe aos órgãos competentes do Estado e Regiões Autônomas. A classificação de bens culturais como de interesse municipal é incumbência dos Municípios⁹⁴. O órgão competente para proceder à classificação de bens, nesse caso, é a Assembleia Municipal⁹⁵. A Lei adotou, portanto, uma medida descentralizadora ao permitir a classificação de bens culturais pelos municípios⁹⁶.

⁹³ NABAIS, José Casalta. Introdução..., p. 96.

⁹⁴ A Lei de 2001 operou uma transformação dos valores concelhios em interesses municipais, em seu artigo 112º, permitindo uma efetiva classificação de bens culturais pelos municípios, em seu art. 94º, competência que já se encontrava prevista nas Leis nº 169/99 e nº.159/99 (ARAÚJO, Fernanda. O Actual Regime de Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetónico Português. Patrimônio/Território-Interações. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº 18/19, dezembro/2002-Julho/2003, p. 9-39, p. 17.)

⁹⁵ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p.87.

⁹⁶ Essa medida descentralizadora é objeto de discussão, em razão da exigência do artigo 94º de que a classificação de bens culturais pelos municípios seja precedida de parecer dos correspondentes órgãos de serviços dos Estados ou Regiões Autônomas. A divisão de atribuições se deu no sentido de uma descentralização das atividades, o que parece interessante, tanto de perspectiva de uma melhor proteção do patrimônio cultural, quanto para fins de uma distinção entre interesses locais e nacionais. Questiona-se, então, se o artigo 94º não seria um indevido resquício de centralização que se oporia à ideia de que existem bens de interesse tão-somente local. Sobre esse tema, é possível entender, como Carla Amado Gomes, que o pronunciamento do Estado é interessante, na medida em que permite ao Estado e às Regiões Autônomas aferirem se o bem não deveria verdadeiramente ser classificado como bem de interesse nacional ou bem de interesse público (GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 87). Outro entendimento possível é aquele que questiona, como faz Fer-

O que a Lei de 2001 não estabelece é quais órgãos de cada uma dessas entidades são competentes para praticar quais atos. Embora se possa dizer que o principal órgão responsável pela classificação de bens seja o Instituto Português do Patrimônio Arqueológico Arquitetônico, para tanto, é preciso recorrer a outros diplomas legais, como, por exemplo, a leis orgânicas do Instituto Português do Patrimônio Arqueológico e do Instituto Português do Patrimônio Arqueológico, hoje, reunidos em um só órgão, o Instituto Português do Patrimônio Arqueológico Arquitetônico.

Assim, a Lei de 2001 combinou atribuições do Estado, Regiões Autônomas e Municípios e, em alguma medida, aliviou os trabalhos do Instituto Português do Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico que pode, então, dedicar-se, principalmente, aos bens de interesse nacional⁹⁷.

No Brasil, a divisão de competências relativas ao Patrimônio Cultural começa também na Constituição Federal. O artigo 23, incisos III e IV, da Lei Maior determina que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios proteger o patrimônio cultural. O artigo 30, IX, do diploma estabelece ainda que aos Municípios cabe “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local”. Assim, a proteção dos bens culturais é competência comum de todas as entidades federativas⁹⁸. A partir da competência comum, é razoável assumir que, primordialmente, a União ficaria responsável pelos

nanda Araújo, se esse dispositivo não seria um resquício indevido de centralização e expressão de vontades legislativas contraditórias (ARAÚJO, Fernanda. *O Actual...*, p. 18). Para nós, parece mais acertada a posição de Carla Amado Gomes, na medida em que a exigência do parecer do órgão central é condizente com o tratamento unificado e sistemático do patrimônio cultural e com diferentes níveis de proteção referentes a diferentes níveis de interesse cultural, atendidos os princípios da unidade e da graduabilidade. Nesses termos, faz todo sentido que a atuação do município, em matéria de patrimônio cultural, seja, como afirma a autora, uma atuação subsidiária⁹⁶.

⁹⁷ ARAÚJO, Fernanda. *O Actual...*, p. 17.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. *Ordenação*, p. 43.

bens de interesse nacional, os Estados, pelos bens de interesse regional e os municípios, pelos bens de interesse local, mas a competência comum implica também um esforço comum. Logo, nada impede que a União atue no sentido da valorização e proteção de bens de interesse local, nem que Estados e Municípios venham a proteger e promover bens de interesse federal.

A competência para legislar em matéria de patrimônio cultural é concorrente, nos moldes do artigo 24, incisos VII e VIII, União, Estados e Distrito Federal podem legislar concorrentemente em matéria de patrimônio cultural.

A Constituição não trata expressamente da competência legislativa dos municípios em matéria de bens culturais, o que não é de se estranhar, uma vez que a competência legislativa municipal não é definida na Constituição Federal com fundamento em matérias específicas. Nos termos do artigo 30, incisos I e II, da Constituição cabe aos municípios: (i) legislar sobre matéria de interesse local e (ii) complementar a legislação federal e estadual no que couber. Diante dessas previsões constitucionais e tendo em conta a competência comum dos municípios com relação a bens culturais consagradas no artigo 23, incisos, III e IV, podemos concluir que a preservação de bens de interesse cultural é matéria de interesse local. Além disso, os municípios podem complementar as legislações federal e estadual no que couber⁹⁹.

Com efeito, essa é a lógica da competência concorrente. A União é competente para editar normas gerais, e os Estados, Distrito Federal e Municípios devem editar legislação complementar. Entretanto, como já dissemos, não existe uma lei de bases federal de proteção do patrimônio cultural a ser complementada por Estados e Municípios, assim, estes últimos estão livres para regular a matéria. Com o advento de lei federal que

⁹⁹ SILVA, José Afonso. Ordenação ..., p. 43. Em sentido contrário Maria Sylvia Di Pietro que entende que os municípios não tem competência para legislar sobre patrimônio cultural ou sobre tombamento (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 128.)

estabeleça normas gerais, todas as disposições estaduais e municipais incompatíveis terão sua eficácia suspensa¹⁰⁰.

Com relação ao tombamento especificamente, podemos aferir da competência comum das entidades federativas para a proteção do patrimônio cultural que tanto União quanto Estados, Distrito Federal e Municípios podem tombare bens que sejam de interesse cultural. O Decreto-Lei nº 25/1937 regula o tombamento em nível federal e traz também normas gerais que devem ser respeitadas e, ao mesmo tempo, complementadas pelas legislações estadual e municipal. Assim, Estados e Municípios não apenas podem tombare bens, como editar legislação complementar ao Decreto-Lei nº 25/1937. O resultado é que, muitas vezes, um mesmo bem goza de proteções federal, estadual e municipal, sendo tombado por mais de um ente da federação.

Neste ponto, é importante ressaltar novamente as diferenças entre Brasil e Portugal. Não é viável no Brasil uma lei federal que regule a matéria na sua totalidade a nível nacional, porque cabe à União tão-somente editar normas gerais. Do mesmo modo, os órgãos federais não podem intervir no tombamento de bens por Estados e Municípios, em razão da autonomia dessas entidades e do princípio federativo. Ademais, a competência concorrente permite a preservação de bens de importância local, bem como bens com valor nacionalmente reconhecido e funciona, portanto, como um meio de garantir a realização do princípio do pluralismo cultural¹⁰¹. Essa distribuição de competências é também o único mecanismo adotado no Brasil com relação à proteção do patrimônio cultural, que atende ao princípio da graduabilidade, na medida em que cabe à União tombare bens de interesse nacional, aos Estados, tombare bens de interesse regional e aos municípios, de interesse local.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso..., p. 820.

¹⁰¹ PEDRO, Jesus Prieto de, Cultura..., p. 260.

No entanto, o princípio da graduabilidade não é completamente realizado, porque o regime jurídico aplicável aos bens não varia de acordo com o interesse cultural do bem. Com efeito, é possível, por exemplo, que uma lei municipal estabeleça um regime de proteção mais rígido e com maior número de encargos do que o regime federal. Por isso, há a necessidade de uma lei federal que regule o tombamento e diferencie os bens em categorias de acordo com o seu valor cultural, sem que o parâmetro de diferenciação seja o interesse nacional, regional ou local do bem.

Com relação ao órgão competente para realizar o procedimento e o ato de tombamento, na hipótese de tombamento federal, a competência é do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional¹⁰². A nível estadual e municipal cabe às legislações desses entes federados determinar o órgão competente.

9. PROCEDIMENTO

9.1. O PROCEDIMENTO EM LINHAS GERAIS

Antes de mais nada, cabe ressaltar a importância do procedimento de classificação ou tombamento de um bem. O procedimento antecede os atos de classificação ou tombamento, dado que os atos de classificação e tombamento de um bem são os atos finais dos procedimentos de classificação e o tombamento. Em outras palavras, o ato decorre do procedimento¹⁰³. É no procedimento que são reunidos os elementos necessários

¹⁰² O Decreto-Lei 25/1937 fala no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, hoje, rebatizado como Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

¹⁰³ Vasco Pereira da Silva afirma que o ato administrativo é relevante do ponto de vista procedimental, na medida em que é uma forma de atuação administrativa “praticada no decurso de um procedimento” (SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 457).

para avaliar a necessidade e a pertinência da classificação ou do tombamento de um bem. Isso porque é durante o procedimento que o valor cultural do bem é investigado. É também durante o procedimento que esse valor é confrontado com outros valores, interesses e direitos constitucionalmente protegidos e com os direitos subjetivos daqueles que serão afetados pelo seu resultado final. Nesse sentido, o procedimento é instrumento de conciliação do interesse público com o interesse dos indivíduos¹⁰⁴. O procedimento, portanto, tem uma importância em si mesmo, para além de preparar o momento da decisão final.

As linhas gerais do procedimento de classificação de bens culturais estão descritas na Lei nº 107/2001. A iniciativa do procedimento de classificação pode ser de qualquer pessoa. Essa parece ser a solução legislativa mais adequada, dado que a possibilidade de qualquer pessoa iniciar o procedimento de classificação atende ao princípio da participação. A instrução do procedimento compete ao serviço instrutor da entidade competente. Nada impede que o pedido de classificação do bem, que enseja o início do procedimento, seja instruído de elementos destinados a demonstrar a necessidade e o cabimento da classificação do bem. O processo é instruído por elementos extrajurídicos, dentre os quais pode ser incluída a consulta a especialistas de outras áreas de conhecimento, sempre com o intuito de atestar o valor cultural do bem. Feito o pedido, a publicação do despacho de abertura do procedimento deve se dar no prazo de 60 dias. A partir desse despacho, o bem passa a ser considerado um bem em vias de classificação e fica sujeito a um regime jurídico especial.

Durante o processo de classificação do bem, o proprietário tem direito de audiência. Cabe ao proprietário trazer ao procedimento elementos que possam auxiliar na decisão final.

A decisão final do procedimento reconhece ou não o va-

¹⁰⁴ SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca..., p. 213.

lor cultural do bem e, como veremos, constitui o próprio ato de classificação. Na classificação de um bem de interesse nacional, esse ato tem a forma de decreto governamental; na classificação de um bem de interesse público, a forma de portaria; para os demais atos a forma obedecerá à legislação aplicável. Após a decisão final, os interessados e o município da área do bem são notificados e a decisão é publicada. O ato de classificação produz efeitos a partir da notificação.

O procedimento para tombamento de bens no Brasil é descrito no Decreto-Lei de 1937. Com relação ao procedimento, é possível, em princípio, identificar, três modalidades de tombamento: (i) tombamento voluntário; (ii) tombamento compulsório; (iii) o tombamento de bens públicos. O tombamento voluntário se dá quando o proprietário solicita o tombamento ou quando, uma vez notificado do procedimento de tombamento, o proprietário anuir, por escrito, à inscrição da coisa no Livro do Tombo. O tombamento compulsório é feito por iniciativa do Poder Público, sem anuência do proprietário¹⁰⁵.

Essas três modalidades decorrem do diploma de 1937, entretanto, cabe discutir se elas ainda fazem sentido hoje e até onde ainda influenciam o procedimento de tombamento. Assim, para Maria Sylvia Di Pietro, que opta por seguir o disposto no Decreto-Lei nº 25 de 1937, ainda é possível falar em três modalidades e três procedimentos bastante diferentes para cada uma dessas modalidades. Para Sônia Rabello de Castro¹⁰⁶, após a Lei nº 6.292 de 15 de dezembro de 1975, que trata da homologação do tombamento pelo Ministro da Cultura, os procedimentos das diferentes modalidades de tombamento se assemelham.

Em qualquer das modalidades, a iniciativa do tombamen-

¹⁰⁵ Nesse sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito...*, p. 130-131 e SILVA, José Afonso. *Ordenação*, p.163.

¹⁰⁶ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado*, p. 47.

to é de qualquer pessoa. Iniciado o procedimento, cabe a manifestação do órgão técnico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional em torno da relevância cultural do bem. Na hipótese de bens de propriedade privada, após a manifestação do órgão técnico, o proprietário é notificado da existência do procedimento de tombamento. A notificação institui o bem em um regime de tombamento provisório. Uma vez notificado, o proprietário deve responder em 15 dias, concordando ou impugnando o tombamento. A continuidade do procedimento daí por diante é, como falamos, objeto de discussão na doutrina. Para Maria Sylvia Di Pietro¹⁰⁷, segue-se a sequência de atos descrita no Decreto-Lei nº 25 de 1937. Assim, caso o proprietário tenha proposto o tombamento do bem, ou não tenha impugnado a notificação, tratando-se, portanto, de um tombamento voluntário, sendo a manifestação do órgão técnico favorável ao tombamento, o bem pode, logo após a notificação do proprietário, ser inscrito no Livro do Tombo. Caso o proprietário tenha impugnado o tombamento a hipótese é de tombamento compulsório e o procedimento fica mais complexo. Sendo o tombamento compulsório, a Administração tem 60 dias para se manifestar em defesa do tombamento, posteriormente, o procedimento é remetido ao Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Caso a decisão do conselho seja favorável ao tombamento, o procedimento é enviado para homologação do Ministro da Cultura e, após homologação, o bem é inscrito no Livro do Tombo.

Entretanto, cabe questionar se o procedimento ainda ocorre desse modo atualmente. A Lei nº 6.292 de 1975 determina que o tombamento dependerá de homologação do Ministro da Cultura, após parecer do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Entendemos, juntamente com Sônia Rabello de Castro¹⁰⁸, que a partir dessa

¹⁰⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito...*, p. 131-133.

¹⁰⁸ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado ...*, p. 47-48.

Lei não é mais possível o tombamento de bens sem manifestação do Conselho Consultivo e posterior homologação do Ministro da Cultura. Sendo assim, o tombamento de qualquer bem, seja voluntário ou compulsório, dependerá de manifestação favorável do Conselho e do Ministro da Cultura. As distinções entre o tombamento voluntário e o compulsório praticamente desapareceram. Em que em ambas as modalidades, após a notificação do proprietário, havendo ou não a concordância deste, o procedimento será enviado ao Conselho Consultivo para parecer e, posteriormente, ao Ministro da Cultura para homologação.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para pensarmos como se dá, atualmente, o tombamento de bens públicos. Se seguirmos o texto literal do Decreto-Lei nº 25 de 1937, o tombamento de bens públicos é feito de ofício, mediante parecer favorável do órgão técnico do Instituto do Patrimônio e Artístico Nacional¹⁰⁹. No entanto, como já dissemos, essa não é a solução mais condizente com a legislação mais recente. Por força da Lei de 1975, também o tombamento de bens públicos deve ser submetido à apreciação do Conselho Consultivo e decisão do Conselho deve ser homologada pelo Ministro da Cultura. A diferença é que a pessoa jurídica de direito público proprietária do bem, diferentemente do particular, não pode opor-se ao tombamento. Em resumo, a Lei nº 6.292 de 1975 revogou parcialmente o Decreto-Lei nº 25 de 1937, de modo que toda e qualquer modalidade de tombamento depende de decisão do Conselho Consultivo e homologação dessa decisão pelo Ministro da Cultura.

9.2. BENS EM VIAS DE CLASSIFICAÇÃO E TOMBAMENTO PROVISÓRIO

Em Portugal, o despacho de abertura do procedimento

¹⁰⁹ Nesse sentido, como já dito, PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito...*, p. 131.

administrativo coloca o bem na categoria de bem em vias de classificação. Esse despacho é um ato provisório e uma condição do desenvolvimento do procedimento de classificação¹¹⁰. Embora o despacho seja um ato provisório, há uma grande semelhança entre o regime dos bens em vias de classificação e os bens já classificados.

De acordo com o artigo 25º, nº. 4, da Lei do Patrimônio Cultural, “os bens em vias de classificação ficam sujeitos a um regime especial, nos termos da lei”. No entanto, o regime dos bens em vias de classificação fica é muito semelhante ao regime dos bens classificados. Assim, esteja o bem classificado ou em vias de classificação: (i) o proprietário é obrigado a comunicar ao Estado as situações de perigo; (ii) a Administração deve intervir, por meio de medidas provisórias ou técnicas, em caso de destruição, deterioração ou dano de qualquer bem classificado ou em vias de classificação, e essas medidas podem importar a obrigação de praticar certos atos, tanto em bens classificados quanto em vias de classificação; (iii) o bem não é suscetível de aquisição por usucapião; (iv) transferência do bem não está sujeita a eventuais limites estabelecidos em lei; (v) as obras ou intervenções em bens imóveis dependem de “autorização e acompanhamento do órgão competente pela decisão final do procedimento de classificação”; (vi) as obras consideradas necessárias pela administração do patrimônio devem ser realizadas pelos proprietários ou detentores de direitos reais sobre os bens; e (vii) os bens podem ser expropriados, nos termos do artigo 50º da Lei nº 107/2001.

A falta de estabelecimento de um regime especial que diferencie os bens classificados dos bens em vias de classificação é criticável. É evidente que os bens em vias de classificação devem ser protegidos para evitar sua deterioração ou destruição durante a realização do procedimento de classificação. Entretanto, uma excessiva proximidade entre os dois regimes é pro-

¹¹⁰ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 87.

blemática, em especial porque os proprietários ou titulares de outros direitos reais sobre o bem arcam com limitações e até mesmo despesas com obras de conservação do bem, sem a garantia de um regime de financiamentos e contrapartidas.

É fato que a excessiva proximidade entre o regime aplicável aos bens classificados e aos bens em vias de classificação era uma crítica já feita à Lei de 1985. Com relação a essa Lei, João Martins Claro afirmava, por exemplo, que os proprietários não deveriam ser obrigados a realizar obras nos bens em vias de classificação¹¹¹. Para Carla Amado Gomes, o despacho de abertura do procedimento, por si só, já impunha limitações ao exercício de direitos reais sobre o bem, por isso tratava-se de um ato provisório, que merecia especial atenção e deveria atender a determinadas exigências. A primeira delas era a necessidade de um juízo preliminar da Administração em torno do interesse cultural do bem e sobre a possibilidade de sua classificação. Ou seja, o despacho inicial deveria ser baseado em uma apreciação preliminar da culturabilidade do bem, em um reconhecimento indiciário dessa culturabilidade¹¹². Na ausência de indícios razoáveis do valor cultural do bem, não havia justificativa para o despacho. Além disso, o despacho inicial deveria ser precedido por uma ponderação dos bens jurídicos envolvidos¹¹³. Era cabível também a audiência prévia do proprietário, que, ainda de acordo com Carla Amado Gomes, deveria ser ouvido não apenas antes da decisão final, mas também antes do despacho inicial de abertura do procedimento. Por fim, esse despacho inicial deveria ser um ato fundamentado.

Essas observações permanecem válidas para a Lei de 2001. O proprietário de bens em vias de classificação continua tendo que arcar com obras de manutenção de bens em vias de

¹¹¹ CLARO, João Martins. Enquadramento..., p. 311.

¹¹² GOMES, Carla Amado. O patrimônio..., p. 32.

¹¹³ GOMES, Carla Amado. O patrimônio..., p. 34-35.

classificação e o despacho inicial continua impondo limitações ao exercício do direito de propriedade e encargos ao proprietário, de modo que esse despacho deve ser precedido por um juízo responsável, com vistas a aferir um mínimo valor cultural do bem, e deve se fundamentado. O artigo 28º, nº 4, da Lei menciona apenas a fundamentação dos atos, mas, sendo despacho inicial um ato lesivo, não há razão para não se aplicar o princípio geral de fundamentação dos atos administrativos. Por fim, o despacho inicial, em razão da lesão imediata que causa a esfera jurídica do proprietário do bem, é um ato impugnável¹¹⁴ com recorribilidade contenciosa imediata¹¹⁵.

No Brasil, em vez de bens em vias de classificação e bens classificados, os institutos adotados pela lei são o tombamento provisório e o definitivo. O primeiro se dá com a notificação do proprietário sobre a existência de um procedimento de tombamento do bem. O segundo corresponde à inscrição do bem no Livro do Tombo. Os regimes dos tombamentos provisório e definitivo são praticamente idênticos.

De fato, o tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo. A única diferença é que o último deve ser transcrito no Registro de Imóveis, o que não é necessário primeiro caso¹¹⁶. Desse modo, todas as críticas feitas à Lei Portuguesa de 2001 podem também ser feitas ao Decreto-Lei nº 25/1937, e as reflexões da doutrina portuguesa são aplicáveis ao Brasil. Pode-se mesmo dizer que a situação no Brasil é ainda mais grave, na medida em que os regimes do tombamento provisório e definitivo são virtualmente iguais. Com efeito, a norma brasileira, diferentemente da portuguesa, sequer menciona a necessidade do estabelecimento em lei de um regime especial para os bens provisoriamente tombados.

¹¹⁴ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 86.

¹¹⁵ CLARO, João Martins. Enquadramento..., p. 311.

¹¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito..., p. 131.

9.3. PRAZOS

O problema dos prazos para a duração do processo de classificação é essencial. Primeiro porque a existência de prazos torna o procedimento mais célere¹¹⁷, o que faz todo sentido, dado que a classificação é um meio de conservação do bem, de prevenção de danos. Consequentemente, a demora pode causar danos irreparáveis.

Além disso, o tempo de duração do procedimento corresponde ao período durante o qual o bem será um bem em vias de classificação ou provisoriamente tombado. Isso significa, como já dissemos, que o bem se encontra submetido a regime muito semelhante ao regime dos bens classificados ou tombados, mas com fundamento apenas em um juízo preliminar sobre o valor cultural do bem e sem qualquer contrapartida do proprietário. Nesse sentido, a continuidade *ad eternum* do procedimento equivaleria quase que a uma classificação ou um tombamento definitivo, sem uma decisão final¹¹⁸.

Na vigência da Lei Portuguesa de 1985, a ausência de prazos obrigava o recurso ao prazo, muito curto, de três a seis meses do Código de Procedimento Administrativo. Desse modo, a Lei de 2001 atendeu a uma das críticas à Lei de 1985 ao estabelecer o prazo de um ano para a classificação e de 18 meses para o estabelecimento da zona especial de proteção. Mesmo esse prazo, no entanto, não tem se revelado factível. Segundo Carla Amado Gomes¹¹⁹, desde a entrada em vigor da Lei em 2001 até 2005, nenhum procedimento iniciado sob a sua égide foi concluído. Ou seja, a Lei traz um prazo para a duração total do procedimento que, na prática, não é cumprido¹²⁰.

¹¹⁷ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 81.

¹¹⁸ Carla Amado fala em uma classificação tácita pelo decurso do tempo (GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 81.)

¹¹⁹ GOMES, Carla Amado. Desclassificação ..., p. 80.

¹²⁰ É possível discutir se o fim do prazo implica a caducidade do procedimento. O artigo 24º, n º 5, da Lei nº 107 de 2001 determina que, transcorridos os prazos men-

No Brasil, não há um prazo determinado para a duração total do procedimento de tombamento. O Decreto-Lei nº 25 de 1937 estabelece três prazos: (i) o prazo de 15 dias para a manifestação do proprietário; (ii) o prazo de 15 dias para a Administração apreciar a impugnação do proprietário; e (iii) o prazo de 60 dias para apreciação do processo pelo Conselho Consultivo, a contar do recebimento do processo. Esses prazos não configuram um prazo geral, total para a duração do processo, porque: (i) não há prazo estabelecido para o tempo decorrido entre o recebimento do pedido e a notificação do proprietário; (ii) não há prazo para o envio do processo ao Conselho Consultivo, embora deva-se entender que o período de tempo deve ser mínimo; e (iii) não há prazo para homologação e inscrição do bem no Livro do Tombo.

Ora, na falta de norma especial que estabeleça um prazo máximo de duração do procedimento de tombamento, parece ser o entendimento mais correto aquele no sentido de que são aplicáveis ao procedimento de tombamento os prazos da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 que regula os processos administrativos federais, bem como os princípios da eficiência e da boa administração. Ainda assim, o estabelecimento de um prazo máximo de duração do procedimento de tombamento por meio de uma norma específica é essencial. Primeiro porque, dessa forma, a proteção do bem se torna mais eficiente. Depois, para evitar uma prorrogação abusiva do tombamento provisório. A legislação brasileira deveria, tal como a portuguesa, estabelecer um limite temporal para a duração do procedimento

cionados, qualquer interessado pode denunciar a mora da Administração, no prazo de 60 dias. Tendo por base este dispositivo Carla Amado Gomes defende que o procedimento não caduca se, findo o prazo nenhum interessado denunciar a mora. Além disso, a autora entende que, mesmo passados os 60 dias de prazo para resposta da Administração o procedimento também não caduca, para ela deve-se aplicar o 69º, nº 1, do Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos que determina o prazo de um ano para o direito de ação em caso da omissão da prática de ato pela Administração, de modo que o procedimento só caduca após esse ano (Gomes, Carla Amado. Desclassificação..., p. 81-82.)

de tombamento. Parece prudente, entretanto, adotar um prazo mais alargado do que o constante na Lei n.º 107/2001, dado que, como vimos, tal prazo não é respeitado na prática.

10. DECISÃO

10.1. JUÍZO PRÉ-JURÍDICO

As decisões finais dos procedimentos de tombamento e de classificação trazem uma certeza jurídica do valor cultural do bem¹²¹. Simultaneamente, instituem o bem em um regime jurídico especial, dado que, a partir delas, o bem está classificado ou tombado e, em consequência disso, produzem-se todos os efeitos da classificação ou do tombamento. Ora, tendo em vista que a classificação e o tombamento nada mais são do que os atos administrativos que atestam o valor cultural de um bem e os inserem em um regime jurídico especial, percebemos que a decisão final do procedimento corresponde ao próprio ato administrativo de tombamento ou classificação¹²², daí sua importância.

Essa decisão depende de dois juízos diversos. O primeiro juízo corresponde à análise do valor cultural do bem. O segundo é referente ao cabimento do tombamento ou da classificação desse bem. A legislação traz alguns parâmetros sobre o que caracteriza o interesse cultural de um determinado bem para fins de classificação ou tombamento, de que trataremos mais adiante. No entanto, as disposições legais são extremamente amplas e vagas, de modo que a decisão em torno da existência ou não do interesse cultural de um bem não depende da simples aplicação automática da lei. Pelo contrário, a aferição do interesse cultural de um bem depende de um juízo pré-jurídico,

¹²¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento..., 338

¹²² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento..., p. 329.

apoiado em outras ciências¹²³. Há, portanto, uma margem de liberdade da administração para elaboração de um juízo técnico no sentido de identificar bens culturais. Por isso, no Brasil, por exemplo, mesmo na ausência de exigência legal, em geral, os processos são instruídos com pareceres técnicos de historiadores, arquitetos, antropólogos, que devem subsidiar a decisão do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Cultural¹²⁴. Determinado o valor cultural do bem e o grau de interesse cultural, cabe determinar se o bem atende aos requisitos legais necessários à classificação e ao tombamento. Assim, nos termos da legislação portuguesa, é necessária a demonstração do inestimável valor cultural do bem para fins de classificação. Na falta deste inestimável valor, devem ser adotadas outras formas de proteção

No Brasil, dada a ausência de uma combinação sistemática de diferentes formas de proteção e a generalidade das previsões do objeto na Lei de Tombamento, a rigor, pela interpretação literal da norma, todo e qualquer bem impregnado de interesse cultural pode ser tombado. Mesmo critérios como a originalidade e a singularidade do bem, que na prática são utilizados no Brasil, não constam do texto normativo.

¹²³ GOMES, Carla Amado. O património..., p. 31. Nesse mesmo sentido, afirma Sônia Rabello: “A questão da preservação, a cada dia, vem se tornando mais complexa, envolvendo estudos especializados e reflexão da qual participam técnicos de várias áreas. Tradicionalmente, poder-se-ia conceber que o valor cultural de um prédio em que estivesse em discussão seu aspecto artístico envolve-se tão-somente profissionais da arquitetura. Hoje, esta visão restrita do bem cultural acha-se ultrapassada, uma vez que os aspectos da arquitetura, da arte, da história e de outras áreas de conhecimento especializado, de fato, e para fins de preservação, devem refletir a questão maior que é a da cultura nacional. Por esta razão é que o trabalho de conceituação do que seja património cultural exige a participação integrada de outros técnicos, mormente das áreas relacionadas ao conhecimento epistemológico e filosófico, bem como áreas de estudo da cultura das sociedades, como a antropologia, a história e demais ciências sociais. Se o fundamento não é a coisa em si, e sim seu valor simbólico, é importante detectar não só a questão objetiva da arquitetura de um prédio, por exemplo, mas sua inserção como valor cultural para determinado grupo social?”(CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado ..., p.43-44).

¹²⁴ CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado ..., p.45.

Cabe questionar se a decisão sobre a classificação ou o tombamento de um bem depende somente de um juízo sobre a culturabilidade do bem. É nosso entendimento que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a simples constatação de que um bem é um bem cultural não obriga à classificação ou ao tombamento. Mesmo diante de um parecer técnico atestando o valor cultural do bem, a autoridade administrativa pode ponderar a proteção do patrimônio cultural com outros bens constitucionalmente protegidos e, aplicando o princípio da proporcionalidade, entender em sentido contrário a classificação ou o tombamento¹²⁵. É evidente que, constatado que o bem não tem valor cultural relevante, não faz sentido que a autoridade administrativa seja favorável à classificação ou ao tombamento.

Para tratar dessa questão no Brasil, é preciso retomar parte do que dissemos sobre o procedimento de tombamento de bens. Conforme já dito, a decisão final do procedimento comporta duas manifestações. A primeira é a do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que decide sobre a culturabilidade do bem. A segunda é a do Ministro da Cultura, que homologa ou não a decisão do Conselho¹²⁶. A decisão do Conselho Consultivo é uma decisão técnica. Constatado o valor cultural do bem, o Conselho deve entender pelo tombamento deste. Já o Ministro da Cultura dispõe de certa discricionariedade para homologar ou não o tombamento de um bem¹²⁷. Cabe ao Ministro avaliar a oportunidade e conveniência do tombamento em face de outros direitos e interesses que possam ser afetados. Em outras palavras, o Conselho pode entender favoravelmente ao tombamento de um

¹²⁵ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 93.

¹²⁶ Em sentido contrário é o entendimento de Sônia Rabello. Para a autora, a competência para o tombamento de um bem é do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de modo que, o ato administrativo de tombamento é perfeito com a decisão do Conselho. A Homologação do ato pelo Ministro da Cultura apenas confere eficácia ao ato (CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado ..., p.45 e ss.).

¹²⁷ CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado ..., p.45.

bem e o Ministro da Cultura pode não homologar essa decisão. No entanto, tendo em vista que o juízo sobre o valor cultural do bem depende de especialistas de áreas específicas, não faz sentido que o Ministro entenda pelo tombamento de um bem que o Conselho Consultivo entendeu não ter qualquer valor cultural. Logo, o Ministro pode não homologar o tombamento de um bem, mas não pode tomar um bem que, no entendimento do Conselho Consultivo, não tem valor cultural.

10.2. CRITÉRIOS PARA CLASSIFICAÇÃO OU TOMBAMENTO DE BENS CULTURAIS

A partir do que já foi dito, podemos pensar um conjunto de critérios que podem ser utilizados para a classificação ou o tombamento de um determinado bem.

10.2.1. VALORES DE MEMÓRIA E CIVILIZAÇÃO

Um primeiro critério pode ser extraído da própria definição de patrimônio cultural por nós apresentada. Ora, como a partir dessa definição o patrimônio é composto por valores de memória e civilização de importância para a coletividade, pode-se ter como primeiro critério que os bens devem apresentar valores de memória e civilização. A legislação traz algumas diretrizes com relação a esses valores, tanto em Portugal quanto no Brasil. Assim, de acordo com a Lei nº 107 de 2001, estão sujeitos à classificação os bens de inestimável valor cultural, que atendam aos seguintes critérios gerais, listados no artigo 17º do mesmo diploma: (i) caráter matricial do bem; (ii) gênio do respectivo criador; (iii) interesse do bem como testemunho simbólico ou religioso; (iv) o interesse do bem como testemunho notável de vivência ou fatos históricos; (v) valor estético, técnico ou material intrínseco do bem; (vi) concepção arquitetônica, urbanística e paisagística; (vii) extensão do bem e o que

nela se reflete do ponto de vista da memória coletiva, (viii) importância do bem da perspectiva da importância histórica ou científica; (ix) circunstâncias suscetíveis de causarem diminuição ou perda da perenidade do bem. O Decreto-Lei nº. 25 de 1937, por sua vez, estabelece em seu artigo 1º que o valor pode ser histórico, artístico, etnográfico. Como já dissemos, as disposições do artigo 1º do citado Decreto-Lei são insuficientes para definir o patrimônio cultural e não foram sendo recepcionadas pela Constituição. Elas são, contudo, as únicas diretrizes constantes da Lei do Tombamento Brasileira, o que, como já tratamos, acaba por conferir uma ampla, e até mesmo indevida, margem de liberdade para a Administração.

É importante lembrar, no entanto, que a classificação, ou tombamento, de um bem depende de um juízo pré-jurídico. Ou seja, a verificação do valor cultural de um bem depende do auxílio de outras ciências¹²⁸, de modo que a lei também não

¹²⁸ Sobre o tema, em Portugal algumas diretrizes são dadas pelo Instituto do Patrimônio Arqueológico e Português que publicou, em 1995, texto com critérios para preservação de bens imóveis. A título ilustrativo, tendo em conta os anos já passados desde essa publicação e dado que, como dissemos, este é um problema que extrapola os limites da ciência do direito, esses critérios serão resumidos aqui. Assim, foram estabelecidos, para aquele momento, como critérios gerais: (i) histórico-cultural, “aplicável aos bens que possuam importante significado histórico, detenham uma especial simbologia para o país e/ou respectivas populações”, sejam expressões de mérito de um movimento ou tendência, “tenham exercido influência considerável em um período ou região, independentemente de se inscreverem no passado recente, no tempo médio ou no tempo longo”; (ii) Estático-Social, “aplicável a bens que se destaquem por suas qualidades estéticas, se destaquem pela sua relação com o meio envolvente”, ilustrem um estágio evolutivo da evolução humana, seja ilustrativo da coexistência de diferentes crenças ou tradições em determinado espaço; (iii) Técnico Científico, “aplicável aos bens que se destaquem pelas suas concepções arquitetônicas ou urbanísticas”, pelas técnicas e materiais construtivos, tenham sido palco de atividade técnico-científica de reconhecida importância. E como critérios complementares: (i) critério da integridade, bens que tenham assumido “exigências evolutivas determinadas pelos próprios materiais, técnicas ou funções ou pelo sentido do lugar” ou ainda, bens “representativos de uma área físico cultural” em que a evolução tenha se processado de forma coerente com o meio natural e as forças sociais e econômicas; (ii) critério da autenticidade, bens que conservem valores originais ou testemunhos civilizacionais; (iii) critério da exemplaridade, bens que sejam exemplares “raros, únicos ou excepcionais, no seu

pode conter critérios que amarrem demasiadamente a atuação administrativa.

Ainda sobre os valores de memória e civilização, podemos dizer que, para fins de classificação e tombamento, dado que essas são formas extremas de proteção do bem, é preciso que o bem possua um valor excepcional. Falta, aliás, na lei brasileira, essa exigência de excepcionalidade do valor cultural do bem, já consagrada na lei portuguesa, para que, assim, sejam tombados os bens de valor excepcional, e os demais bens culturais sejam protegidos por outros meios menos onerosos. Dessa forma, o princípio da graduabilidade estaria sendo atendido.

Outro critério que pode ser adotado é referente ao reconhecimento social do valor de memória ou civilização impregnado no bem. Em outras palavras, a percepção e o reconhecimento do valor do bem pelos membros da comunidade a que o bem pertence podem servir de fundamento para sua classificação ou tombamento.¹²⁹

10.2.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Na primeira parte deste trabalho, tratamos de alguns princípios do direito do patrimônio cultural, ressaltando que esses podiam ser reconduzidos a disposições constitucionais.

contexto espaço-temporal” (Instituto Português do Patrimônio Arqueológico e Arquitetônico. Critérios: Classificação de Bens Imóveis. Lisboa, 1995).

Também a título de curiosidade vale mencionar alguns dos os critérios para a classificação de bens culturais no âmbito da Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural: (i) “obra-prima do gênio criador humano”; (ii) testemunhar uma troca de influências em um dado período ou área; (iii) exemplo de um tipo de construção; (iv) constituir exemplo de fixação humana; (v) estar associado a idéia, crenças ou obras artísticas com significado universal excepcional (NABAIS, José Casalta e SILVA, Suzana Tavares. Direito do Patrimônio Cultural: Legislação. Coimbra:Almedina, 2006, p. 491)

¹²⁹ VAQUER, Marcos. Constitución..., p. 242.

Isso significa que esses princípios servem de diretrizes para o legislador e também para a Administração Pública, em todos os atos referentes à proteção e à promoção do patrimônio cultural. Esse raciocínio se aplica também à classificação e ao tombamento de bens, de modo que alguns princípios podem ser utilizados no momento da decisão sobre o tombamento ou não de um bem. A seguir, analisaremos cada um desses princípios.

a) *Princípio do Pluralismo*: consagrado, como vimos, tanto na constituição brasileira como na portuguesa, é um dos vetores da atuação administrativa no campo da cultura em geral e do patrimônio cultural em especial e tem também aplicabilidade enquanto critério de seleção de bens para tombamento ou classificação. Isso quer dizer que, no momento da seleção de bens para essas formas de proteção, a Administração deve sempre respeitar o pluralismo naturalmente existente na sociedade e procurar preservar essa diversidade no conjunto de bens classificados ou tombados. No caso brasileiro, essa exigência é ainda mais forte, na medida em que o princípio do pluralismo deriva, em grande medida, do artigo 216 da Constituição, que trata exatamente do patrimônio cultural. Assim, por expressa disposição constitucional, os bens tombados devem ser expressões dos diversos grupos formadores da nação brasileira.

b) *O Princípio da Fruição Universal dos Bens Culturais*: é um princípio-chave do direito do patrimônio cultural, derivado do direito à fruição do patrimônio cultural. A atuação administrativa deve ser no sentido da concretização desse direito, de modo que os bens tombados e classificados devem ser mecanismos de realização desse direito. Logo, a decisão sobre a classificação ou o tombamento de um bem deve ter em conta esse princípio e considerar como direito de todos à fruição do patrimônio cultural será afetado.

c) *Princípio da Prevenção*: de acordo com este princípio, a Administração deve atuar preventivamente, buscando evitar eventuais danos a bens culturais. Ora, a classificação e o tom-

bamento têm, justamente, o escopo de proteger o bem, preservando-o dos danos causados pelo tempo ou pela ação humana. Isso significa dizer que o risco de dano ou destruição de um determinado bem deve ser considerado, quando da decisão sobre a classificação ou o tombamento de um bem. Esse, aliás, é um dos critérios gerais expressamente previstos no artigo 17º da Lei Portuguesa e que, sem dúvida, deveria ser consagrado junto às normas brasileiras destinadas à proteção e promoção do patrimônio cultural.

d) Princípio da Ponderação de Bens Jurídicos: mesmo reconhecido o valor cultural do bem, a preservação deste e a forma como se dará a preservação devem ser ponderadas com outros valores constitucionalmente protegidos que possam estar em jogo¹³⁰. Desse modo, o resultado dessa ponderação é também um dos meios de determinar se um bem deve ou não ser classificado ou tombado.

10.2.3. A CLASSIFICAÇÃO DE BENS E A DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS

Ainda com relação aos critérios que podem definir se um bem deve ou não ser classificado ou tombado, podemos citar o problema de saber se os recursos escassos do Estado para manter determinado bem devem ou não servir de critério. Para Suzana Tavez¹³¹, por exemplo, é melhor não classificar o bem se não houver recursos para protegê-lo ou um meio de explorá-lo economicamente. Segundo a autora, transferir todo o ônus da conservação do bem ao proprietário implica o risco de o bem ser abandonado e terminar em ruínas. Nessa mesma linha, André Mesnard¹³² defende que o custo da preservação, os re-

¹³⁰ Sobre a Ponderação com a Liberdade Religiosa ver: CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jónatas. Bens Culturais, Propriedade Privada e Liberdade Religiosa. In: Revista do Ministério Público, n.º 64, ano 16º, outubro-dezembro 1995, p. 11-38.

¹³¹ SILVA, Suzana Tavez. Da Contemplação..., p. 77.

¹³² MESNARD, André-Hubert. Política e Direito do Patrimônio Cultural em França:

cursos disponíveis, os riscos e o grau de degradação do bem devem ser ponderados quando se trata de decidir sobre a classificação ou não de um determinado bem. A utilização de tais critérios não é absurda. Afinal, é claro que a atuação do Poder Público é limitada pelos recursos disponíveis para serem investidos e na valorização e preservação do patrimônio cultural.

10.2.4. A CULTURA COMO VALOR CONSTITUCIONAL AUTÔNOMO

É verdade que nós mencionamos o princípio da ponderação de bens culturais e reconhecemos a necessidade de a autoridade administrativa considerar a melhor distribuição dos recursos escassos, ao decidir classificar ou tombam um bem, nem por isso deixamos de reconhecer que o critério mais importante ainda é o valor cultural do bem.

É preciso lembrar que a cultura e o patrimônio cultural, tanto no Brasil como em Portugal, receberam um tratamento constitucional autônomo. Aliás, o tratamento autonomizado da cultura nas Constituições é uma tendência no mundo¹³³. Isso significa que as políticas públicas no campo da cultura e da preservação do patrimônio cultural devem considerar a cultura e o patrimônio como fins em si mesmos¹³⁴. Ou seja, o critério principal para fins de classificação ou tombamento deve ser o valor cultural do bem e o direito de todos à fruição do bem cultural, e não outros critérios, como por exemplo, seu potencial econômico.

Do exposto, podemos concluir que, embora a avaliação do valor cultural de um bem dependa de um juízo pré-jurídico, nem por isso o conhecimento do direito do patrimônio cultural

Situação Atual e Perspectivas. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 181-204, p. 200.

¹³³ HÁBERLE, Peter. Teoría de La Constitución Como Ciencia de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p.92 e seguintes.

¹³⁴ VAQUER, Marcos. Estado..., p. 78.

é inútil. Os princípios desse direito e as reflexões elaboradas pela doutrina são úteis para determinar se a classificação ou o tombamento tem ou não cabimento. Daí a pertinência de pensar disposições legais, referentes a critérios para classificação ou tombamento de bens um pouco mais precisas do que as hoje existentes.

11. A RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

11.1. SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

Para uma melhor compreensão dos efeitos dos atos administrativos de classificação e tombamento, é vantajoso entender esses atos como constituintes de uma relação jurídica administrativa multilateral e duradoura¹³⁵. Para isso, vamos tecer alguns comentários sobre a relação jurídica administrativa. A noção de relação jurídica administrativa deriva da ideia de que, em um Estado de Direito, a relação entre o Estado e o cidadão é uma relação jurídica¹³⁶. Trata-se de uma relação criada por um fato relevante e composta por um conjunto de direitos e deveres previstos na Constituição, em lei ou mesmo em contrato.¹³⁷ Desse modo, o ato administrativo não é mais o

¹³⁵ Adotamos o entendimento de Vasco Pereira da Silva de que a relação jurídica administrativa depende de um fato criador em oposição ao entendimento de que elas derivam diretamente da lei (Sobre as diferentes correntes doutrinárias com relação ao tema conferir: SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca..., p.173 e seguintes). Nas palavras de Vasco Pereira da Silva: "...a forma correta de enunciar a questão é a de considerar que as relações jurídicas administrativas se encontram previstas na lei, mas que a sua concretização depende de um fato jurídico criador (ato, contrato, comportamento material ou evento natural). É esse fato que transforma a previsão legal de direitos e deveres susceptíveis de integrar uma ligação entre dois os mais sujeitos jurídicos, por intermédio de fato criador"(SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca..., p. 177).

¹³⁶ SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca ..., p. 162.

¹³⁷ Vasco Pereira da Silva define a relação jurídica administrativa como: "... as concretas relações entre os privados e as autoridades administrativas (ou entre as próprias autoridades administrativas) criadas por um qualquer fato (atuação da Administração ou do particular, contrato, evento natural etc) juridicamente

centro da interação entre a Administração e os particulares. Ele passa a ser reconduzido a um momento de uma relação jurídica duradoura, consubstanciada em direitos e deveres que se propagam no tempo¹³⁸.

A compreensão do ato em uma relação jurídica administrativa é vantajosa, na medida em que realça os direitos dos cidadãos na sua interação com a Administração, de modo que eles ficam colocados em uma posição inicial de igualdade com relação à Administração¹³⁹. Da perspectiva do ato administrativo, esse efeito é da maior importância, na medida em que o ato deixa de ser fruto do simples exercício de poder da Administração para ser forma de atuação administrativa voltada para realização do interesse público¹⁴⁰. Com efeito, os direitos subjetivos públicos integram as relações jurídicas administrativas e são melhor garantidos e compreendidos nessa relação¹⁴¹.

Definida em linhas gerais a relação jurídica administrativa e ressaltada sua importância, é o momento de aplicar essa ideia à classificação ou ao tombamento. Antes de tudo, os atos administrativos de classificação ou tombamento de um bem devem ser percebidos como criadores de uma relação jurídica administrativa. Quer dizer, do ato deriva uma relação jurídica entre Administração e particulares composta pelos direitos e deveres de que trataremos mais adiante.

Essa relação – tal como outras relações envolvendo o patrimônio cultural ou mesmo a cultura em geral – é uma relação jurídica que envolve direitos subjetivos. Na hipótese de um bem de titularidade privada, ela afeta o direito à propriedade do proprietário do bem. Além disso, como vimos, as relações jurí-

relevante, e tendo por conteúdo direitos e deveres previstos na Constituição e nas leis, ou decorrentes de contrato, ou de atuação unilateral da Administração” (SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca ..., p. 185).

¹³⁸ SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca ..., p. 453.

¹³⁹ SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca..., p.187.

¹⁴⁰ SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca..., p.457.

¹⁴¹ SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca..., p.212.

dicas administrativas nos domínios do património cultural afetam também direitos subjetivos públicos culturais de todos os cidadãos¹⁴², principalmente, o direito à fruição do património cultural.

Desse modo, o ato de classificação ou tombamento não envolve direitos e deveres nem tem eficácia somente com relação à Administração e o particular proprietário do bem. Logo, as relações resultantes desses atos administrativos não devem ser entendidas na perspectiva das clássicas relações bilaterais¹⁴³, mas sim como relações multilaterais estabelecidas entre a Administração Pública, o proprietário ou detentor de direitos reais sobre o bem – na hipótese de um bem de titularidade privada – e todos os cidadãos que são beneficiados pela preservação de um determinado bem cultural. E mais, a preservação do bem, por sua natureza, não pode ser efetivada em um ato momentâneo, ela depende de um comportamento continuado da Administração e dos particulares voltado para a proteção do bem. Depende, portanto, de uma relação jurídica administrativa duradoura para além de multilateral. É nessa chave que os efeitos do ato administrativo de classificação e tombamento e os direitos e deveres que compõem a relação jurídica por ele criada devem ser compreendidos.

11.2. EFEITOS DA CLASSIFICAÇÃO E DO TOMBAMENTO

11.2.1. CERTEZA JURÍDICA DO VALOR CULTURAL DO BEM E CONSTITUIÇÃO EM UM REGIME JURÍDICO ESPECIAL

O ato de classificação ou tombamento tem dois efeitos

¹⁴² SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura ...*, p. 144.

¹⁴³ SILVA Vasco Pereira da. *Verde é Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina. 2002, p. 33.

principais que o caracterizam. Em primeiro lugar, ele atesta, com certeza jurídica, o valor cultural do bem. Como já dissemos, o reconhecimento do valor cultural de um bem não depende da sua classificação ou seu tombamento, mas, nem por isso, pode-se deixar de reconhecer que a classificação e o tombamento são mecanismos que conferem certeza do valor cultural de um determinado bem. Ao afirmar, com certeza jurídica, que o bem é um bem cultural, o ato determina que todos estão sujeitos a essa certeza e que ninguém pode assumir que a coisa tenha natureza diversa¹⁴⁴. O segundo efeito principal é a constituição do bem em um regime jurídico especial¹⁴⁵ de direito público.

11.2.2. A IMUTABILIDADE DA COISA CLASSIFICADA OU TOMBADA

É também característico do ato de classificação ou tombamento uma espécie de congelamento do bem no tempo. Com efeito, o principal objetivo da classificação ou do tombamento de um bem é preservá-lo, manter suas características originais, protengendo-o dos danos causados pelo tempo ou pela ação humana¹⁴⁶. Por isso, as legislações, brasileira e portuguesa, não só cuidam da proteção do bem para evitar danos, como regulam qualquer obra ou intervenção realizada no bem. Estabelecem deveres da Administração, dos proprietários ou detentores do bem e até mesmo de todos os cidadãos. Regulam também a realização de obras e intervenções no bem com o intuito de manter suas feições originais.

A Lei nº 107/2001 estabelece, em seu artigo 40º, que quaisquer obras, projetos ou programas públicos ou privados,

¹⁴⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento..., p.338.

¹⁴⁵ Correia, José Manuel Sérvulo. Procedimento..., p. 338.

¹⁴⁶ Segundo José Afonso da Silva: “A imodificabilidade da coisa tombada constitui vínculo mais rigoroso que deflui do tombamento, pois em caso algum ela poderá ser destruída, demolida ou mutilada” (SILVA, José Afonso da. Ordenação..., p. 166.

que possam implicar destruição, deterioração ou desvalorização do bem cultural devem ser informados aos órgãos administrativos competentes. Além disso, por força do artigo 45º, todas as obras e intervenções nos bens classificados ou em vias de classificação devem ser autorizadas e acompanhadas pela Administração e “os estudos e projetos para as obras de conservação, modificação, reintegração e restauro em bens classificados ou em vias de classificação são elaborados ou subscritos por técnicos de qualificação legalmente reconhecida nesta área”. De acordo com o mesmo dispositivo, concluída a intervenção, um relatório deve ser enviado à Administração. As obras e intervenções realizadas em desconformidade com as exigências legais, devem ser embargadas pela Administração, nos termos do artigo 47º da Lei nº 107 de 2001. A Lei contém ainda uma previsão específica para bens móveis, de modo que esses bens não podem ser deslocados salvo se, após procedimento administrativo, o deslocamento for demonstrado imprescindível e uma norma relativa aos bens imóveis que determina que, salvo nas restritas hipóteses previstas no próprio dispositivo, é vedada a concessão de licença para demolição de um bem imóvel classificado ou em vias de classificação.

Essas são as disposições gerais da Lei nº 107/2001 que demonstram que a classificação tem por objetivo a imutabilidade do bem. Recentemente, esses dispositivos legais foram concretizados pelo Decreto-Lei nº 140 de 15 de junho de 2009. De acordo com seu artigo 1º, n.º 1, o diploma “estabelece o regime jurídico dos estudos, projetos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificados, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal”. O novo texto normativo demonstra grande atualidade ao estabelecer, em seu artigo 2º, como princípios gerais da atuação administrativa no campo dos projetos, relatórios, obras ou intervenções, os princípios: (i) da prevenção, que garantem o caráter prévio da apreciação das obras; (ii) do pla-

nejamento, que exige que os trabalhos sejam sempre previamente planejados por técnicos qualificados; (iii) da graduabilidade, segundo o qual o nível de exigência para a realização de obras deve ser compatível com o valor cultural e com a forma de proteção do bem e (iv) o princípio da fiscalização, que se consubstancia em um controle das obras pela Administração. Não é nosso interesse reproduzir aqui o conteúdo do Decreto-Lei, tão-somente pareceu interessante anunciar sua existência, seus objetivos e demonstrar sua adequação aos princípios do direito do patrimônio cultural. No entanto, cabe ainda ressaltar que o diploma exige a elaboração de três relatórios para intervenções em bens culturais classificados: o relatório prévio, necessário para obtenção de autorização para realização da intervenção; o relatório intercalar, como forma de acompanhamento do andamento das obras; o relatório final, que já estava previsto na Lei nº 107/2001.

Detalhamento desse gênero seria bem vindo na ordem jurídica brasileira. De fato, a imutabilidade do bem é um dos principais e mais importantes efeitos do tombamento, e o controle da realização de obras e intervenções dos bens é uma das garantias essenciais dessa imutabilidade. Ainda assim, a regulação da matéria no Brasil limita-se às escassas disposições do Decreto-Lei nº. 25 de 1937, cujo artigo 17 determina que a coisa tombada não pode ser destruída, demolida ou mutilada. Nos termos do mesmo dispositivo, nenhuma obra, pintura ou restauração do bem pode ser realizada sem prévia autorização da Administração e, finalmente, de acordo com o artigo 18, nenhuma obra que reduza a visibilidade da coisa pode ser realizada na vizinhança sem prévia autorização administrativa. Como vemos, as disposições brasileiras sobre o tema bastante concisas e insuficientes. É verdade que o particular ou mesmo a pessoa jurídica de direito público que pretenda fazer qualquer intervenção ou obra em um bem tombado necessita para tanto de autorização do órgão administrativo competente que, nesse

caso, é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No entanto, nada diz a lei sobre como deve atuar a autoridade administrativa, sobre como deve ser instruído o pedido de autorização, sobre as exigências para a realização de uma obra ou intervenção em um bem tombado. O resultado é que o Decreto-Lei de 1937 deixa uma série de lacunas e uma grande margem de liberdade à autoridade administrativa na decisão sobre a concessão de autorização ou não para realização de uma obra. Isso, sem dúvida, é um reflexo do caráter autoritário e estatizante dessa lei.

A modificação, por meio de obras, do suporte material do bem cultural não é o único problema referente à imutabilidade do bem. Cabe questionar se essa imutabilidade atinge também o uso do bem. Nem a legislação portuguesa nem a brasileira regulam devidamente do problema do uso do bem cultural, tampouco tratam da necessidade ou não de um esforço no sentido da preservação do uso original do bem. A Lei nº 107/2001 determina somente que o detentor do bem cultural deve adequar o uso do bem às exigências da sua conservação e o Decreto-Lei Brasileiro de 1937 nada diz. Sem dúvida, esse é um tema que merecia ser regulado. Apesar do silêncio da Lei, Suzana Tavarez Silva¹⁴⁷ defende que a resposta decorre da própria norma. Ora, o objetivo da classificação ou do tombamento é a preservação do bem cultural, ou seja, do bem imaterial que constitui um testemunho de civilização, portanto, parece coerente que o uso do bem seja compatível com a sua preservação, enquanto testemunho de civilização. A autora reconhece, no entanto, que, muitas vezes, a manutenção do uso original impede o aproveitamento econômico do bem, o que faz com que ele seja abandonado pelo proprietário e acabe em ruínas. Nessa perspectiva, é melhor a modificação do uso do bem do que sua deterioração completa. Por isso, Suzana Tavarez Silva defende um “princípio da manutenção substancial do uso originário”.

¹⁴⁷ SILVA, Suzana Tavarez. Da Contemplação..., p. 87-88.

De acordo com esse princípio, os usos do bem não podem se afastar do uso originário do bem ao ponto impedir, no futuro, seu reconhecimento como testemunho de civilização.

É nosso entendimento que as legislações – brasileira ou portuguesa – não obrigam à manutenção do uso originário do bem. Aliás, nos parece também que, muitas vezes, essa manutenção seria não só incompatível com o aproveitamento econômico do bem, como com o próprio progresso na cultura, que é também um dos valores protegidos pela Constituição Cultural. Desse modo, a manutenção do uso original do bem não deve ser obrigatória. No entanto, a falta de disposição legal sobre o tema não deve conduzir à conclusão de que qualquer uso do bem é permitido. Devemos reconhecer que o raciocínio exposto por Suzana Tavarez Silva é coerente. Não faz sentido permitir um uso do bem que afete a preservação do próprio bem cultural, o testemunho de civilização. Por isso, o uso do bem não pode causar danos a sua estrutura física e, ainda, deve salvaguardar o valor cultural do bem enquanto testemunho de memória ou civilização.

11.2.3. LIMITES À ALIENAÇÃO DO BEM CLASSIFICADO OU TOMBADO

Tanto a classificação em Portugal quanto o tombamento no Brasil produzem efeitos com relação à alienabilidade do bem. Para tratar desses efeitos, é preciso distinguir bens de titularidade pública e privada. Pela leitura do artigo 35º da Lei nº. 107/2001, percebemos que a regulação da alienação de bens classificados como de titularidade pública é deixada para lei suplementar.

O mesmo não ocorre no Brasil, onde, por determinação expressa do artigo 11 do Decreto-Lei nº 25 de 1937, os bens tombados de titularidade pública são inalienáveis e, quando muito, podem ser transferidos de uma entidade pública para

outra, circulando entre União, Estados ou Municípios. Com relação a bens de titularidade privada, as exigências legais são bem mais elaboradas, embora deva-se ressaltar sejam bastante semelhantes no Brasil e em Portugal, ao contrário das disposições sobre a realização de projetos e obras. Tanto no Brasil quanto em Portugal, o bem não pode ser alienado sem prévia comunicação à autoridade administrativa competente (artigo 36º da Lei de 2001 e artigo 13, §3º do Decreto-Lei Brasileiro). Ambas as legislações consagram um direito de preferência do Estado na aquisição de bens tombados ou classificados (artigo 37º da Lei nº107/2001 e artigo 22 e seguintes do Decreto-Lei nº 25/1937), de modo que, sobre esse tema especificamente, um estudo comparado não tem muito a acrescentar.

11.2.4. DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como vimos, a classificação e o tombamento são atos administrativos que constituem uma relação jurídica multilateral que envolve a Administração, os particulares diretamente atingidos pelo ato e todos os cidadãos que gozam do direito à fruição do patrimônio cultural e têm também um dever de proteger esse patrimônio. A Administração Pública tem, no Brasil e em Portugal, por determinação constitucional, o dever de preservar e valorizar o patrimônio cultural, que pode ser decantado em um conjunto de deveres. Em Portugal, o artigo 22º da Lei do Patrimônio Cultural consagra ainda deveres da Administração referentes ao regime geral de proteção de bens culturais, inclusive a classificação. No Brasil, onde não uma lei que regule a preservação do patrimônio cultural, mas tão-somente a Lei do Tombamento, isso não ocorre. Com relação à classificação e ao tombamento, a autoridade administrativa competente tem o dever de classificar ou tomba bens, conforme o lado do oceano em que se esteja. A Administração Pública tem também um dever de proteção dos bens, devendo mesmo desapropriá-

los quando tal medida for essencial para evitar sua destruição. Há ainda um dever de vigilância¹⁴⁸ da Administração Pública que compreende o dever de prevenir danos aos bens tombados, de impedir obras e usos indevidos do bem, um dever de conservação dos bens, realizando obras de restauração e conservação do bem, quando necessário. Por fim, é dever do Estado garantir o acesso de todos aos bens classificados ou tombados.

Em suma, quase todas as disposições do direito do patrimônio cultural implicam algum dever para a Administração Pública, que, por fim, tem o dever de proteger e conservar os bens classificados de titularidade pública, o que, aliás, deve servir de exemplo aos particulares. Isso não significa que a Administração deve concentrar todos os esforços referentes à preservação e à promoção do patrimônio cultural. Pelo contrário, como vimos, o princípio da cooperação é um dos princípios do direito do patrimônio cultural e ele está expressamente consagrado no artigo 8º da Lei Portuguesa de 2001. Essa cooperação, que se estende a toda a política de proteção do patrimônio cultural, deve também abarcar a preservação e a promoção de bens classificados.

O princípio da cooperação, erroneamente, não está consagrado nas normas brasileiras que tratam do patrimônio cultural. De fato, a Lei do Tombamento concentra no Estado a gestão dos bens tombados, sem deixar brechas para a participação ou cooperação com particulares.

11.2.5. DIREITOS E DEVERES DOS PROPRIETÁRIOS OU DETENTORES DE DIREITOS REAIS SOBRE OS BENS

Conforme já dito, o tombamento e a classificação implicam limitações à propriedade e aos demais direitos reais sobre os bens tombados ou classificados¹⁴⁹. Por isso, é possível falar

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Ordenação..., p. 167.

¹⁴⁹ Sobre o tema afirma Fernando Alves Correia: "... é inegável que a propriedade

em um conjunto de direitos e deveres dos proprietários ou detentores do bem.

A Lei do Patrimônio Cultural Portuguesa traz uma lista de deveres dos detentores de bens culturais, em seu artigo 21º, quais sejam: (i) o de fornecer à Administração informações necessárias para a execução da lei; (ii) o de conservar, cuidar e proteger o bem; (iii) o de adequar o uso do bem a sua conservação. Além desses deveres, os detentores de bens classificados devem: (i) observar o regime legal sobre acesso e visita pública em compatibilidade com seus próprios direitos, liberdade e garantias; e (ii) executar os serviços ou obras que o serviço competente considerar necessários. Outros deveres estão previstos ao longo da Lei, como o dever de comunicar a alienação do bem de que já falamos, o dever de comunicar situações de perigo e, no caso de bens móveis, o dever de comunicação de mudança de lugar. Em tese, os deveres do proprietário ou detentor do bem variam conforme sejam os bens classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal. No entanto, os deveres dos proprietários ou detentores de bens classificados como de interesse público ou interesse nacional são bastante semelhantes. Quanto aos bens de interesse municipal, a Lei traz uma disposição um tanto enigmática com relação aos bens de interesse municipal, ao estabelecer que esses bens podem conhecer “*níveis menos intensos de limitações*”. Melhor seria que a Lei determinasse o que são esses níveis menos intensos.

A norma de 1937, embora não dê tratamento tão sistemá-

privada de bens culturais é configurada pelo legislador português como uma forma especial de propriedade – tendo em conta a superação, hoje claramente assumida pela doutrina jurídica, da concepção monista do instituto da propriedade privada – caracterizada pela sua submissão a um regime publicístico, por força do qual são comprimidas algumas faculdades que caracterizam o conteúdo normal do direito de propriedade, em especial as faculdades de gozo e de disposição” (CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de Bens Culturais: Restrições de Utilidade Pública, Expropriações e Servidões Administrativas, In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 405)

tico ao tema, não se afasta muito da lei portuguesa quanto aos deveres dos proprietários e detentores de direitos reais sobre os bens tombados. Assim, os proprietários têm o dever de: (i) comunicar a alienação dos bens; (ii) não causar dano ao bem tombado¹⁵⁰; (iii) de proteger o bem; (iv) de comunicar a necessidade de realização de obras¹⁵¹; e (v) de realizar as necessárias obras de conservação, se possuírem os recursos.

É possível identificar uma pequena diferença entre Brasil e Portugal com relação à fruição do bem. O Decreto-Lei Brasileiro, ao contrário da Lei Portuguesa, não faz menção a nenhum regime legal de visitação do bem, de modo que só podemos concluir que, no Brasil, a visitação do bem dependerá inteiramente da opção, da conveniência e do consentimento do proprietário¹⁵²

É no campo dos direitos dos proprietários ou das garantias da propriedade que os dois sistemas mais se distanciam. É razoável que o proprietário tenha algumas garantias em contrapartida ao ônus com que deve arcar em razão da classificação ou tombamento do bem. Essas garantias podem ser procedimentais ou garantias de compensação¹⁵³. Podemos destacar, enquanto garantia procedimental, a audiência do proprietário. Em Portugal, a Lei nº 102/2001 trata da audiência dos interessados, entre eles o proprietário, que devem ser ouvidos antes da tomada de decisão final. Além disso, são definidos como direitos especiais dos detentores de bens classificados, de acordo com o artigo 20º, o direito à informação quanto aos atos da administração que possam repercutir na sua esfera jurídica, o direito de conhecer as prioridades e medidas políticas da Ad-

¹⁵⁰ CASTRO, Sônia Rabello. O Estado..., p. 109.

¹⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Gestão dos Bens Tombados e o Patrimônio Cultura In: Estudos em Homenagem a Professora Maria Garcia. São Paulo: IOB Thomson, 2007, p. 370-377, p. 374.

¹⁵² MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Gestão..., p. 374.

¹⁵³ Classificação utilizada por Pierre-Laurante Frier em : FRIER, Pierre, Laurent. Propriété Privé e Protection du Patrimoine Culturel. In: AJDA, nº 6, junho 2002, p. 405-409, p. 405-406.

ministração e o direito de se pronunciar sobre e colaborar com essa política. No Brasil, há uma única garantia procedimental expressamente prevista Decreto-Lei nº 25 de 1937 é o direito de audiência do proprietário. Como já vimos, o proprietário é notificado do procedimento e pode anuir ou impugnar o tombamento, de modo que a manifestação do proprietário é levada em consideração na decisão final.

Com relação às garantias de compensação, elas podem ser de natureza tributária¹⁵⁴, podem consistir em apoio técnico, financiamento e, até mesmo, na indenização do proprietário. Dessas a mais controversa, sem dúvida, é a indenização do proprietário, em razão da classificação ou do tombamento do bem. A Lei Portuguesa de 2001 prevê um direito à indenização, quando, do ato de classificação, resultar grave restrição ao uso habitualmente dado ao bem. O diploma português supera, portanto, a ideia de que todas as limitações ao direito de propriedade decorrentes do ato de classificação são reflexos da função social da propriedade e, por isso, jamais ensejariam qualquer espécie de indenização. Foi esse o entendimento que informou o Decreto-Lei Brasileiro de 1937, que não menciona nenhuma hipótese de indenização. Esse, no entanto, não é o entendimento que deve prevalecer hoje. É fato que os limites ao exercício do direito de propriedade de bens tombados e classificados são uma projeção da função social da propriedade, logo, nem sempre a classificação, ou o tombamento, enseja indenização. Em algumas hipóteses, contudo, é possível falar em indenização decorrente da classificação ou do tombamento.

De acordo com Fernando Alves Correia¹⁵⁵, em argumentação que nos parece a mais coerente, a determinação da necessidade ou não de indenização deve se dar à luz dos princípios

¹⁵⁴ Sobre os incentivos fiscais em Portugal ver: GOMES, Nuno Sá. Os Incentivos Fiscais na Tributação do Patrimônio Cultural. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III (2006), p. 589-611.

¹⁵⁵ CORREIA, Fernando Alves. Manual de Direito do Urbanismo . Coimbra: Almedina, 2001. p. 222 e seguintes.

da justa indenização e da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Assim, quando as limitações ao direito de propriedade são mero efeito da função social, não é cabível qualquer indenização. Quando, no entanto, essas limitações ensejam um dano anormal ou excessivo, que viole o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, cabe indenização.

Uma hipótese de indenização em razão da classificação do bem já está consagrada na Lei nº 107 de 2001. Determina o texto legal que a indenização é devida quando da classificação decorre restrição ao uso habitualmente dado ao bem. Mas essa não é única situação em que a compensação do proprietário por meio de uma indenização seria justa. Podemos imaginar outras, como por exemplo, casos de classificação ou tombamento em que a desvalorização do bem é de tal ordem que ele praticamente perde seu valor de mercado¹⁵⁶. Assim, a previsão de um direito à indenização no diploma português já foi um avanço e, sem dúvida, é melhor opção do que o silêncio da lei brasileira. Entretanto, não apenas a hipótese de indenização em caso de restrição ao uso habitual da propriedade como, pelo menos, a hipótese de indenização em razão do esvaziamento do conteúdo econômico do bem, mereciam consagração legal.

A Lei Portuguesa fala ainda, em seu artigo 60º, em regimes de apoio, incentivos, financiamentos, contratos e outros. É verdade que esses regimes carecem de melhor regulamentação legal, mas ao menos a norma portuguesa demonstra uma preocupação com a consagração de garantias compensatórias ao proprietário do bem. O mesmo não acontece no Brasil, onde o Decreto-Lei nº 25 de 1937 não prevê qualquer compensação. Isso não significa dizer que não exista, no Brasil, nenhuma forma de contrapartida para o proprietário, mas essas compensações não estão sistematizadas na Lei de Tombamento e são insuficientes. A única garantia constante do Decreto-Lei Brasi-

¹⁵⁶ CASTRO, Sônia Rabello. O Estado..., p. 141.

leiro é a possibilidade de o proprietário requerer o cancelamento do tombamento do bem quando comprovado que não possui os recursos necessários para realização de obras de conservação e que a Administração não realiza essas obras ou desapropria o bem. Ora, tendo em conta os limites impostos pelo tombamento ao exercício do direito de propriedade e considerando que, muitas vezes, o tombamento prejudica o uso ou a exploração do bem e causa até mesmo grande desvalorização, seria razoável que o tombamento do bem fosse acompanhado de uma série de contrapartidas ao proprietário.

Ainda que se tome em conta a função social da propriedade consagrada no artigo 5º da Constituição de 1988, é de se considerar também o princípio da igual repartição dos encargos públicos, de modo que, na hipótese de ônus excessivo ao proprietário, deve haver alguma forma de compensação. Cabe ressaltar que a falta de compensações, como por exemplo, a previsão de uma indenização¹⁵⁷, não implica, necessariamente, a inconstitucionalidade da lei. Não há dúvida, contudo, de que a Constituição exige que, na relação administrativa criada pelo tombamento, sejam garantidos também direitos do proprietário e eventuais compensações, o que, hoje, por falta de um tratamento legal sistemático desses direitos, não ocorre no Brasil.

11.2.6. DIREITOS E DEVERES DE TODOS

Além de regular a atuação administrativa e consagrar direitos e deveres dos proprietários, a Lei Portuguesa do Patrimônio Cultural consagra também direitos e deveres de todos os cidadãos. É bem verdade que a Lei quase que só especifica direitos e deveres que já decorrem, em grande medida, da Constituição de 1976¹⁵⁸. Assim, o artigo 11º determina que

¹⁵⁷ FRIER, Pierre-Laurent. *Propriété...*, p. 408.

¹⁵⁸ Sobre o tema afirma Carla Amado Gomes: “A Tutela do Patrimônio Cultural – preventiva, repressiva e ressarcitória – traduz a preocupação do Estado Social no sentido de promover laços de solidariedade entre os cidadãos, de gerar laços de

todos têm os deveres de preservar, defender e valorizar o patrimônio. Quanto aos direitos de todos, a Lei consagra, em seu artigo 7º, os contornos do direito à fruição do patrimônio cultural e estabelece garantias dos cidadãos no artigo 8º, dentre elas: o direito de impugnar atos administrativos, de propor ações administrativas, de desencadear medidas cautelares e de apresentar denúncias ou queixas ao Ministério Público. Essas garantias permitem uma maior participação do cidadão na gestão e proteção do patrimônio cultural. No Brasil, direitos e deveres, como o direito à fruição do patrimônio cultural e o dever de preservação de bens culturais, decorrem do artigo 216 da Constituição, mas não foram tratados em lei federal. A Constituição garante também um direito de ação popular para proteção do patrimônio cultural, que é concretizado não pela legislação do patrimônio, mas sim pela Lei de Ação Popular. Assim, embora o tombamento estabeleça uma relação multilateral, como já dissemos, a Lei do Tombamento trata apenas dos direitos e deveres da Administração e dos proprietários ou detentores de direitos reais sobre os bens tombados. Medidas referentes ao direito de todos à fruição do patrimônio cultural ou a mecanismos de participação de todos na gestão de bens culturais não constam da Lei do Tombamento.

Por tudo que foi dito, percebemos que há uma série de deficiências na legislação brasileira, ao não consagrar garantias de compensação da propriedade, ao adotar uma perspectiva

identidade entre os membros da comunidade. Para o Estado Social, o cidadão não é o homem isolado mas o homem em situação, com direito mas também com responsabilidade pela preservação e promoção de valores de identidade. A proteção do patrimônio cultural português é uma tarefa do Estado e demais entidades públicas [artigos 9º.e) e 78º./2 da CRP], mas é também um dever de cada cidadão com vista à consolidação de laços de pertença à comunidade à dinamização de ‘elemento vivificador da identidade cultural comum’[artigo 78º/2/c da CRP]”. (GOMES, Carla Amado Nótula Sobre a Compensação Por Lesão de Interesse de Fruição de Bens Culturais. In: GOMES, Carla Amado. Textos Dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e do Urbanismo e de Direito do Urbanismo, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 125-133, p.133).

estatizante e, por isso, não regular a relação jurídica administrativa criada pelo ato de tombamento como uma relação multilateral que envolve todos os cidadãos com direito à fruição do patrimônio cultural, em desatendimento aos princípios da participação e da cooperação.

12. DESCLASSIFICAÇÃO E CANCELAMENTO DO TOMBAMENTO

A desclassificação¹⁵⁹ de bens culturais destitui o bem do regime jurídico especial em que a classificação o constituiu¹⁶⁰. A desclassificação é uma revisão dos “pressupostos fáticos” que justificaram a classificação do bem¹⁶¹. Deriva, portanto da reapreciação, pela Administração, do interesse cultural do bem. A desclassificação do bem pode se dar nas seguintes hipóteses: (i) degradação natural do bem; (ii) degradação natural combinada com atos humanos; e (iii) reavaliação dos pressupostos fáticos que conduziram à classificação do bem¹⁶²

A desclassificação deve seguir procedimento semelhante à classificação. O mesmo caminho percorrido para atestar o interesse cultural do bem deve ser traçado para que se chegue à constatação de que tal bem já não tem valor cultural relevante que justifique sua classificação.

O sistema brasileiro não comporta um instituto semelhante à desclassificação, o que é uma falha. Tendo em conta os efeitos do tombamento, dentre eles as restrições ao exercício do direito de propriedade, parece interessante a existência de um

¹⁵⁹ Segundo Carla Amado Gomes, a competência para desclassificar tem sua base no artigo 94º, número 7 da Lei nº.107/2001, que fala na competência para realizar atos opostos, e também nos artigos 2º, número 2 e 11º, “b” da Lei nº120/1997 (GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 97).

¹⁶⁰ A desclassificação não se confunde com outros institutos como, por exemplo, a revogação expressa do ato de classificação que ocorre por motivos de legalidade ou oportunidade (GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 104-105).

¹⁶¹ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 97

¹⁶² GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 97.

mecanismo de revisão do ato em caso de mudança dos pressupostos fáticos ou degradação do bem que venha extinguir seu valor cultural. No Brasil, há o cancelamento do tombamento que pode, em uma análise superficial, parecer um instituto semelhante a desclassificação é, na verdade, diverso.

Podemos encontrar menções ao cancelamento do tombamento no artigo 19, § 2º, do Decreto-Lei nº 25 de 1937 e também no Decreto-Lei nº 3.866 de 1941. Em conformidade com artigo 19, § 2º, do mencionado Decreto-Lei, quando o proprietário do bem tombado não possui os recursos necessários para a realização de obras de restauração ou conservação do bem, ele pode requerer a realização dessas obras à Administração Pública. Diante desse pedido, a Administração deve, no prazo de seis meses, realizar a obra ou requerer a desapropriação do bem. Caso, nesse período de seis meses, a Administração não faça nem uma nem outra coisa, o proprietário do bem pode requerer o cancelamento do tombamento. Percebemos, então, que essa hipótese de cancelamento do tombamento é, na verdade, um meio de sanção da Administração pela não realização de obras de conservação e restauração do bem nas hipóteses em que o proprietário não puder realizá-las. Nada tem a ver, portanto, com o valor cultural do bem e difere completamente do instituto da desclassificação.

Até 1941, a sanção da Administração, por inércia na realização de obras ou desapropriação do bem, era a única hipótese de cancelamento do tombamento. Inclusive, o artigo 10 do Decreto-Lei nº 25 de 1937 previa que a decisão de tombamento era irrecorrível. Esse artigo foi revogado pelo Decreto-Lei nº 3.866 de 29 de novembro de 1941, que determina que: “O Presidente da República, poderá determinar, atendendo a motivos de interesse público, poderá, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito priva-

do”.

O referido dispositivo causa polêmica. Para Maria Sylvia Di Pietro¹⁶³, a previsão do diploma não merece críticas. Segundo a autora, a decisão do Presidente da República só pode se dar por motivos de interesse público, logo “exige motivação contrastável perante o Poder Judiciário”, e a preservação do patrimônio cultural nada mais é do que um interesse público que pode ser confrontado com outros e, eventualmente, ser sacrificado.

Em sentido contrário, José Afonso da Silva¹⁶⁴ argumenta que a possibilidade conferida ao Presidente da República é criticável, na medida em que a decisão individual do presidente se sobrepõe à decisão colegiada do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Cabe ainda observar que o dispositivo legal é bastante amplo e impreciso, dando grande margem de liberdade ao Presidente da República, dado que basta a demonstração da existência de outro interesse público contrário ao tombamento para o seu cancelamento, independentemente do grau de interesse cultural desse mesmo bem. Além disso, o tombamento depende de um juízo técnico pré-jurídico que permita a constatação do valor do bem cultural e de posterior ponderação desse valor e da importância de sua proteção com outros interesses que, eventualmente, possam ser frustrados pelo tombamento do bem. A decisão do Presidente prescinde de qualquer avaliação técnica, prescinde também de procedimento prévio. Aliás, pelo texto expresso do Decreto-Lei, o Presidente pode cancelar o tombamento de ofício. Ora, o tombamento é uma garantia do direito de todos à fruição do patrimônio cultural e um dever da Administração previsto em sede constitucional. Permitir que o Chefe do Executivo cancele o tombamento, de ofício ou mediante recurso, sem a realização de qualquer procedimento adminis-

¹⁶³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito...*, p. 133.

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Ordenação...*, p. 168.

trativo, fundamentada a decisão tão-somente na existência de outro interesse público, parece contrário à Constituição. De fato, o cancelamento do tombamento no Brasil deveria ser reformado, de modo que passasse a ser competência do mesmo órgão colegiado responsável pelo tombamento e que só pudesse ser realizado em hipóteses específicas previstas em lei.

13. NATUREZA JURÍDICA

13.1. ATO E PROCEDIMENTO

Até agora, viemos adotando a posição defendida por Sérvulo Correia¹⁶⁵ e Carla Amado Gomes¹⁶⁶, no sentido de que a classificação é um ato administrativo precedido por um procedimento. Melhor colocando, o ato de classificação corresponde à decisão final do procedimento. O procedimento, portanto, é indispensável, mas a classificação em si tem natureza de ato administrativo, e não de procedimento. Com relação ao tombamento, é seguro afirmar que se trata também de um ato administrativo¹⁶⁷, ainda que, no Brasil, seja um ato administrativo complexo¹⁶⁸, porque composto por decisões de órgãos distintos: a decisão do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e a decisão do Ministro da Cultura. Desse modo, a classificação e o tombamento são atos que devem ser praticados pelo Poder Executivo, e não pelo Legislativo ou pelo Poder Judiciário¹⁶⁹. É claro que tanto o

¹⁶⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento..., p. 329.

¹⁶⁶ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 90-94.

¹⁶⁷ CASTRO, Sônia Rabello. O Estado..., p. 47-48.

¹⁶⁸ Para Sônia Rabello é um ato administrativo composto e não complexo, porque embora envolva dois órgãos, o segundo apenas confere eficácia à decisão do primeiro (CASTRO, Sônia Rabello. O Estado..., p. 47-48)

¹⁶⁹ Sônia Rabello de Castro defende o entendimento de que o tombamento é um ato do Executivo, uma lei que determine o tombamento de um bem específico é inconstitucional porque carece de generalidade e viola o princípio da separação dos poderes e o Executivo não pode ser substituído pelo Poder Judiciário na prática do

Legislativo quanto o Judiciário podem atuar para preservar o patrimônio cultural, mas cabe à autoridade administrativa classificar e tombare bens.

13.2. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Estabelecido que a classificação e o tombamento são atos administrativos, resta o problema de saber se são atos vinculados ou discricionários. Para Sérvulo Correia¹⁷⁰, o ato de classificação é um ato vinculado. De acordo com o jurista, a decisão administrativa se limita ao preenchimento dos conceitos indeterminados presentes na lei. Quer dizer, cabe à Administração constatar, a partir de elementos pré-jurídicos, como já dissemos, se o bem é ou não um bem de inestimável valor cultural. Esse juízo é feito com certa margem de liberdade, ou seja, há discricionariedade técnica da Administração. Entretanto, uma vez verificado o inestimável valor cultural do bem e preenchidos os requisitos legais em torno desse valor cultural, a Administração fica obrigada a classificá-lo. Por isso, o poder de classificar seria um poder vinculado.

Com base no que já foi dito, é possível constatar que esse não é o entendimento adotado neste trabalho. Os interesses culturais, inclusive a proteção do patrimônio cultural, devem ser ponderados com outros interesses, e há uma margem de liberdade da Administração para decidir sobre a conveniência da classificação¹⁷¹. Nesse sentido, o ato de classificação comporta uma margem de liberdade da Administração e, portanto, é ato discricionário. Não há dúvida, porém, de que essa decisão

ato (CASTRO, Sônia Rabello. O Estado..., p. 40-41 e 95). É em sentido contrário o entendimento de Danilo Sampaio Cunha, para quem o tombamento pode se dar por lei ou por procedimento administrativo e o Ministério pode solicitar, em ação civil pública, o tombamento de um bem ao Poder Judiciário (CUNHA, Danilo Sampaio. Patrimônio..., p. 138).

¹⁷⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo, Procedimento..., p. 341-343.

¹⁷¹ GOMES, Carla Amado. Desclassificação..., p. 90

depende de uma avaliação técnica – não jurídica – em torno do valor cultural do bem. Logo, diante de uma avaliação técnica que ateste que o bem não possui nenhum valor cultural, não faz sentido que a autoridade administrativa classifique o bem. Por outro lado, diante de uma avaliação positiva sobre o valor cultural do bem, a autoridade administrativa não está vinculada a essa avaliação e pode optar por não classificar o bem¹⁷².

No Brasil, essa discussão ganha ainda maior relevo, na medida em que o ato de tombamento é composto por duas decisões. Assim, nosso entendimento é de que o Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem discricionariedade técnica para decidir sobre o valor cultural do bem. O Ministro da Cultura, por sua vez, tem liberdade para homologar ou não o tombamento do bem, para tanto, deve ponderar o interesse de preservação do bem com outros interesses públicos. Na hipótese, contudo, de o Conselho Consultivo entender em lógica contrária ao tombamento, não faz sentido que o Ministro da Cultura possa tomar o bem, tendo em vista a falta de um valor cultural relevante a ser protegido¹⁷³. Esse entendimento pode ser deduzido da própria lei. Caso bastasse o parecer técnico constatando o valor cultural do bem, a decisão do Conselho Consultivo – órgão técnico – seria suficiente e não faria sentido a necessidade de homologação do tombamento pelo Ministro da Cultura.

13.3. ATO DECLARATÓRIO OU CONSTITUTIVO

Uma terceira discussão que se coloca em torno da natureza jurídica dos atos de classificação ou tombamento é a questão de eles serem atos administrativos declaratórios ou constitui-

¹⁷² GOMES, Carla Desclassificação..., p. 91.

¹⁷³ Nesse sentido: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito..., p. 137. Em sentido contrário entende Danilo Sampaio Cunha, para quem a homologação é ato vinculado e a recusa constitui ato de improbidade administrativa (CUNHA, Danilo Sampaio. Patrimônio..., p. 140)

vos¹⁷⁴. Entender que o ato é declaratório é entender que o valor cultural do bem pré-existe ao ato administrativo e que tudo que a Administração faz é aplicar os critérios e requisitos constantes de lei para reconhecer esse valor já existente. Nessa perspectiva, os atos de tombamento e classificação estariam inteiramente sujeitos a controle pelo Poder Judiciário. Embora pareça coerente dizer que o bem já tinha valor cultural antes da sua apreciação pela Administração, isso não implica necessariamente que os atos de classificação e tombamento sejam atos meramente declaratórios. Evidentemente, o ato administrativo não cria o valor cultural do bem. O tombamento e a classificação apenas atestam o interesse cultural do objeto desses atos administrativos. Entretanto, não é verdade que a Administração restrinja-se a mecânica aplicação dos requisitos legais, de tal modo que o ato seja somente declaratório.

O reconhecimento do valor cultural do bem envolve um juízo¹⁷⁵ da Administração. Os dispositivos legais tendem a conter conceitos indeterminados, cujo conteúdo precisa ser preenchido pela Administração, de modo que haja a produção de uma certeza jurídica do valor cultural do bem. Além disso, o ato constitui o bem em um novo regime jurídico, ou seja, o ato muda a situação real da vida sobre a qual incide, criando uma situação nova. Por isso, entendemos que os atos administrativos de classificação ou tombamento são atos constitutivos¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 816-851.

¹⁷⁵ CORREIA, José Sérvulo. Procedimento..., p. 338.

¹⁷⁶ É nessa mesma linha o entendimento do Professor Sérvulo Correia (CORREIA, José Sérvulo. Procedimento..., p. 339) e de Sônia Rabello de Castro (CASTRO, Sônia Rabello. O Estado..., p. 40-41 e 95). Merece menção o entendimento de Carla Amado Gomes no sentido de que o ato de classificação tem uma duplicidade de natureza e é um ato declarativo e constitutivo. Para Carla Amado., o ato de classificação é uma decisão composta que depende, primeiro, de uma avaliação não jurídica, destinada a atestar o valor cultural do bem, que deve estar expressa na forma de um parecer técnico e, depois, de um juízo de oportunidade da decisão onde a proteção do patrimônio cultural pode ser ponderada com outros interesses públicos envolvidos. O juízo sobre a culturabilidade do bem é declarativo. A decisão final que

A principal consequência da natureza declaratória ou constitutiva do ato refere-se ao controle judicial deste. Assim, um ato declaratório é totalmente passível de controle judicial. Contudo, o ato constitutivo não é totalmente sindicável. Há um juízo de valoração parcialmente livre feito pela Administração, que deve conferir conteúdo aos conceitos jurídicos indeterminados e ponderar os diferentes interesses envolvidos. Nesses espaços da liberdade, a Administração não pode ser substituída pelo juiz.

13.4 SERVIDÃO, RESTRIÇÃO OU LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Cabe ainda discutir a natureza jurídica dos atos de classificação ou tombamento, tendo em conta os efeitos desses atos na propriedade privada. O problema gira em torno de saber se o tombamento e a classificação são servidões ou restrições administrativas, estas últimas denominadas, no Brasil, limitações administrativas.

Para enfrentar a questão é preciso, então, definir servidões e meras restrições administrativas ou limitações. Com relação às definições de servidão e de restrição administrativa encontramos divergências na doutrina, que vão influenciar o enquadramento da classificação e do tombamento enquanto uma servidão ou uma restrição administrativa. Assim, alguns autores entendem que a servidão administrativa é o encargo imposto a um determinado bem imóvel em atendimento à utilidade pública de uma outra coisa dominante, que pode ou não ser um prédio, enquanto a restrição administrativa dispensaria a exigência de uma coisa dominante. Nessa linha, Marcelo Cae-

constitui o bem em um regime especial seria constitutiva. Conseqüentemente, o juízo técnico em torno da do interesse cultural do bem pode ser repetido em juízo¹⁷⁶ e é inteiramente apreciável pelo Poder Judiciário. Os tribunais deve se pronunciar mediante opiniões técnicas divergentes(GOMES, Carla Amado, Desclassificação..., p.90-91.

tano¹⁷⁷ define servidões administrativas como “o encargo imposto por disposição da lei em proveito da utilidade pública de uma coisa” e restrições administrativas como qualquer restrição imposta à propriedade, independentemente do benefício de uma outra coisa. Adotando definições semelhantes, embora não idênticas, Antônio Pereira da Costa¹⁷⁸ entende que a servidão administrativa é “encargo imposto sobre um imóvel, em benefício de uma coisa, por virtude da utilidade pública desta”. O autor, portanto, não entende que elas necessariamente decorrem de lei, como Marcelo Caetano, mas reconhece que elas estão associadas à existência de uma coisa dominante e que o que diferencia as servidões das restrições é exatamente a existência disso¹⁷⁹. No mesmo sentido, Fernando Alves Correia¹⁸⁰ defende que as servidões administrativas são encargos impostos em benefício da utilidade pública de uma coisa e que as restrições administrativas são “limitações ao direito de propriedade que visam à realização de interesses públicos abstratos”.

Outros juristas não associam a servidão administrativa à existência de uma coisa dominante. Hely Lopes Meirelles¹⁸¹, por exemplo, define a servidão administrativa como “o ônus real imposto à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras de e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização...” já as limitações – ou restrições – administrativas seriam toda imposição geral e gratuita condicionada do exercício de direito ou atividades particulares¹⁸². Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸³, a servidão

¹⁷⁷ CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1052 e 1062.

¹⁷⁸ COSTA, Antônio Pereira da. Servidões administrativas: outras restrições de utilidade pública Porto: Elcla Editora, 1992, p. 22.

¹⁷⁹ COSTA, Antônio Pereira da. Servidões ..., p. 28.

¹⁸⁰ CORREIA, Fernando Alves. Manual ..., p. 213

¹⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 586.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito..., p. 593.

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., p.774-778.

administrativa é o ônus real imposto sobre um bem determinado para suportar uma utilidade pública, por força do qual são afetados os direitos de uso e gozo do bem pelo proprietário, enquanto a limitação administrativa é uma restrição imposta por lei a uma categoria abstrata de bens. Nessa perspectiva, toda restrição derivada de um ato administrativo é servidão administrativa.

Pelo exposto, é possível concluir que definir se o tombamento e a classificação são restrições ou servidões administrativas dependerá da conceituação desses institutos. Caso o entendimento seja de que a servidão e a restrição administrativa se diferenciam em razão da existência de uma coisa dominante, então o tombamento e a classificação só podem ser restrições de utilidade pública¹⁸⁴. Por outro ângulo, se adotarmos, por exemplo, as definições de Celso Antônio Bandeira de Mello e entendermos que a servidão se caracteriza como uma restrição ao direito de propriedade de um bem específico, enquanto a restrição administrativa afeta uma generalidade de bens, concluiremos que a classificação e o tombamento afetam bens específicos e, por isso, são servidões administrativas, exatamente como faz o autor¹⁸⁵⁻¹⁸⁶.

Diante dessas divergências, Maria Sylvia DiPietro adota posição peculiar ao defender que o tombamento – e, por consequência, a classificação – não é servidão administrativa, porque não existe coisa dominante, nem é limitação administrativa, na medida em que individualiza o bem. Logo, o tombamento constituiria uma categoria própria, e assim deveria ser conside-

¹⁸⁴ Coerentemente é nesse sentido o entendimento de Fernando Alves Correia e Marcelo Caetano ao se pronunciarem especificamente sobre a classificação (ALVES, Fernando Correia. *Propriedade...*, p. 400 e seguintes; e CAETANO, Marcelo. *Manual...*, p. 1063).

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p.774-775.

¹⁸⁶ Para Sônia Rabello de Castro, é possível entender que os bens tombados representam um gênero – os bens culturais – por isso, a definição de Celso Antônio não é adequada para investigar a natureza jurídica do tombamento (CASTRO, Sônia Rabello. *O Estado...*, p. 138)..

rado¹⁸⁷.

Entendemos, conforme a doutrina majoritária, que a servidão administrativa e a restrição de utilidade pública – ou limitação administrativa – se distinguem em razão da existência ou não de uma coisa dominante, e não pelos critérios apontados por Hely Lopes Meirelles ou Celso Antônio Bandeira de Mello. Nessa lógica, podemos afirmar que a classificação e o tombamento possuem natureza jurídica de restrições de utilidade pública ou, como são chamadas no Brasil, limitações administrativas.

CONCLUSÕES

14. ALGUMAS SEMELHANÇAS ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Nosso objetivo ao longo deste trabalho foi traçar um paralelo comparativo entre os institutos da classificação em Portugal e do tombamento no Brasil. Apesar da diferença de nomenclatura, a classificação e o tombamento são bastante semelhantes. Como vimos, o tombamento é a classificação no Brasil. Por isso, não é à toa que encontramos tantas semelhanças entre os dois institutos. Primeiramente, cabe ressaltar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a cultura recebe um amplo e detalhado tratamento constitucional, que inclui um dever da Administração de proteção do patrimônio cultural, um dever de todos de preservação do patrimônio cultural e um direito de todos à fruição do patrimônio cultural. A classificação, e portanto o tombamento, é apenas uma das formas de atuação administrativa, dentre outras destinadas à preservação do patrimônio cultural.

Tanto a classificação quanto o tombamento são atos administrativos destinados à proteção e à preservação de bens

¹⁸⁷ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito..., p. 138.

culturais com suporte material, de titularidade pública ou privada e também de bens naturais. Em linhas gerais, tanto o tombamento quanto a classificação visam garantir a imutabilidade desses bens e a sua conservação ao longo do tempo, preservando-os de qualquer dano. No Brasil e em Portugal, esse atos administrativos são a decisão final de um procedimento ao longo do qual se procura investigar o valor cultural do bem e ponderar a necessidade de proteção desse bem com outros valores e bens jurídicos, igualmente protegidos em sede constitucional. Essa decisão final depende de uma avaliação pré-jurídica relativa à determinação da existência, ou não, do valor cultural de um bem e de uma segunda avaliação em que a preservação do bem cultural deve ser ponderada com outros bens jurídicos que possam ser afetados. Constatamos que, tanto de um lado do oceano quanto do outro, há uma margem de liberdade da administração nessa ponderação, de modo que é possível que, confirmado o valor cultural de um bem, a autoridade administrativa opte por não classificá-lo ou tombá-lo em uma decisão devidamente fundamentada. O contrário, no entanto, não é possível. Diante da ausência de valor cultural do bem, a autoridade administrativa não pode classificá-lo ou tombá-lo.

No Brasil e em Portugal, existem mecanismos de proteção dos bens ao longo do procedimento de classificação ou tombamento. Em Portugal, os bens são considerados bens em vias de classificação e, no Brasil, há uma modalidade de tombamento, o tombamento provisório. Constatamos que, em ambos os países, esses institutos são criticáveis. Em Portugal, o regime próprio dos bens em vias de classificação ainda não está inteiramente regulado, e esses bens acabam por ser submetidos a um regime muito semelhante ao dos bens classificados. Essa semelhança merece críticas, na medida em que o despacho de abertura do procedimento, que é o ato que constitui o bem na qualidade de bens em vias de classificação, é um ato provisório e baseado em um juízo preliminar sobre a culturabilidade do

bem. Por isso, os regimes jurídicos do bem classificado, cuja classificação é baseada em um ato definitivo, baseado em uma certeza jurídica do valor cultural do bem, e do bem em vias de classificação deveriam ser diferenciados. O mesmo ocorre no Brasil, o tombamento definitivo e o provisório produzem efeitos quase idênticos, de modo que o regime jurídico a que o bem tombado provisoriamente é submetido é extremamente semelhante ao regime jurídico aplicável aos bens definitivamente tombados, e não há dúvida de que, pelas razões já ditas, os regimes deveriam ser diferenciados.

Tanto a classificação quanto o tombamento produzem dois efeitos principais: atestar, com certeza jurídica, o valor cultural do bem e constituir o bem em um regime jurídico especial. Com efeito, como vimos, a classificação e o tombamento criam uma relação jurídica administrativa multilateral e duradoura, que envolve direitos e deveres da Administração Pública, direitos e deveres dos titulares de direitos reais sobre os bens tombados ou classificados e direitos e deveres de todos os cidadãos. Essa relação jurídica administrativa tem contornos semelhantes no Brasil e em Portugal, mas é possível identificar também muitas diferenças, em especial com relação aos direitos e deveres de titulares de direitos reais sobre os bens classificados ou tombados.

Por fim, como pudemos constatar, tanto a classificação quanto o tombamento têm natureza jurídica de restrições de interesse público ou – como o instituto é batizado no Brasil – limitações administrativa.

15. ALGUMAS DIFERENÇAS

A primeira diferença entre o regime português e o brasileiro pode ser percebida na observação da evolução histórica do direito do patrimônio cultural em cada um dos países. Em Portugal, a evolução incluiu consagração, na Constituição, da

proteção e promoção do patrimônio cultural e também uma evolução legislativa que passou por um primeiro esforço de codificação com o Decreto nº 20.985 de 1932, a Lei de Bases de 1985 e a Lei do Patrimônio Cultural de 2001. No Brasil, apesar dos avanços feitos pela Constituição Federal de 1988, que trata da preservação e promoção do patrimônio cultural por meio de múltiplas medidas como o inventário, a restauração e o tombamento entre outras, a legislação não foi atualizada. O mais importante diploma relativo ao patrimônio cultural no Brasil ainda é o Decreto-Lei nº 25 de 1937, que regula apenas uma forma de proteção de bens culturais, o tombamento, de modo que a legislação brasileira carece de atualização.

Outra diferença fundamental entre os sistemas brasileiro e português é que Portugal possui uma lei de bases do patrimônio, ou seja, a legislação portuguesa acompanhou o processo de evolução do direito do patrimônio cultural, que conduziu a uma estruturação deste na forma de um dos novos ramos do Direito e demonstrou a necessidade de esse direito ser tratado de forma sistemática em uma lei ou codificação única. O resultado é que a classificação em Portugal é regulada na em um capítulo de uma lei de bases que combina um conjunto de medidas destinadas à preservação e à promoção do patrimônio, todas elas sistematizadas e unificadas à luz de um feixe de princípios, direitos e deveres. O mesmo não acontece no Brasil, onde o tombamento é regulado de forma isolada em diploma próprio e outras formas de proteção estão espalhadas por normas de direito do patrimônio cultural, de direito do urbanismo e de direito do ambiente. Consequentemente, não há um tratamento sistemático e racional da matéria que combine diferentes medidas de preservação e proteção do patrimônio. O que vemos no Brasil é um total desatendimento ao princípio da unidade do direito do patrimônio cultural.

Não é apenas o princípio da unidade que é desatendido, também o princípio da graduabilidade é inteiramente violado

no Brasil. Em primeiro lugar, porque o tombamento, regulado em norma própria, não está combinado com nenhuma outra forma mais branda de proteção de bens culturais, de modo que o tombamento é cabível como meio de proteção de todo e qualquer bem cultural, independentemente do grau de interesse cultural do bem. O mesmo não ocorre em Portugal, onde a classificação é combinada ao menos com uma outra forma mais branda de proteção, a inventariação. Desse modo, a classificação é reservada para os bens culturais de maior relevância. Além disso, a Lei Portuguesa de 2001 divide os bens culturais em categorias, podendo estes ser classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal. E diferencia os regimes – embora deva-se ressaltar que essa distinção também merecia melhor tratamento na Lei Portuguesa – de modo que a proteção de bens de interesse nacional é mais intensa do que a proteção dos bens de interesse público que, por sua vez, é mais intensa do que a proteção dos bens de interesse municipal. Essa distinção dos bens em categorias e a diferenciação dos regimes jurídicos a eles aplicáveis nada mais é do que uma concretização do princípio da graduabilidade. No Brasil, essas categorias não existem. Todo bem tombado é tombado. É verdade que bens de interesse nacional são tombados pela União; bens de interesse regional, pelos Estados; e bens de interesse municipal, pelos municípios. No entanto, essa divisão é apenas resultado do princípio federativo e da competência comum para preservação do patrimônio, não é um reflexo do princípio da graduabilidade. Na falta de uma lei de bases editada pela União, não há uma gradação do regime jurídico; os efeitos do tombamento federal, estadual ou municipal podem ser rigorosamente os mesmos.

Para somar a essas diferenças estruturais, podemos mencionar também algumas diferenças pontuais constatadas ao longo deste trabalho. A primeira delas é relativa à definição dos bens culturais suscetíveis de classificação ou tombamento.

A lei brasileira não reserva o tombamento para os bens de maior relevância como ocorre em Portugal, tampouco estabelece requisitos necessários para averiguação do valor cultural de um bem que enseje seu tombamento. É verdade que a lei portuguesa traz critérios um tanto vagos. Porém, ainda assim, são melhores e mais detalhados do que os praticamente inexistentes critérios do diploma de 1937.

Com relação aos procedimentos de classificação e tombamento, uma diferença essencial merece ser destacada. Ao contrário da Lei nº 107 de 2001, a Lei do Tombamento Brasileira não estabelece um prazo de duração do procedimento de tombamento, os prazos previstos na lei são insuficientes para determinar a duração do procedimento na sua totalidade. Tal fato é extremamente problemático da perspectiva da proteção do patrimônio cultural, porque o procedimento pode se estender por anos sem que o bem esteja devidamente tombado e protegido. É problemático também da perspectiva dos titulares de direitos reais sobre o bem, que sofrem todos os efeitos do tombamento provisório sem direito a nenhuma espécie de contrapartida.

Quanto à relação jurídica administrativa constituída pela classificação ou tombamento, identificamos algumas diferenças. Em Portugal, a Lei de 2001 faz expressa menção aos direitos e deveres do Poder Público, aos direitos e deveres de todos os cidadãos, aos direitos e deveres do proprietário ou detentor de direitos reais sobre o bem e consagra uma hipótese de direito a indenização e um programa de compensações e contrapartidas ao proprietário. O Decreto-Lei Brasileiro estabelece direitos e deveres da Administração, não menciona direitos e deveres de todos os cidadãos e estabelece uma série de encargos e deveres para o proprietário ou detentor de direitos reais sobre o bem. Consagra, no entanto, pouquíssimos direitos aos proprietários ou detentores de direitos reais sobre os bens tombados. É verdade que mesmo o sistema português pode ser aperfeiçoado

com uma melhor regulação do programa de contrapartidas e com a previsão legal de outras hipóteses de indenização, mas o diploma português já representa um avanço com relação ao texto normativo brasileiro que é silente sobre todos esses temas.

A ideia de compreender as relações entre a Administração e os particulares como uma relação jurídica administrativa atende justamente à necessidade de colocar os cidadãos em posição de igualdade com relação à Administração Pública e garante os direitos dos particulares no âmbito das relações jurídicas administrativas. Embora essa igualdade seja uma exigência do Estado de Direito, ela não é plenamente realizada nas previsões do Decreto-Lei nº 25 de 1937, que contém normas extremamente estatizantes que concentram a preservação do patrimônio na Administração Pública e sacrificam em demasia os direitos dos particulares.

Cabe ainda ressaltar a diferença existente entre a desclassificação e o cancelamento do tombamento. Como vimos, são institutos inteiramente diversos, e o cancelamento do tombamento no Brasil pode ser feito discricionariamente pelo chefe do Poder Executivo, com simples fundamento em outros interesses públicos, independentemente do grau de interesse cultural do bem. Nesse sentido, tendo em conta que a Constituição estabelece um dever do Estado de preservação do patrimônio cultural e um direito à fruição do desse bem, podemos entender que a Lei nº 3.866 de 1941, que regula o cancelamento do tombamento pelo Presidente da República, não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Podemos perceber, então, diante dessas conclusões, que as críticas feitas pela doutrina à Lei de Bases do Patrimônio Portuguesa de 1985 são válidas para o diploma brasileiro de 1937. Tal qual a Lei Portuguesa de 1985, o Decreto-Lei nº 25 de 1937 carece de uma boa definição de bem cultural e de critérios objetivos que determinem o tombamento ou não de um

bem. Ademais, é um diploma extremamente estatizante, que concentra a atividade de preservação do patrimônio cultural nas mãos da Administração, sem criar mecanismos de participação da sociedade civil, em completo desatendimento ao princípio da cooperação. O Decreto-Lei também não concilia muito bem a preservação do patrimônio com o direito à propriedade privada, ao estabelecer uma série de encargos ao proprietário sem as devidas garantias de compensação.

16. ALGUMAS SUGESTÕES AO LEGISLADOR BRASILEIRO

Não resta dúvida, então, de que a regulação legal da preservação e promoção do patrimônio cultural, em geral, e do tombamento, em especial, no Brasil, precisa ser reformada e adequada não apenas à atual percepção doutrinária do direito do patrimônio cultural, como também às exigências da nova ordem constitucional, instituída em 1988. A partir desse estudo comparado entre Brasil e Portugal, foi possível, portanto, identificar uma série de diretrizes para o legislador brasileiro.

Inicialmente, o Brasil necessita de uma codificação do direito do patrimônio cultural, ou, como existe em Portugal, de uma lei de bases do patrimônio, que contenha uma definição de bens culturais, os princípios do direito do patrimônio cultural e uma multiplicidade de medidas destinadas à preservação e à promoção do patrimônio. Medidas não apenas centradas na atuação administrativa, mas que permitam também a participação dos cidadãos, consagrando-se, assim, o princípio da cooperação e adotando-se uma perspectiva menos estatizante.

Desse modo, o tombamento pode ser regulado não em uma norma isolada, mas em combinação com outras formas de proteção, menos intensas, do patrimônio cultural, conformadas ao valor cultural do bem, em atendimento ao princípio da graduabilidade. Fica, assim, o tombamento reservado apenas aos

bens de maior interesse público. Também para atender ao princípio da graduabilidade, a lei deveria dividir os bens em categorias conforme seu valor cultural. Nesse ponto, é preciso atentar para o fato de que a experiência portuguesa pode não ser a inspiração mais adequada para o Brasil. Em Portugal, os bens são classificados como de interesse nacional, público ou municipal. Essas categorias são adequadas para um Estado Unitário como Portugal, mas não para uma federação como o Brasil, onde uma separação entre o tombamento pela União, pelos Estados e pelo Município já decorre da própria repartição de competências entre as entidades federadas na Constituição. Desse modo, o legislador brasileiro deve estabelecer categorias com base em outros critérios, que também definam o maior ou menor interesse cultural de um bem, mas sejam distintos dos critérios adotados pela legislação portuguesa.

O sistema jurídico brasileiro carece de uma boa definição legal de bem cultural. Aliás, como vimos, a atual definição de patrimônio cultural do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25 de 1937 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. É preciso ainda o estabelecimento de critérios de seleção de bens para tombamento pelo legislador, não apenas o tombamento deve ser destinado aos bens mais relevantes, como a lei deve indicar o que caracteriza um interesse cultural relevante.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, o regime jurídico aplicável aos bens classificados e aos bens em vias de classificação ou ao tombamento provisório e ao tombamento definitivo precisam ser melhor diferenciados. No Brasil, em especial, é necessária a estipulação de um prazo máximo de duração do procedimento de tombamento.

Finalmente, a legislação brasileira precisa combinar os encargos impostos aos proprietários e detentores de direitos reais sobre bens tombados com contrapartidas ou garantias de compensação, prevendo um direito à indenização ao menos em hipóteses excepcionais, como no caso de inviabilização do uso

habitual do bem ou de perda substancial do valor de mercado.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXANDRINO, José Melo. Uma Nova Lei de Bases Para o Patrimônio. Separata de Cadernos de Ciência de Legislação, nº 24, Janeiro-Março 1999;
- ARAÚJO, Fernanda. O Actual Regime de Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. Patrimônio/Território-Interações. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº 18/19, dezembro/2002-Julho/2003, p. 9-39, p. 17.
- BOURDIN, Alain. Le Patrimoine Culturel e Les Systeme de Valeurs. In: JEGOUZO, Yves (org). Droit du Patrimoine Culturel Immobilier. Paris: Economica, p. 37-49;
- CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2007;
- CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais: O Tombamento. Rio de Janeiro: Renovar, 1991;
- CHUVA, Márcia Regina Romero. Os Arquitetos da Memória: a Construção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (anos 30 e 40). Tese de Doutorado. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1998;
- CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de Bens Culturais: Restrições de Utilidade Pública, Expropriações e Servidões Administrativas, In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996;
- CORREIA, Fernando Alves. Manual de Direito do Urbanismo. Coimbra: Almedina, 2001;
- COSTA, Antônio Pereira da. Servidões administrativas : outras

- restrições de utilidade pública Porto: Elcla Editora, 1992;
- CUNHA, Danilo Sampaio. Patrimônio Cultural: Proteção Legal e Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004;
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jónatas. Bens Culturais, Propriedade Privada e Liberdade Religiosa. In: Revista do Ministério Público, n ° 64, ano 16°, outubro-dezembro 1995, p. 11-38;
- CLARO, João Martins. Enquadramento e Apreciação Crítica da Lei n ° 13/85. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 279-328;
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento de Classificação de Bens Culturais. In: Direito do Patrimônio Cultural. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996;
- FERRI, Pier Giorgio. Os Bens Culturais no Direito Italiano . In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 11-148;
- FRIER, Pierre, Laurent. Propriété Privé e Protection du Patrimoine Culturel. In: AJDA, n ° 6, junho 2002, p. 405-409;
- GALHARDO, Manuela. As Convenções da UNESCO no Domínio do Patrimônio Cultural. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 95-110;
- GOMES, Carla Amado. O Patrimônio Cultural na Constituição: Anotação ao Artigo 78°. In: GOMES, Carla Amado. Textos Dispersos do Patrimônio Cultural e do Direito do Urbanismo. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 9-49;
- GOMES, Carla Amado. Desclassificação e Desqualificação do Patrimônio Cultural: Ideias Avulsas. In: Textos Dispersos do Patrimônio Cultural e do Direito do Urbanismo. Lisboa: AAFDL, 2008, p.73-122;
- GOMES, Carla Amado. Direito do patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo e Direito do Ambiente. In: Textos Dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e de Direito do Ur-

- banismo. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 135-147;
- GOMES, Carla Amado Nótula Sobre a Compensação Por Lesão de Interesse de Fruição de Bens Culturais. In: GOMES, Carla Amado. Textos Dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e do Urbanismo e de Direito do Urbanismo, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 125-133;
- GOMES, Nuno Sá. Os Incentivos Fiscais na Tributação do Patrimônio Cultural. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III (2006), p. 589-611;
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. Estado e Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;
- HÄBERLE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciencia de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000;
- _____. La Protection Constitucional e Universal de Los Bienes Culturales: Una Analisis Comparativo. In: Revista Espanhola de Derecho Constitucional, nº 54, ano 18, 1998, p.11-39;
- Instituto Português do Patrimônio Arqueológico e Arquitetônico. Critérios: Classificação de Bens Imóveis. Lisboa, 1995;
- LONDRES, Cecília O Patrimônio em Processo: Trajetória da Política Federal de Preservação no Brasil. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997;
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Gestão dos Bens Tomados e o Patrimônio Cultural In: Estudos em Homenagem a Professora Maria Garcia. São Paulo: IOB Thomson, 2007, p. 370-377;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002;
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008;
- MESNARD, André-Hubert. Política e Direito do Patrimônio Cultural em França: Situação Atual e Perspectivas. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 181-200;
- MIRANDA, Jorge. Notas Sobre Cultura e Constituição. Separata da Revista O Direito IV, Coimbra: Almedina, 2006;
- _____. O Patrimônio Cultural e a Constituição: Tópicos. In: Direito do patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996, p. 253-278;
- MORAES, Eduardo Jardim de. A Brasilidade Modernista e Sua Dimensão Filosófica. Tese de Mestrado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 1998;
- MORRAND-DEVILLER, Jacqueline. Estétique et Patrimoine. In: AJDA, número spécial, 1993, p. 89-97;
- NABAIS, José Casalta. Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural. Coimbra: Almedina, 2004;
- _____. Considerações Sobre o Quadro Jurídico do Patrimônio Cultural e do Ambiente. In: Miranda, Jorge (org) Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário do Seu Nascimento, vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 727-745;
- _____. Idéias Sobre o Quadro Jurídico do Patrimônio Cultural. In: Separata do I Curso de Gestão do Patrimônio. Lisboa: CEFA, 1996, p. 146-167;
- _____. Noção e Âmbito do Direito do Patrimônio Cultural In: CEDOUA, n. 2, 2000, p. 11-29;
- PEDRO, Jesus Pietro de. Cultura, Culturas y Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2008;
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos Para Uma perspecti-

- va Histórica do Direito do Patrimônio Cultural em Portugal. In: *Direito do Patrimônio Cultural*. Oeiras: INA, 1996, p. 205-253;
- PONTIER, Jean Marie. La Protection du Patrimoine Monumental. In: *Revue Francaise de Droit Administratif*, nº 1. Ano 6, 1992, p. 757-775;
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A Indicação Constitucional dos Elementos Formadores do Patrimônio Cultural Brasileiro como contribuição para o fortalecimento da Idéia de Constituição Cultural. In: *Mont’Averne, Martonio e outros (org). Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Freidrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 473-479;
- SANTOS, Tania Maria dos. *O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988*, Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2007;
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001;
- SILVA, Suzana Tavarez. Da “Contemplanção da Ruína” ao Patrimônio Sustentável. In: *CEDOUA*, nº 2/2002, p. 70-88;
- SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a Que Tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007;
- _____. *O Patrimônio Cultural da Igreja na Concordata de 2004*. In: *Estudos Sobre a Nova Concordata: Santa-Sé – República Portuguesa 18 de maio de 2004*. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 193-198;
- _____. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003;
- _____. *Verde é Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina. 2002;
- _____. *O Patrimônio Cultural da Igreja* In: *Direito do Patrimônio Cultural*. Oeiras: INA, 1996, p.

475-497;

TAJADURA, Javier. La Constitución Cultural. In: Revista de Derecho Político, nº 43, 1998, p. 97-134;

TEIXEIRA, Carlos Adetério. A Proteção do Patrimônio Cultural. In: Textos: Ambiente e Consumo, vol. III, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 61-107;

VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998.