

## **Bens culturais, Função Social da Propriedade e Instrumentos Jurídicos para a sua Preservação.**

Hélio Rodrigues Figueiredo Junior\*

**Resumo:** O trabalho foca a preservação de imóveis particulares portadores de valor histórico-cultural como imposição constitucional, que decorre da função social integrante e conformadora do conteúdo do direito de propriedade privada. O patrimônio cultural imobiliário constitui categoria concreta e específica de bem submetido a um estatuto jurídico próprio, segundo uma doutrina que reconhece a multiplicidade dos estatutos dominiais em lugar da propriedade como criação abstrata e uniforme da lei. A característica de patrimônio cultural é inerente a determinados bens e independe de qualquer manifestação dos agentes públicos. O reconhecimento do valor cultural de um bem pelo Poder Público é ato de mera declaração, mediante operação direta de concretização de conceitos jurídicos indeterminados que se encontram delineados no artigo 216 da Constituição Federal. A omissão do Poder Público na preservação dos bens e dos valores culturais da comunidade não configura exercício de poder discricionário e pode ser suprida mediante atuação do Poder Judiciário. A proteção dos valores culturais se impõe como direito difuso da comunidade, salvo hipóteses de colisão com outros interesses também de estatura constitucional. Neste contexto se inserem os instrumentos jurídicos previstos na Constituição Federal para a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural brasileiro e função social da propriedade. Teoria da multiplicidade dos estatutos dominiais. Instrumentos jurídico-constitucionais para promoção e proteção.

**Abstract:** The work focuses on the preservation of private property holders of historical and cultural value as constitutional requirement, which stems from the integral and conformadora social function of the content of the right to private property. The immovable cultural heritage is concrete and specific category of assets subject to a special legal status, according to a doctrine that recognizes the multiplicity of dominial statutes in place of property as an abstract and uniform creation of the law. The characteristic of cultural heritage is inherent to certain goods and is independent of any manifestation of public officials. The recognition of the cultural value of an act by the government is a mere declaration by direct operation of embodiment of indeterminate legal concepts that are outlined in Article 216 of the Federal Constitution. The omission of the Government in the preservation of property and cultural values of the community does not constitute the exercise of discretion and can be remedied by action of the Judiciary. The protection of cultural values is required as diffuse right of the community, except chances of collision with other interests also constitutional stature. In this context fall within the legal instruments provided in the Federal Constitution to preserve the cultural heritage of Brazil.

---

\* Mestrando em Direito da Cidade na UERJ. Advogado do Senado Federal. Ex-Procurador na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro-UFRRJ.

**Keywords:** Brazilian cultural heritage and social function of property. Theory of multiplicity of dominial statutes. Legal and constitutional instruments for the promotion and protection.

## INTRODUÇÃO

O texto traz algumas reflexões a respeito do tratamento a ser dado a imóveis de propriedade particular, que sejam portadores das características de patrimônio histórico-cultural<sup>1</sup> e sobre os instrumentos jurídicos estabelecidos na Constituição para a promoção e a proteção dos bens culturais.

A complexidade do mundo contemporâneo trouxe a necessidade do desenvolvimento de uma doutrina da multiplicidade dos estatutos dominiais, mediante a qual o conteúdo dos direitos da propriedade privada passou a ser definido segundo as situações concretas dos diversos bens, em lugar da propriedade como uma criação abstrata e uniforme da lei.

A elaboração do estudo teve em vista uma situação bastante concreta: imóveis de propriedade particular e com valor histórico-cultural, ou seja, imóveis possuidores de valores simbólicos decorrentes de sua antiguidade, que desapareceram ou se encontram em risco, por conta da inércia dos poderes públicos e de ações ou de omissões de proprietários não enquadrados como pessoas economicamente carentes<sup>2</sup>.

Acredita-se que muitas das observações possam ser estendidas aos demais bens culturais materiais, que não se enquadrem na categoria limitada de patrimônio imobiliário histórico-cultural (vislumbra-se aqui, por exemplo, a hipótese de um imóvel projetado por arquiteto renomado e que, construído recentemente, passa a integrar a paisagem urbana como patrimônio cultural, sem a característica da antiguidade<sup>3</sup>).

Como uma observação preliminar, traz-se ainda a advertência sobre eventuais distorções do entendimento de que a extensão excessiva do enquadramento ou de limitações ao uso dos bens culturais poderia resultar na sua banalização, com efeitos contrários e prejudiciais à adequada proteção do patrimônio cultural<sup>4</sup>. Este argumento, sistematicamente apresentado à sociedade sob a fórmula genérica de que “não podemos conservar tudo”, na realidade, pode se transformar em um “pretexto para demolir tudo”<sup>5</sup>.

## **1. O VALOR CULTURAL OBJETO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES - BENS CULTURAIS MATERIAIS E IMATERIAIS.**

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

Não se ignora também que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural de uma comunidade é talvez a questão mais tormentosa para a efetivação de sua proteção.<sup>6</sup>

Carlos Marés de Souza Filho observa que a preservação deve ser criteriosa e não pode abranger o conjunto indiscriminado das manifestações culturais, sob pena de se tentar estabilizar um processo cuja característica é a dinamicidade e assim prejudicar a própria produção cultural<sup>7</sup>.

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

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

Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, os bens culturais têm um valor intrínseco, que os diferencia dos demais e que se constitui em pré-requisito para a sua proteção<sup>8</sup>.

Bem a propósito, José Afonso da Silva observa que os valores fazem parte da realidade e apenas abstratamente podem ser concebidos como objetos independentes: “são projeções do espírito humano que impregnam de sentido, de valorações, o mundo do ser.”<sup>9</sup>

Assim, adotando-se um ensinamento de Miguel Reale, observa-se que o “bem cultural pode apresentar dois elementos: - ao primeiro chamaremos de ‘suporte’ e ao segundo de ‘significado’, sendo este a expressão particular de um ou mais valores”<sup>10</sup>.

Ainda segundo Miguel Reale, os bens culturais devem não apenas ser explicados, mas compreendidos, o que envolve a análise de um elemento valorativo ou axiológico que lhe confere um sentido ou um significado especial<sup>11</sup>.

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

Imaginemos, diz ele, que repentinamente, a Humanidade se torne insensível, sem vibrações estéticas, por ter-se-lhe obliterado o sentido do belo. Que representariam então os museus, como o Louvre, ou o do Vaticano? Uma coleção de coisas, uma reunião de objetos em que nada vibra. Pedacos de granito ou de mármore, blocos de bronze, retalhos de telas, algo que se parte, que se fragmenta. Poder-se-ia ‘explicar’ o material todo, mas já se não poderia ‘compreender’. O elemento axiológico é a essência da compreensão da cultura. No fundo, cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os.<sup>12</sup>

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, com uma concepção abrangente de um meio ambiente integrado da natureza e das modificações que nela introduzem os seres humanos, considera que “para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo”<sup>13</sup>.

Os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. A razão cultural da obra de arte não está no suporte nem nas tintas, mas na imaterialidade complexa deles criada. Uma casa, beleza natural, objeto ou instrumento tem valor cultural não pelo material com o qual estão construídos, mas pelo que evocam, seja um estilo, um processo tecnológico ou um fato histórico. A última casa de adobe de uma região não será preservada por ser de adobe, mas porque, sendo de adobe e última, é uma referência a um processo construtivo, portanto cultural.<sup>14</sup>

Apesar de o valor cultural representar algo de imaterial<sup>15</sup> e de ser este valor a razão da preservação, para os efeitos de proteção e de promoção efetua-se uma divisão entre patrimônio cultural material e imaterial, conforme o bem objeto da valoração cultural seja de natureza tangível (móvel ou imóvel) ou intangível (por ex.: tradições e costumes). O caput do artigo 216 da Constituição estabelece que constituem o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto.

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

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

A concepção acima, que foi extraída da obra de Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>16</sup>, expõe a importância da distinção entre o patrimônio cultural material e imaterial: a sobrevivência do patrimônio cultural material exige a preservação de seus suportes materiais, geralmente impondo ao proprietário uma atuação nem sempre de seu interesse particular; a defesa do patrimônio cultural imaterial, normalmente consubstanciado em práticas comunitárias tradicionais, depende em muito maior medida da atuação da própria comunidade e, na maior parte das vezes, não envolve questões relativas ao direito de propriedade.

No entanto, são reconhecidas situações em que a sobrevivência de manifestações comunitárias imateriais depende da preservação dos locais de suas práticas, gerando a necessidade da preservação de suportes materiais como, por exemplo, no caso da “língua dos sinos” das igrejas católicas de Minas Gerais, registrado como patrimônio cultural imaterial brasileiro em livro próprio do IPHAN<sup>17</sup>.

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

O mesmo fenômeno de interdependência entre preservação de patrimônio cultural material e imaterial foi referido pelo historiador e professor Paulo Marins, do Museu Paulista da Universidade de São Paulo, em comentário sobre a inundação que em 02 de janeiro de 2010 destruiu parte do conjunto arquitetônico da cidade histórica de São Luiz do Paraitinga, no Estado de São Paulo: “não é só a perda das edificações que existem ali, mas o fato de que essas edificações mediam uma quantidade de festas muito grande, que ocorrem em meio a elas e dentro delas, que foram perdidas”<sup>18</sup>.

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

Como exposto, a caracterização do bem cultural depende de sua valoração; envolve uma aferição do significado que a sociedade lhe confere como portador de referência à sua própria identidade.

Efetuada algumas considerações sobre o aspecto valorativo identificador dos bens culturais em geral, passa-se na sequência a tratar do objeto específico, que inspirou o trabalho: os bens imobiliários de propriedade particular portadores de valor histórico-cultural.

## **2. PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS IMOBILIÁRIOS PORTADORES DE VALOR HISTÓRICO-CULTURAL.**

O inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que a “propriedade atenderá a sua função social”, encontra-se no inciso imediatamente posterior ao da garantia do “direito de propriedade”, que também está no caput do artigo como uma garantia fundamental inviolável, ao lado dos direitos à vida, à igualdade e à segurança.

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

Fácil verificar os conflitos entre interesses de proprietários e da comunidade na questão relativa ao direito de propriedade dos bens culturais. Miguel Nogueira de Brito considera que a propriedade seria “sempre a tensão entre a liberdade do indivíduo, como ponto de partida, e a obrigação para com a comunidade”<sup>19</sup>.

É assim a consideração da tensão entre os interesses do proprietário privado e os interesses da comunidade na preservação do bem cultural, inserido no contexto mais genérico da função social da propriedade, que se coloca como preliminar para um estudo sobre a defesa dos bens culturais imobiliários.

A garantia constitucional da propriedade se singulariza na medida em que, ao contrário dos outros direitos fundamentais relacionados no caput do artigo 5º da Constituição (vida, igualdade e segurança), exige a intermediação do legislador para a sua existência e que o seu reconhecimento como direito privado sobre um bem importa na negação a todos os demais homens do mesmo direito sobre o bem considerado.

Miguel Nogueira de Brito observa a presença de três peculiaridades inerentes à garantia da propriedade que inviabilizam a existência de um conceito independente de propriedade constitucional em contraste com outros direitos, liberdades e garantias constitucionais: 1) a propriedade é criação da ordem jurídica, não uma ‘dimensão’ ou ‘parte’ da pessoa humana; 2) o reconhecimento da propriedade privada implica a redução das liberdades naturais dos demais homens; 3) exige, cada vez mais, a legitimação da definição dos limites da propriedade privada através do legislador democraticamente eleito<sup>20</sup>.

Sob a vigência da Constituição de 1988, a configuração do direito de propriedade é uma decorrência do contexto social-normativo, envolvido por regras do direito civil e por regras de direito público. Segundo Stefano Rodotà, o estabelecimento do conteúdo da propriedade é fator determinante para a solução das intervenções no regime da propriedade dos bens<sup>21</sup>.

Os bens culturais desempenham uma função social, na medida em que são elementos fundamentais da civilização e da cultura dos povos, conforme observação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

O patrimônio ambiental, natural e cultural, assim, é elemento fundamental da civilização e de cultura dos povos, e a ameaça de seu desaparecimento é assustadora, porque ameaça de desaparecimento a própria sociedade. Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida. Um povo sem cultura ou dela afastado, é como uma colméia sem abelha rainha, um grupo sem norte, sem capacidade de escrever sua própria história e, portanto, sem condições de traçar o rumo de seu destino.<sup>22</sup>

O valor histórico-cultural é inerente a determinados bens, integra suas configurações concretas e impõe a concepção de um estatuto dominial próprio objetivando preservar a função social consubstanciada nos valores simbólicos dos bens culturais.

Gustavo Tepedino entende que a compatibilização da situação do proprietário com situações de não-proprietários, objetivada pela disciplina da propriedade constitucional, tem como resultado o “preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação

concreta” e não algum intangível “conteúdo mínimo da propriedade”<sup>23</sup>, cuja origem parece remontar à concepção abstrata da propriedade que se pressupõe ultrapassada.

Em trabalho posterior, Gustavo Tepedino reiterou o seu posicionamento nos seguintes termos:

Não mais se sustenta, assim, em face dos interesses coletivos e difusos destacados pelo legislador constitucional, a existência de um direito de propriedade com conteúdo mínimo intangível, vez que a função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário, o qual, por conseguinte, perde a tutela constitucional se exercido sem sua observância. Assim sendo, consiste a função social em título justificativo da propriedade, vale dizer, em critério que lhe confere legitimidade jurídica.<sup>24</sup>

Stefano Rodotà argumenta não haver sentido falar em conteúdo essencial ou normal da propriedade na hipótese da admissão da concepção concreta dos diversos estatutos proprietários<sup>25</sup>.

Tendo em vista ser a função social o fundamento que legitima a propriedade, Stefano Rodotà observa que a sua relevância, como um princípio de valor operativo geral e não apenas como um conjunto de obrigações especiais sancionadas por disposições legais<sup>26</sup>, não pode ser negada nem mesmo diante de situação concreta em que inexista norma expressa que constitua sua via de realização, sendo possível a extensão ao caso de norma ditada para outra situação, sempre que se deem os requisitos da analogia<sup>27</sup>.

Na medida em que se evolui para o entendimento de que a vinculação social justifica e conforma o direito de propriedade, as limitações aos poderes do proprietário que se revelam no contexto social com suporte na Constituição deixam de ser fatores externos à propriedade e passam a integrar a própria configuração do direito.

A superação da concepção dos aspectos relativos à função social constitucional como limites externos ao direito da propriedade impõe que os conteúdos das propriedades variem de acordo com os estatutos a que cada uma se encontra submetida no contexto social. Assim, com a adoção das teorias da multiplicidade dos estatutos dominiais, a propriedade deixa de ser vista como um instituto jurídico uniforme e abstratamente criado pela lei.



Marcos Alcino de Azevedo Torres observa que a compreensão da questão relativa à funcionalização do direito de propriedade exige a adoção de uma premissa metodológica que não tenha mais como “paradigma um conceito unitário, que regule o direito de propriedade sobre os diversos bens que lhe servem de objeto”: “a multiplicidade dominial varia conforme a natureza do bem e sua destinação econômica e social”<sup>28</sup>.

Ricardo Pereira Lira considera que a propriedade varia e que o seu contorno, a sua senhoria e a extensão das suas faculdades ou de seus direitos elementares dependem da natureza do bem que lhe serve de objeto<sup>29</sup>.

Parece assim possível afirmar, com base no pressuposto da função social constitucional endógena ao conteúdo de uma propriedade submetida a um estatuto jurídico próprio, que as exigências relativas ao cumprimento da função social estejam sempre latentes e prontas para emergirem como categorias históricas, no momento em que se tornarem necessárias para a ordenação da vida comunitária, segundo os reclamos da dignidade humana.

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

É neste contexto que se insere a questão relativa aos bens imóveis de propriedade privada portadores de valor cultural.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho expressa o entendimento de que a existência de bens de interesse cultural tem dado margem ao aparecimento de uma categoria distinta, identificada como “bens de interesse público”, sujeitos a restrições bem mais profundas do que a mera limitação em razão do interesse social<sup>30</sup>.

No entanto, considerando a hierarquia das normas, o fato de ser exigida lei para a caracterização da propriedade como um direito não pode significar que a própria proteção constitucional da propriedade dependa de uma legislação ordinária. É neste contexto que Miguel Nogueira de Brito apresenta uma diferenciação entre o conceito e o conteúdo da propriedade, segundo a qual, o conceito deve ser encontrado na Constituição e o conteúdo seria o resultado da conformação da propriedade pela legislação ordinária<sup>31</sup>.

A conformação legislativa do conteúdo da propriedade com base na função social constitucional não afetaria a garantia, também constitucional, da propriedade.

Esclarecendo a concepção ora proposta, observa-se que Miguel Nogueira de Brito considera que a garantia constitucional, incidente sobre o “instituto da propriedade” e também sobre “cada propriedade”, teria como objetivo primeiro assegurar a manutenção da propriedade nas mãos do proprietário<sup>32</sup>; garantir o “valor de uso dos concretos direitos da propriedade tal como eles existem na ordem jurídica”<sup>33</sup>. Somente quando não possível assegurar a permanência da propriedade nas mãos do proprietário com o seu valor de uso concretamente desenvolvido, a norma constitucional relativa ao direito de propriedade poderia ser invocada como garantia do valor de troca para fundamentar indenizações, como ocorre nas hipóteses de restrições decorrentes da expropriação e da nacionalização.

Assim no âmbito da sua tarefa de determinação do conteúdo e limites da propriedade, o legislador está obrigado a preservar o valor de uso dos bens objecto da propriedade, nos termos em que eles são configurados num caso concreto, e só num caso de afectação de tais bens que reúna os pressupostos de uma expropriação ou nacionalização se pode falar numa garantia do valor de troca.

A combinação, nos termos expostos, dos vários planos em que se estrutura a garantia individual da propriedade tem como consequência a possibilidade de ocorrer uma diminuição do valor de troca, ou de mercado, de um bem objecto de propriedade sem que seja afectado o âmbito de protecção jurídico-constitucional deste último<sup>34</sup>.

Se a garantia constitucional da propriedade tem por objeto primário a garantia da manutenção do valor de uso concreto do imóvel, o mero reconhecimento com declaração do seu valor histórico, decorrente de características antecedentes que imponham a sua conservação para atendimento da função social, que não altera a utilização concreta, efetiva e atual dada ao bem, não gera direito à indenização. É neste sentido que se cita o entendimento de Edimur Ferreira de Faria, que considera que o ato administrativo que não acarreta modificação em uma situação concreta e atual de utilização de um imóvel não deve gerar indenização<sup>35</sup>.

Em outros termos, especulações não estão abrangidas pela garantia constitucional da propriedade privada e, portanto, não são indenizáveis.

No entanto, sem prejuízo do raciocínio, é possível imaginar situações excepcionais nas quais o proprietário possa fazer jus a compensações em razão da determinação do

conteúdo da propriedade, como no caso de limitações ao uso concretamente exercido sobre o imóvel (desde que a utilização até então exercida se revista de legitimidade) e de obrigações inesperadas impostas pela necessidade da conservação dos valores culturais (por ex.: danos sobre o bem decorrentes de caso fortuito ou de força maior e que imponham ao proprietário despesas extraordinárias com a recuperação do bem, para a salvaguarda do valor cultural, de titularidade difusa da comunidade). Na hipótese, argumenta-se que a exigência de compensação seria decorrência direta dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade e não da garantia constitucional da propriedade.

Assim é que Miguel Nogueira de Brito admite também que para superar hipóteses nas quais a determinação normativa do conteúdo e dos limites da propriedade contrariem os referidos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade, o legislador possa estar obrigado a estabelecer “deveres de compensação, de forma a suavizar encargos excessivos estabelecidos sobre o proprietário”<sup>36</sup>.

Um exemplo ajudará a compreender os termos do problema. Imagine-se uma norma que imponha ao editor o dever de fornecer gratuitamente a uma biblioteca pública um exemplar de cada obra impressa, no caso de uma impressão de reduzida tiragem envolvendo grandes despesas. Não obstante esteja em causa a obrigação de entrega de um único exemplar em cada edição, não se pode falar de uma expropriação, uma vez que a norma não concede qualquer poder à Administração para, através de um acto individual, lançar mão de um objeto de propriedade necessário à prossecução de um determinado fim. Pelo contrário, a norma prevê, em termos gerais e abstractos, uma obrigação de prestação de uma coisa (a entrega de um exemplar de cada edição de um livro) e, nessa medida, integra o direito objectivo, ao determinar o conteúdo da propriedade da obra editada enquanto universalidade de todos os exemplares que a compõem. Ao mesmo tempo, a ponderação entre a intensidade da imposição legislativa e o peso da sua justificação, o interesse cultural da colectividade, em especial o interesse das gerações futuras no conhecimento da produção cultural de cada época, tem como resultado que, tratando-se de obras com elevados custos de impressão e tiragens reduzidas, a obrigação de entrega de um exemplar ultrapassa os limites impostos pela proporcionalidade e razoabilidade à fixação do conteúdo da propriedade do editor. Assim, a norma em causa violaria o princípio da igualdade que deve ser tomado em consideração na fixação do conteúdo e limites da propriedade. Um dever geral de entrega com exclusão de compensação conduz, na sua aplicação concreta e considerando a diversidade da actividade editorial, a

intervenções na propriedade de intensidade consideravelmente diversa. Uma tal diversidade de efeitos deve também ser tomada em consideração no âmbito de medidas legislativas adoptadas nos termos do citado artigo da Constituição.”<sup>37</sup>

O dever de compensação previsto em norma conformadora do direito de propriedade se apresentaria assim como medida asseguradora de sua conformidade constitucional em razão dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade e não como um *tertium genus*, colocado entre a expropriação e a determinação do conteúdo da propriedade<sup>38</sup>.

É neste contexto que se entende a transferência onerosa do direito de construir como instrumento da Lei nº 10.257/2001 destinado à obtenção de recursos para eventuais compensações e recuperação de bens culturais degradados.

Em conclusão, a exigência da preservação de bem portador de valor cultural submetido a um estatuto dominial próprio não pode mais ser vista como limitação externa ao direito do proprietário, mas sim como o cumprimento de uma função social da propriedade. No atual contexto constitucional, o aspecto histórico-cultural é um dos fatores configuradores do direito de uma “espécie” de propriedade privada que cumpre a sua função social com a preservação do seu valor cultural, para desfrute da presente e das futuras gerações.

### **3. CARACTERIZAÇÃO DOS BENS CULTURAIS IMOBILIÁRIOS E DIREITO DIFUSO À PRESERVAÇÃO.**

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

Valor cultural é “algo” agregado a determinado bem, “algo” que lhe é inerente.

A premissa é de que não é o Poder Público que, por algum ato administrativo, confere ao bem a característica de patrimônio cultural. Pelo contrário, é por ser patrimônio cultural da comunidade e por ter a sua função social cumprida com a preservação do valor cultural que o Poder Público fica compungido a reconhecer o valor do bem e a atuar para a sua proteção.

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

Assumindo o entendimento de que o enquadramento de determinado bem como patrimônio cultural decorre de seu valor intrínseco, ou seja, de que o relevante valor cultural nada mais é do que uma das características do bem, conclui-se, como já exposto, que a preservação do valor cultural assume a característica de cumprimento da função social da propriedade e não pode ficar sob o livre arbítrio dos proprietários particulares ou dos representantes dos Poderes Públicos.

A defesa do bem cultural também não pode ficar restrita ao disposto em planos diretores, que muitas vezes se omitem ou tratam a questão de forma superficial. A proteção do valor caracterizado como função social da propriedade tem fundamento jurídico-constitucional próprio e vai além das fronteiras do município. Isto fica evidente quando se vislumbra a existência de imóveis tombados pelos Poderes Públicos Federal ou Estaduais, que não podem ser ignorados ou afetados de forma prejudicial pelos planos urbanísticos municipais<sup>39</sup>.

É assim que se observa que o artigo 216 da Constituição traçou critérios qualificativos para o patrimônio cultural que são bem mais específicos e abrangentes do que os que haviam sido estabelecidos no artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937 e que sempre foram suficientes para a edição dos atos de tombamento de bens culturais materiais.

Considerando também a maior especificidade e abrangência dos termos constitucionais, é razoável concluir que a caracterização dos bens culturais passou a decorrer diretamente do artigo 216 da Constituição e não mais do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937.

Portanto, a concretização da promoção e da proteção do patrimônio histórico imobiliário representa o cumprimento de uma função social intrínseca ao direito de propriedade de bem submetido a estatuto dominial próprio, que se encontra constitucionalmente delineado.

O reconhecimento do bem cultural configura o preenchimento de uma cláusula geral constitucional, de acordo com os conceitos valorativos estabelecidos no artigo 216 (bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira).

A declaração do valor cultural é operação de densificação de conceito jurídico indeterminado ou vago, de baixa densidade normativa, expresso na Constituição Federal, mediante emissão pelo aplicador do direito de juízo de valor em caso concreto<sup>40</sup>.

A densificação do conceito jurídico indeterminado considera as expressões de valores constitutivas do próprio conceito (no caso, o patrimônio cultural brasileiro) mediante uma interpretação com o objetivo de ser aplicado a uma situação fática específica<sup>41</sup>.

Em outros termos, o enquadramento de algum bem no conceito de patrimônio cultural brasileiro ocorre com o preenchimento de conceito jurídico indeterminado<sup>42</sup>, com a subsunção do fato à norma jurídica constitucional, de acordo com valores éticos, morais, sociais e políticos da comunidade e não com base em valores meramente pessoais<sup>43</sup>. Isto não pode ser confundido com o exercício de poder discricionário realizado segundo juízos de oportunidade e de conveniência<sup>44</sup>.

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

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

Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o ‘fato’ (*Tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a decisão do ‘fato’, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador<sup>45</sup>.

Considera-se aqui que, no momento da aplicação da norma, o conceito jurídico indeterminado torna-se determinado, com a produção de única conclusão juridicamente

aceitável; comporta apenas única solução justa, passível de amplo controle jurisdicional. Diferente é o poder discricionário, que permite mais de uma solução justa<sup>46</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho destaca que, sem grandes problemas quanto a sua aplicação, os conceitos indeterminados sempre estiveram presentes nas normas jurídicas: são conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, a boa-fé e a diligência do bom pai de família do Direito Civil. Não há razão para que os conceitos jurídicos indeterminados fiquem alijados dos campos do Direito Administrativo<sup>47</sup> e do Direito Constitucional.

Ainda que se considere a presença de questões técnicas para a caracterização de patrimônio cultural, isto também não deve ser confundido com discricionariedade. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles assinalou que a técnica impõe-se como fator vinculante nos serviços públicos especializados, “sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência”<sup>48</sup>.

Enfim, a qualificação jurídica, com a subsunção do fato à norma, é uma *quaestio iuris*<sup>49</sup> passível de ser conhecida pelo Poder Judiciário e não uma opção discricionária.

Flávio Henrique Unes Pereira observa também que a aplicação de conceito jurídico indeterminado é questão relativa à interpretação da norma, juízo de legalidade passível de amplo controle jurisdicional<sup>50</sup>.

É o que se nota com relação à qualificação do patrimônio cultural desde o paradigmático acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.377 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 17 de junho de 1942, a respeito de tombamento efetuado pelo IPHAN, conforme observações de Victor Nunes Leal<sup>51</sup>.

A promoção e a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, ou seja, o cumprimento da função social relativa à propriedade sobre bens com valor histórico qualificam-se como direitos de natureza difusa, portadores das seguintes notas básicas, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso: indeterminação de sujeitos, indivisibilidade de objeto, intensa litigiosidade interna e tendência à transição no tempo e no espaço<sup>52</sup>.

Direitos difusos surgiram com o Estado Democrático de Direito, identificados como direitos de terceira geração<sup>53</sup>. Materializam poderes de titularidade coletiva, consagrando o princípio da solidariedade no sistema constitucional, ao lado dos direitos de primeira geração

(direitos civis e políticos) e dos direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais)<sup>54</sup>.

Os direitos difusos possuem conteúdo político de extrema relevância no quadro constitucional e são tutelados jurisdicionalmente por processos de natureza objetiva, desvinculados dos interesses particulares de cada um dos membros da comunidade<sup>5556</sup>.

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

Os litígios que envolvem contraposição entre interesses de massa ou de grupos sociais exigem escolhas políticas mediante real exercício de poder discricionário, com opção, diante de fatos concretos, por alguma das soluções possíveis<sup>57</sup>.

Sob o enfoque de uma equivalência de tratamento constitucional entre os valores culturais e os valores ambientais<sup>58</sup>, transcrevem-se considerações do Ministro Celso de Mello no voto proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1-DF, que indicam a ponderação concreta, em cada caso, como fórmula para a superação de antagonismos entre interesses metaindividuais, nos quais valores constitucionais relevantes se contrapõem:

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



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

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

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

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

De qualquer sorte, ainda que discricionária a decisão administrativa, sua indispensável motivação não fica alijada de controle jurisdicional, pois a motivação apresentada vincula-se às circunstâncias de fato alegadas, “de modo que se esses motivos não existirem ou se não forem válidos, o ato será nulo”<sup>59</sup>.

Neste sentido, Maria Coeli Simões Pires<sup>60</sup> e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves<sup>61</sup> indicam como fórmula preventiva contra arbitrariedades a indispensabilidade de motivação no caso de não proteção aos bens culturais.

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

Assim, na busca do fim público da promoção e da proteção ao patrimônio cultural brasileiro, o Poder Público tem a obrigação constitucional de se valer dos meios para a declaração e a defesa dos bens revestidos de valores culturais.

#### **4. INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO**

O artigo 215 da Constituição Brasileira impõe ao Estado a obrigação de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, o apoio e o incentivo com a valorização e a difusão das manifestações culturais. Este artigo, em seu § 3º, previu o estabelecimento de um Plano Nacional de Cultura visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro.

O artigo 216-A da Constituição previu ainda o estabelecimento de um Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa com processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade.

O § 1º do artigo 1228 do Código Civil estabelece que o “direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Ressalta-se o entendimento de que a referência à outra lei (ainda que especial) na lei ordinária (Código Civil) não pode condicionar a proteção dos interesses da comunidade que encontram o seu fundamento na função social da propriedade, de natureza constitucional.

De qualquer sorte, a Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010, que aprovou Plano Nacional de Cultura, possui como um de seus objetivos a proteção e a promoção do patrimônio histórico e artístico, material e imaterial (art. 2, inc. II).

O artigo 3º, inciso VI, da Lei n 12.343/2010, estabeleceu ser competência do Poder Público “garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

O § 1º artigo 216 da Constituição previu um conjunto de instrumentos jurídicos destinados à promoção e à proteção do patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e de preservação.

#### 4.1. Inventários

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

Marcos Paulo de Souza Miranda considera que inventários de bens culturais realizados pelo Poder Público possuem natureza de atos administrativos restritivos e declaratórios da relevância cultural dos bens inventariados, dos quais derivam outros efeitos jurídicos para a sua preservação<sup>62</sup>.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho considera que o inventário deva ser destinado aos bens culturais que não estejam em situações de risco, enquanto que intervenções mais efetivas, como o tombamento, devem ser adotadas com relação aos bens em situações de perigo<sup>63</sup>.

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

Como instrumento de sistematização de informações podem ser realizados por entes públicos ou privados (universidades, instituições de pesquisa, associações, etc.) e produzem conhecimentos de relevância para a proteção ao patrimônio cultural.

O Inventário Nacional de Bens Imóveis em Sítios Urbanos (INBI/SU) é realizado pelo IPHAN desde a década de 80 e tem por finalidade “apoiar as ações de conservação, restauração, promoção e gestão do patrimônio urbano tombado”<sup>64</sup>.

O “Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis – Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro” foi realizado pela Secretaria de Estado de Cultura por intermédio do Instituto Estadual do Patrimônio Cultural – INEPAC em parceria com o SEBRAE-RJ e a UNESCO/Brasil para identificar o patrimônio cultural do Estado do Rio de Janeiro, bens tombados e não tombados, visando futuras ações preventivas<sup>65</sup>.

Considerando que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural seja a concretização de um conceito jurídico indeterminado, acredita-se que a

inclusão de bem em inventário crie uma presunção quanto à sua relevância cultural, tornando obrigatória a atuação do Poder Público.

#### 4.2. Registros

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

Estabelecido assim como um procedimento oficial, o registro destina-se às manifestações culturais tradicionais imateriais com o objetivo de valorizá-las e de perpetuá-las como referenciais identitários dos grupos formadores da sociedade brasileira<sup>66</sup>.

Thais Leonel identifica o procedimento do registro estabelecido no Decreto nº 3.551/2000 a um inventário com a sistematização dos conhecimentos sobre manifestações culturais imateriais e a reunião da mais ampla documentação sobre seus diversos aspectos e inscrição em livro próprio mantido pelo IPHAN<sup>67</sup>.

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

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

Além do Livro de Registro dos Lugares, outros três livros foram instituídos pelo Decreto nº 3551/2000 para o registro de patrimônio cultural imaterial: o Livro de Registro dos Saberes, destinado à inscrição de conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; o Livro de Registro das Celebrações, destinado à inscrição de rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de

outras práticas da vida social e; o Livro de Registro das Formas de Expressão, destinado à inscrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas.

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

### **4.3. Vigilância**

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

Especificamente, como vigilância enquadra-se o exercício do poder de polícia, de aplicação mais evidente na preservação dos bens culturais que exijam a manutenção de suportes materiais. Neste sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti observou que os bens tombados ficam sujeitos à polícia e vigilância do Poder Público<sup>68</sup>.

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

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder de polícia pode receber uma conceituação ampla, envolvendo atos do Legislativo e do Executivo, ou uma conceituação mais restrita, limitada aos atos do Poder Executivo<sup>69</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também considera a existência de um poder de polícia em sentido amplo, que abrange atuações dos Poderes Legislativo e Executivo<sup>70</sup>; classifica assim a forma de seu exercício em atos normativos que estipulam limitações abstratas e gerais (não individualizadas) e em atos administrativos e operações materiais para a aplicação da lei ao caso concreto.

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

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às

pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;

2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.<sup>71</sup>

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

A atividade da polícia administrativa possui caráter infralegislativo, “não apresenta natureza inovativa, mas meramente regulamentar”<sup>72</sup>. Geralmente encerra exercício de competência vinculada, quando “a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção”<sup>73</sup>.

Diógenes Gasparini também observa situações em que o poder de polícia se exerce por meio de competência vinculada<sup>74</sup>.

José Afonso da Silva observa que somente o Poder Legislativo pode originalmente estabelecer regras que alterem a ordem jurídico-formal, “o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar”<sup>75</sup>.

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

Considerando o entendimento de que a Constituição Federal estabeleceu conceito jurídico indeterminado com o fornecimento de critérios suficientes para o enquadramento de bens na categoria de patrimônio cultural, toda vez que a intervenção do Poder Público se

impuser para condicionar em concreto a atuação do particular, impedindo ou prevenindo danos ao patrimônio cultural, há vigilância mediante exercício do poder de polícia <sup>76</sup>.

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

Entende-se que a omissão do poder público no exercício da vigilância ao patrimônio cultural pode ser suprida mediante atuação judicial.

#### **4.4. Tombamento**

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

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

O Decreto-Lei nº 25/1937 instituiu um procedimento de acordo com o princípio do contraditório, com oportunidade para o interessado se opor à qualificação do bem como cultural, como forma de legitimar, na época de sua edição, a atuação da Administração. É aqui de se observar que, no contexto do Estado Democrático atual, é possível e desejável que o contraditório seja mais amplo, com o envolvimento e a participação direta da comunidade interessada na preservação do patrimônio cultural.

O procedimento que resulta no ato administrativo de tombamento permanece o principal instrumento para a preservação do patrimônio cultural material brasileiro. No entanto, é fato que ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Decreto-Lei nº 25/1937 como norma geral, com aplicação em todos os níveis da federação, transformou o tombamento em um dentre outros instrumentos para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural.

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

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

Apesar de o tombamento afetar uma coisa individualmente, ele corresponde à concretização de um comando genérico, mediante reconhecimento dos atributos que justificam o regime protetivo: a diferença entre os bens culturais e os demais decorre da incidência direta da própria Constituição, não havendo que se falar em afronta à isonomia<sup>77</sup>.

Bens que ostentem valores culturais relevantes devem estar sujeitos a restrições equivalentes, sob pena de tratamentos diferenciados aos respectivos proprietários e às comunidades interessadas na conservação dos seus patrimônios culturais.

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

Poder Público não constitui o patrimônio cultural brasileiro, que se desvinculou do ato administrativo de tombamento<sup>78</sup>, conduzido a um dentre vários outros instrumentos para a preservação cultural.

Conforme Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o patrimônio cultural “[...] não se torna relevante para a sociedade e seu ambiente porque o Poder Público, por ato administrativo, assim entende; ao contrário, porque é relevante para a sociedade e seu ambiente, que cumpre ao Poder Público emitir o ato administrativo”<sup>79</sup>.

Hely Lopes Meirelles, em capítulo relativo às limitações administrativas ao direito de construir, conceituou o tombamento como “declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais, que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”<sup>80</sup>.



Nicolao Dino de Castro e Costa Neto<sup>81</sup> e José Eduardo Ramos Rodrigues<sup>82</sup> consideram o tombamento ato administrativo declaratório e não constitutivo do patrimônio cultural.

Hugo Nigro Mazzilli admite a proteção judicial ao bem de valor cultural, tombado ou não, eis que o tombamento, forma especial de proteção administrativa, seria ato declaratório e não constitutivo de valor cultural<sup>83</sup>.

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

De qualquer sorte, a homologação conceitua-se como ato administrativo vinculado da autoridade superior e envolve a aferição de legalidade<sup>84</sup>. Homologação, ato vinculado, não se confunde com aprovação, ato discricionário que engloba análise de mérito (conveniência e oportunidade)<sup>85</sup>.

Neste sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello observa que a homologação não constitui direito, apenas reconhece os existentes: “consiste em acerto constitutivo formal, de asseguramento de direitos preexistentes, para que produzam seus efeitos práticos”<sup>86</sup>.

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

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

#### **4.4.1. Efeitos constitutivos do tombamento**

No entanto, apesar de o ato administrativo de tombamento envolver a declaração da relevância cultural do bem, não há como deixar de reconhecer nele também a produção de alguns efeitos constitutivos.

Nada há de diferente do que preceitua a doutrina processual: todo ato que põe fim a um processo possui efeitos declaratórios, podendo produzir outros efeitos, constitutivos ou condenatórios<sup>87</sup>.

Desta forma, ao efeito meramente declaratório do ato de tombamento<sup>88</sup> somam-se efeitos constitutivos, como a presunção do valor cultural do bem<sup>89</sup> (aferido em procedimento com a produção de pareceres técnicos e oportunidade de contraditório) e a possibilidade da incidência das sanções estabelecidas no Decreto-Lei nº 25/1937 pela não conservação ou alteração não autorizada de bens tombados<sup>90</sup>.

Outro efeito constitutivo que se pode atribuir ao tombamento de um imóvel que, por integrar o patrimônio cultural brasileiro não pode originariamente ser destruído ou descaracterizado independentemente de qualquer ato do Poder Público, é a obrigação de se efetuar a conservação e reforma do bem de acordo com as orientações dos órgãos oficiais de proteção do patrimônio cultural, na forma do artigo 19 do Decreto-Lei nº 25/1937, embora se entenda que este efeito, com a respectiva obrigação de fazer, possa também ser atingido por intermédio de outros instrumentos.

O dever de recuperar enquadra-se como uma obrigação *propter rem*, inerente ao direito de propriedade do bem cultural, que o acompanha e se impõe aos futuros adquirentes, independente de qualquer cláusula específica<sup>91</sup>.

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

#### **4.4.2. Vinculação e discricionariedade no tombamento**

A competência administrativa para a preservação do patrimônio cultural, além de refletir e de envolver o poder para a emissão de atos jurídicos diante de bens com valor cultural, deve ser analisada na sua vertente de encargo, de dever e de obrigação. Quem possui

competência administrativa tem que exercê-la, pois a “competência tem expressão compulsória”<sup>92</sup>.

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

Marçal Justen Filho afirma que a divisão entre atos vinculados e discricionários envolve uma questão de grau: inexistem “tipos puros e absolutos de vinculação e de discricionariedade”<sup>93</sup>. Do mesmo modo, apesar de sustentar que a natureza do tombamento seja essencialmente discricionária (ponto sobre o qual não se concorda, em razão de se vislumbrar, conforme exposto, alto grau de vinculação dos Poderes Públicos na preservação do patrimônio cultural), Maria Coeli Simões Pires reconhece nele elementos de vinculação: “essa tipologia se distingue também em função de prevalência”<sup>94</sup>.

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

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

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

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

Além das questões relacionadas à materialidade dos bens culturais, é possível invocar o princípio da precaução no tocante à incerteza, à

oscilação da identificação do valor cultural de um bem, ou seja, no tocante à imaterialidade axiológica inerente a todo bem cultural.

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

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

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

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

Entre autorizar ou não a demolição de um bem sobre o qual a sociedade ainda diverge sobre seu valor parece que a negativa é a melhor resposta, ainda que isso importe no sacrifício pessoal do proprietário, o qual poderá, nesses casos, em função da correta distribuição das cargas públicas, vindicar alguma indenização.<sup>95</sup>

Toshio Mukai conclui que o ato administrativo de tombamento encerra um poder-dever da Administração e não pode ser tido como discricionário<sup>96</sup>.

Entende-se que verificado o valor cultural do bem, não há como ser negada a sua qualificação. Não há liberdade discricionária do Administrador no reconhecimento ou na declaração do valor cultural do bem.

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

Além da hipótese em que o exercício do poder discricionário impõe apresentação de solução para situações de conflitos entre interesses difusos de igual hierarquia, é possível também se verificar exercício de poder discricionário na opção pelo instrumento mais adequado para a promoção e a proteção do bem cultural. No entanto, em não havendo

legislação que regulamente os outros instrumentos constitucionais para a proteção ao patrimônio cultural material, o tombamento pela Administração se impõe.

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

#### **4.5. Desapropriação**

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

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

Sandra Cureau considera a desapropriação para o efeito da preservação de patrimônio cultural um “tombamento indireto”: tendo por finalidade a preservação do bem, o tombamento não poderia deixar de ser a consequência<sup>97</sup>.

Em sentido inverso Audrey Gasparini observa que a proteção ao bem desapropriado somente se torna efetiva após cumprimento dos trâmites do Decreto-Lei nº 25/1937, ou seja, com o seu tombamento<sup>98</sup>.

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

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

#### **4.6. Outras formas de acautelamento e de preservação**

O § 1º do artigo 216 da Constituição Federal deixou margem expressa para outras formas de acautelamento e de preservação ao patrimônio cultural brasileiro<sup>99</sup>.

Dentre outras modalidades de acautelamento e de preservação ao patrimônio cultural podem-se incluir a lei, com o fim específico de preservação de determinados bens, e a decisão judicial<sup>100 101</sup>.

Eliane Elias Mateus refere-se aos artigos 62 e 63 da Lei nº 9.605/98, que tipificam e preveem penalidades pelas práticas dos crimes de destruir, inutilizar ou deteriorar bens culturais e por alterar aspecto ou estrutura de edificação com valor cultural, especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial<sup>102</sup>.

#### **4.6.1. Lei específica**

Admite-se que lei específica determine a preservação de bem cultural<sup>103</sup>.

Paulo Affonso Leme Machado também observa a possibilidade de “tombamento” efetuado diretamente por lei, ressaltando a vantagem de uma maior estabilidade do ato de proteção, pois o seu desfazimento somente poderia advir de outro ato do Poder Legislativo<sup>104</sup>.

Sonia Rabello de Castro considera possível que lei proteja toda uma categoria de bens portadores de características específicas, desde que com o caráter de abstratividade e de generalidade. Segundo esta autora, a hipótese não caracterizaria tombamento, que somente poderia resultar de um procedimento realizado nos termos do Decreto-Lei nº 25, de 1937<sup>105</sup>.

#### **4.6.2. Decisão judicial**

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

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

A possibilidade de o Poder Judiciário analisar a correção do enquadramento de imóvel como patrimônio cultural foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal em 1942 na Apelação Cível nº 7.377, conforme sintetizado por Victor Nunes Leal<sup>106</sup>.

Miguel Seabra Fagundes admitia a intervenção do Poder Judiciário para determinar ao Poder Público inerte uma atuação no sentido de preservar o patrimônio cultural<sup>107</sup>.

Hely Lopes Meirelles informa que “quando o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido, em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público (ação civil pública) ou do cidadão (ação popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo que faça a proteção”<sup>108</sup>

De igual forma, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz posicionou-se em parecer proferido na ApCiv 700199227, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul<sup>109</sup>, com indicação de decisão também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, diante de omissão da Administração, determinou o tombamento municipal de imóvel, com a fixação de responsabilidade solidária do Poder Público e do proprietário pela sua restauração interna e externa (Apelação Cível nº 70013861158, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, julgado em 02/05/2007)<sup>110</sup>.

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho tanto a ação popular (Lei nº 4.717, de 1965) quanto ação civil pública (Lei nº 7.374, de 1985) seriam pertinentes somente quando bens culturais estivessem sendo danificados ou em risco evidente<sup>111</sup>. Segundo este autor, em ponto sobre o qual se discorda sob o entendimento de que o risco para o patrimônio cultural é permanente (pois as ações destruidoras em geral ocorrem repentinamente, sem tempo para reações protetivas), o sistema jurídico não forneceria instrumento adequado para meramente se obter declaração de interesse cultural de algum bem.

Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior admite que os legitimados para a propositura de ação civil pública possam “exigir posturas concretas da Administração, no sentido de providências visando adoção de medidas com vistas à declaração do tombamento de um bem, ou mesmo de proteção daqueles já tombados”<sup>112</sup>. No mesmo sentido colhem-se as manifestações de Sandra Cureau<sup>113</sup>, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto<sup>114</sup>, Maria Coeli Simões Pires<sup>115</sup>, Lúcia Valle Figueiredo<sup>116</sup>, Toshio Mukai<sup>117</sup> e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves<sup>118</sup>.

Frederico Menezes Breyner<sup>119</sup> e Analúcia Hartmann<sup>120</sup> observam que é função do Judiciário, desde que acionado, afastar lesões decorrentes de omissões da Administração.

A prática do Poder Judiciário de deixar de analisar determinadas situações sob argumento de não invadir esfera de competência dos demais Poderes é objeto da crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na medida em que pode cancelar práticas arbitrárias.<sup>121</sup>

#### **4.6.3. Indenização por danos ao patrimônio cultural**

A imposição de indenizações por danos ao patrimônio cultural também pode ser vista como fator de acautelamento. Maria Coeli Simões Pires observa que a ação civil pública de responsabilidade por danos pode ser alçada à condição do “mais eficiente mecanismo de proteção dos interesses coletivos”<sup>122</sup>.

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

A Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública) dispôs nos incisos I e IV de seu artigo primeiro sobre a possibilidade de responsabilização por danos materiais e morais causados ao meio ambiente e a qualquer outro interesse coletivo ou difuso. Mariana de Cássia Araújo referiu-se ao posicionamento de Teori Albino Zavascki, no sentido de que a Lei nº 7.437/1985 fundamentou o desenvolvimento de uma corrente de opinião, que se tornou majoritária, quanto à admissão de indenização por danos morais de natureza transindividual<sup>123</sup>.

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

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



Marcos Paulo de Souza Miranda indica acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em apelação contra sentença em ação civil pública (APCiv. 139.525-0/5-00, Rel. Ademir Benedito, j. 11.06.2007) que, na forma de sua ementa, situa a questão da indenização por danos morais à coletividade nos seguintes termos, em tudo aplicáveis às lesões ao patrimônio cultural: “a violação a direitos difusos não é, via de regra, patrimonial, mas sim moral, por atuar na esfera das convicções e impressões subjetivas de um número indeterminável de pessoas acerca dos fatos, em como estas pessoas reagem a esses fatos”<sup>124</sup>.

Marcos Paulo de Souza Miranda observa ainda que, no âmbito civil, a responsabilidade do violador de normas de proteção ao meio ambiente cultural é objetiva; independe de culpa conforme artigo 14, § 1º da Lei 6.938/1981 c/c artigo 927, parágrafo único do Código Civil<sup>125</sup>.

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

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

## CONCLUSÃO

A função social justifica e conforma o direito de propriedade. As limitações aos poderes do proprietário, que se revelam no contexto social com suporte na Constituição Federal, deixaram de ser fatores externos à propriedade e passaram a integrar a própria configuração do direito.

Os bens culturais desempenham uma função social constitucional, na medida em que são elementos fundamentais da civilização e da cultura dos povos.

Não é o Poder Público que confere ao bem as características do patrimônio cultural. O valor cultural é característica que determinado bem possui em razão de sua especial relevância para uma comunidade, que tem assim legítimo interesse na sua preservação. Portanto, a concretização da promoção e da proteção do patrimônio histórico imobiliário

representa o cumprimento de uma função social, delineada no artigo 216 da Constituição, intrínseca ao direito da propriedade de bem submetido a estatuto dominial próprio.

O valor histórico-cultural inerente a determinados bens integra assim as suas configurações concretas e impõe a concepção de um estatuto dominial próprio para os bens culturais, com o objetivo de preservar a função social com a conservação do valor cultural, para o desfrute da presente e das futuras gerações.

Os diversos instrumentos estabelecidos no § 1º do artigo 216 da Constituição para a preservação dos bens culturais integram sistema único, cuja base se encontra na análise de elementos fático-probatórios para declaração de valor cultural como uma operação de concretização de conceito jurídico indeterminado, passível de amplo controle jurisdicional.

Portanto, o exercício do poder discricionário não se relaciona com a declaração de valor cultural do bem, mas sim com a efetivação de sua proteção, que somente pode ser afastada mediante suficiente motivação, na hipótese de colisão com outros direitos constitucionais também de natureza difusa.

A omissão do Poder Público nas questões relativas ao patrimônio cultural brasileiro não configura exercício de poder discricionário. Pode ser corrigida pelo Poder Judiciário, assim como as ações não devidamente motivadas, que acarretem danos aos valores culturais.

---

#### NOTAS

<sup>1</sup>Os termos histórico e histórico-cultural são aqui utilizados como equivalentes.

<sup>2</sup>Em uma crônica de 1928, Manoel Bandeira conta sobre o desaparecimento do Solar de Megaípe, uma antiga residência colonial no Estado de Pernambuco. É uma história que, em linhas gerais, retrata uma situação que parece se repetir com frequência: “Já ouvi explicar o gesto lamentável do atual proprietário de Megaípe do seguinte modo: o usineiro teria botado abaixo a velha casa para não entregá-la ao patrimônio público. Quem me contou esse caso estava cheio de admiração pela façanha cívica do senhor de engenho, que ele comparou à de não se que herói da guerra dos holandeses incendiando os seus canaviais para não os abandonar nas mãos do invasor. Não acreditei. O sr. Júlio Belo afirmou que o sr. João Lopes de Siqueira Santos é um homem bom, e um homem bom não procederá assim.

Também não acredito, como o sr. Júlio Belo, que a culpa daquele feio gesto caiba à Usina. Esta Usina com U grande está aqui como símbolo de modernidade sem entranhas, de civilização duramente materialista, de dinamismo atropelante. Não me parece razoável tanta prevenção contra a usina. (Eu vejo a usina com u pequeno, isto é, um aparelhamento aperfeiçoado, fornecendo maior rendimento e permitindo aos nossos fabricantes de açúcar concorrerem com os produtores de Java e da América Central. Esses métodos de uma técnica industrial econômica podem perfeitamente coexistir com o amor das belas coisas e o culto da tradição aproveitável, como de resto sei que coexistem no próprio sr. Júlio Belo.). (...).

Tradicionalistas pobres de Pernambuco, de Pernambuco e de todo o Brasil, o momento é bem duro para nós que não dispomos senão de lágrimas líricas. Depois da casa de Megaípe chegará a vez da Sé Velha da Bahia ... O caso é pior. (...)”. BANDEIRA, Manoel. Um purista do estilo colonial. In **Crônicas da província do Brasil**. Organização, posfácio e notas: Júlio Castañon Guimarães. 2ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2006, p. 61 - 63.

<sup>3</sup> “É que, muito embora os bens culturais não sejam necessariamente bens históricos, não há a menor dúvida de que constituem a base da grandeza e riqueza do patrimônio cultural de um país com uma longa e rica história (...)”. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 17.

<sup>4</sup> “Pois bem, também no domínio da proteção do patrimônio cultural não podemos deixar de ter presente a regra do bom senso, a que os povos, há muito tempo, deram expressão linguística em aforismos bem conhecidos como ‘o ótimo é inimigo do bom’ ou ‘quem tudo quer tudo perde’. Na verdade, uma pretensa proteção superlativa dos bens culturais pode, afinal de contas, redundar numa proteção bem menor ou mesmo numa desproteção total desses mesmos bens.”. NABAIS, José Casalta, **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 26.

<sup>5</sup> “Um imenso patrimônio arquitetural desaparece na indiferença generalizada das pás dos demolidores. Mesmo quando a administração pública não é o autor das destruições ela não se opõe a ele. A fórmula é: ‘Não podemos conservar tudo’; ela serve de pretexto para demolir tudo”. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. Tradução Ivone Salgado. Campinas – SP: Papirus, 1990, p. 131 – 132.

<sup>6</sup> “Poucos conceitos são de elucidação tão difícil quanto o conceito de cultura. Isso se deve não à dificuldade intrínseca de analisar um determinado fenômeno objetivo chamado ‘cultura’, mas à própria complexidade de sua história como conceito, que impossibilita qualquer fácil acesso a seu significado. Assim, é seguindo sua história como conceito e distinguindo as diversas experiências que contribuíram para sua formação que se esclarecerão seus diferentes significados e as origens de uma série de conceitos de cultura. Em outras palavras, pode-se dizer que o termo ‘cultura’ é ele próprio cultural, na medida em que, como produto de um desenvolvimento histórico, de um diálogo da sociedade consigo mesma, ele traz as marcas de sua formação [...]”. SCHELLING, Vivian. **A presença do povo na cultura brasileira: ensaio sobre o pensamento de Mário de Andrade e Paulo Freire**. Tradução de Frederico Carotti. Campinas: Unicamp, 1990, p. 21.

<sup>7</sup> “A preservação do meio ambiente, natural e cultural, não pode ser global, porque isto implicaria impedir qualquer intervenção antrópica modificativa do meio ambiente e manteria estático o processo cultural. Preservar toda intervenção cultural humana na natureza ou toda manifestação cultural é um absurdo e uma contradição, porque à guisa de proteger as manifestações passadas, se estaria impedindo que a cultura continuasse a se manifestar. Implicaria não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocado o meio ambiente natural, seria matar a vida. Se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas, não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social.” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

<sup>8</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251-252.

<sup>12</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 255.

<sup>13</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15.

<sup>14</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48.

<sup>15</sup> “Os bens de valor cultural ou natural têm um valor destacado que representa, por si só, um bem imaterial de conteúdo não econômico, insuscetível de apropriação individual, já que pertence a todos os brasileiros. O valor contido nas coisas de interesse histórico, cultural ou natural é, em seu todo, um bem público de uso comum (*res communes iomnium*), encarado

como uma universalidade de direito, cuja conservação interessa a toda a sociedade. A comunidade nacional tem, outrossim, um direito subjetivo público de vê-lo protegido.” ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro, v. 10, abr/jun 2002, p. 44.

<sup>16</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo, v. 42, abr./jun. 2007, p. 52.

<sup>17</sup> BOECHAT, Ricardo. Cultura: som sublime. **Isto é**. Ano 32, n. 2089, 25 nov. 2009, p. 34.

<sup>18</sup> PARAITINGA: São Paulo pode ter perdido maior conjunto de edificações do século 19. **Correio Braziliense**, Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://correio braziliense.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

<sup>19</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 60.

<sup>20</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 32.

<sup>21</sup> RODOTÀ, Stefano. **Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990, p. 253.

<sup>22</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, in **Temas de Direito Civil**. Tomo I, 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343 - 344.

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente, in **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 183 – 184.

<sup>25</sup> “La proprietà chiamata ad assolvere la funzione sociale non è la proprietà-diritto soggettivo, ossia in quanto diritto soggettivo, è la proprietà come istituto giuridico’. Per giungere a questa conclusione è necessario continuare a concepire i limiti esclusivamente al di fuori della situazione di proprietà: e ciò comporta, anzitutto, la posizione di un contenuto essenziale della proprietà, come a priori rispetto a modificazioni o limitazioni; in secondo luogo il riferimento al concetto di istituto, sul quale si possono avanzare varie riserve, per le incertezze a cui dà luogo e la duplicazione che introduce.

Il difetto generale di questa impostazione è stato indicato nella insufficiente considerazione della posizione del soggetto proprietario: ‘bastava che fossero individuati, nel diritto positivo, vincoli attinenti all’attività del proprietario, perché tale insufficienza risultasse immediatamente’. È la stessa unilateralità di visione che si ritrova tutte le volte che si parla di un contenuto essenziale o normale della proprietà, ricorrendo sia ad argomenti di stampo prettamente giusnaturalista, sia ad un uso antistorico delle categorie pandettistiche: che vengono adoperati in luogo dell’esame del diritto positivo, il quale, lungi dall’offrire qualche appiglio per una costruzione di quel genere, si limita a disporre la ‘forma’ prescelta come mezzo legale per attuare mutamenti nel regime di appartenenza dei beni.

Si osserva, poi, che, quando pure esistesse una qualche garanzia costituzionale dalla quale argomentare il riconoscimento di un contenuto essenziale della proprietà, questa garanzia finirebbe col non avere alcun senso, non esistendo con caratteri autonomi ed unitari un istituto della proprietà. Il che è riconosciuto, sia pure senza giungere a conclusioni comparabili a quelle del Pugliatti, da numerosi autori che dall’analisi del diritto positivo argomentano l’esistenza di molteplici statuti della proprietà, varianti secondo la natura del bene considerato. V’è da chiedersi se, di fronte ad una conclusione che, direttamente o no, comincia ad operare nelle coscienze dei giuristi, il concetto di istituto della proprietà, così come è attualmente adoperato, conservi ancora qualche utilità.” RODOTÀ, Stefano. **Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990, p. 241 – 243.

<sup>26</sup> RODOTÀ, Stefano. **Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990, p. 266.

<sup>27</sup> RODOTÀ, Stefano. **Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990, p. 330.

<sup>28</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse – Um confronto em torno da função social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 193.

<sup>29</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária, in **Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

<sup>30</sup> “A limitação imposta a estes bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis suas propriedades, enquanto as limitações impostas a estes bens de interesse público são muito mais profundas porque modificam a coisa mesma, passando o Poder Público a controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social e o próprio Poder Público.” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p.23.

<sup>31</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 63.

<sup>32</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 83 – 84.

<sup>33</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 88.

<sup>34</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 88.

<sup>35</sup> “Os defensores da indenização em virtude do tombamento sustentam que, impedido de operar transformações na estrutura do bem tombado, seu proprietário perde a faculdade de transformar, por exemplo, uma casa de residência unifamiliar em um edifício com diversos apartamentos ou salas comerciais. Deixando de fazer esta operação ou impedido de vender o bem para essa finalidade, o proprietário estaria perdendo dinheiro ou tendo o seu patrimônio reduzido. Essa perda se resolveria com a indenização. Ora, essa possibilidade de um bem vir a ser transformado em outro ou de ser vendido para finalidade econômica mais vantajosa que a atual não pode ter a proteção jurídica para efeitos indenizatórios.

O Estado quando intervém numa propriedade, terá de levar em consideração, para indenizar ou não, a situação atual e concreta. O que está fora da realidade jurídica não pode ser objeto de apreciação para a reparação indenizatória. Assim, o tombamento de um teatro, por exemplo, afeta o bem naquela realidade e não a que o teatro poderia vir a ser, no futuro. A casa continuará funcionando, sem qualquer restrição. O único ônus para o proprietário, nessa hipótese, seria o de manter o prédio conservado. Não há, como se vê, dano. A casa continuará funcionando como sempre funcionou”. FARIA, Edimur Ferreira de. O tombamento e seus reflexos. in **Direito do Patrimônio Cultural Imóvel**, Maria Tereza Fonseca Dias e Carlos Magno de Souza Paiva (coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 85.

<sup>36</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 103.

<sup>37</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 104 – 105.

<sup>38</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2010, p. 105.

<sup>39</sup> “A planificação urbanística está sujeita, por isso, a uma série de limitações *in rebus ipsis*, tanto de carácter real, isto é, que decorrem das características e das qualidades das próprias coisas imóveis, como de carácter funcional, ou seja, que dizem respeito não às coisas em si mesmas, mas ao destino que elas recebem por determinação legal. É o que acontece, desde logo, com as disposições legais que, tendo em conta as qualidades naturais e funcionais de uma coisa imóvel ou de uma categoria de coisas imóveis, visam conservar a sua estrutura sem modificações. Estamos no domínio daquilo que a doutrina italiana designa por bens públicos ou bens de interesse público, que devem ser preservados de qualquer transformação urbanística. Por outras palavras, estamos perante situações em que a lei determina a preservação do existente.” CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 291.

<sup>40</sup> MAGALHÃES, Thiago Faria de Godoy. A importância do conceito jurídico indeterminado no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Esmape**, Recife, v. 12, t. 1, n. 25, Jan. jun. 2007, p. 371.

<sup>41</sup> “Deste modo, diante de um conceito jurídico indeterminado ou vago, cumpre ao julgador apreender o seu conteúdo e interpretá-lo, com base nas expressões de valores que constituem tal conceito, mas sempre atrelado ao caso concreto e ao momento em que estiver sendo aplicado, em face das variações dos significados e das específicas circunstâncias factuais.” SAUSEN, Marlise Scheid. A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 78, maio-jun/ 2009, p. 182.

<sup>42</sup> “Trata-se, pois, de conceito jurídico indeterminado, cabendo à Administração, por seus agentes, verificar, no caso concreto se o bem é dotado de uma das manifestações culturais previstas na lei”. FARIA, Edimur Ferreira O tombamento e seus reflexos, in **Direito do Patrimônio Cultural Imóvel**. Maria Tereza Fonseca Dias e Carlos Magno de Souza Paiva (coordenadores), Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78 – 87

<sup>43</sup> FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 35, abr./jun. 2008, p. 96.

<sup>44</sup> “Assim, é possível concluir que o adensamento de conceitos indeterminados ou valorativos, indicadores da relevância do bem, não oferece escolhas ilimitadas à Administração Pública. A determinação material daqueles conceitos atrai o dever de agir com vistas à integral satisfação do interesse veiculado na norma.

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

<sup>45</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: **Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66.

<sup>46</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Coord.). A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28.

<sup>47</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Coord.). A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

<sup>48</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107.

<sup>49</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: **Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 71.

<sup>50</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. **Revista CEJ**. Brasília, n. 36, jan./mar. 2007, p. 30.

<sup>51</sup> “Ora, saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada a lei. Dir-se-á que a lei não fornece os critérios para essa qualificação, não havendo, pois, referência legal para se apurar o erro ou acerto da qualificação. O argumento é em parte, mas não totalmente verdadeiro. A lei estabelece aqueles critérios, bastante vagos é certo, mas os estabelece. Para que um bem se considere integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, exige o art. 1º do decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937:

- 1, que esteja vinculado a fatos memoráveis da história do Brasil; ou
- 2, que tenha excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico; ou
- 3, que se trate de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem.

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

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

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

<sup>52</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.294.

<sup>53</sup> ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual, *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, n. 378, abr. 2009, p. 90.

<sup>54</sup> Conforme voto do Ministro Relator Celso de Mello na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 – Distrito Federal.

<sup>55</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 78.

<sup>56</sup> TESHEINER, José Maria. Estudo de Caso: Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 167, jan/2009, p. 404.

<sup>57</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16

<sup>58</sup> “Portanto, a atual Constituição coloca, no mesmo pé de igualdade, a proteção dos valores históricos e culturais e o meio ambiente como um todo.” MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p.1197.

<sup>59</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 122.

<sup>60</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 121-122.

<sup>61</sup> ”Cumpre advertir que a liberdade dada ao administrador não pode dar azo à arbitrariedade. O agente político deve, a princípio, acatar o parecer do órgão técnico que tenha recomendado o tombamento, sob pena de desconsiderar o comando constitucional que prevê ser dever do Estado proteger o patrimônio cultural e natural através de um instrumento jurídico adequado.” ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v. 10, abr/jun 2002, p. 54-55.

<sup>62</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 15, jul./set. 2008, p. 186.

<sup>63</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 42, abr./jun. 2007, p. 55.

<sup>64</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Inventário Nacional de Bens Imóveis: Sítios Urbanos Tombados: Manual de Preenchimento*. Versão 2001. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2006, p.10.

<sup>65</sup> INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL - INEPAC. *Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis - Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <<http://www.inepac.rj.gov.br>>. Acesso em 06 de nov. 2009.

- <sup>66</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, n. 42, Nov./dez. 2008, p. 66-67.
- <sup>67</sup> LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 1, jan./mar. 2005, p. 34.
- <sup>68</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, v. III, p. 48.
- <sup>69</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 772.
- <sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 111.
- <sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 112.
- <sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386.
- <sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 113.
- <sup>74</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.
- <sup>75</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 423-424.
- <sup>76</sup> “Assim, é certo que, uma vez reconhecido o caráter social do bem, em função de seu valor cultural ou natural, o qual justifica a medida de proteção, caberá ao Estado exercer o necessário poder de polícia para a garantia daquela preservação. Daí por que o poder de polícia fundamenta a ação protetora do estado em seus desdobramentos limitativos específicos, a partir do reconhecimento formal do valor social do bem via tombamento ou outro instrumento. Fundamenta também outras intervenções legais.” PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 98.
- <sup>77</sup> TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões econômicas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, v. 59/60, jan./dez. 2004, p. 197.
- <sup>78</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 86.
- <sup>79</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27.
- <sup>80</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo com colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125.
- <sup>81</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 51, jul./set. 2008, p. 192.
- <sup>82</sup> “O tombamento é ato administrativo que declara um valor cultural preexistente, que pode ainda não ter sido efetivado pelo Poder Público, apesar do interesse cultural do bem, seja por falta de tempo, por erro, culpa ou dolo. Neste caso, impõe-se a propositura da ação civil pública, como já está consagrado pela nossa jurisprudência: ‘não há restrição ao poder revisional dos Tribunais sobre o juízo da Administração, quando esta não reconhece os valores de vida referidos na lei 7.347/85. É da nossa organização política a posição superposta do Judiciário em face dos outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei (RT 658/91). Outrossim, qualquer cidadão pode propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. V, LXXII, da CF).” RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 21, jan./mar. 2001, p. 183-184.



<sup>83</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 204-205.

<sup>84</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.118.

<sup>85</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

<sup>86</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Introdução, v. 1, p. 579.

<sup>87</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 327.

<sup>88</sup> Marcos Paulo de Souza Miranda transcreve seguintes argumentos apresentados por Nelson Nery Júnior em parecer na Apelação TJSP 119.378 apud EI nº 55.415-3-02 – TJSP, j. 23/03/2001: “Não se exige o tombamento formal do bem para que se possa classificá-lo como de interesse histórico. Ou o bem é de interesse histórico ou não é. E sendo, já merece a proteção pela via da ação judicial (Lei nº 7.347/85). O tombamento é formalidade que torna *juris et de jure* a presunção de que o monumento tem valor histórico. Somente isso. Não pode constituir-se em requisito para que o patrimônio histórico possa ser protegido, o que seria desastroso principalmente num Estado como São Paulo, onde há muitos edifícios de valor histórico. O mesmo alvitre é propugnado pela doutrina alemã, a propósito da interpretação do art. 2º da Lei de Proteção aos Monumentos do Estado da Baviera, de 25.06.1973. Esse art. 2º estipula a necessidade de haver um rol dos bens tombados (*Denkmalliste*), que devem sê-lo *ex officio*, dando-se ciência ao proprietário. Em comentário a esse dispositivo já se afirmou que o ingresso do bem no rol dos bens tombados, segundo o sistema da Lei de Proteção aos Monumentos, não é condição nem para classificá-lo como bem de valor arquitetônico, nem para a aplicabilidade da Lei de Proteção aos Monumentos (*Erbel-Schiedermals-Petzet, Bayerische Denkmalschutzgesetz, Munchen*, 2ª ed, Comentário n. 2, I, 1, ao art. 2º, p. 41).” MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Comentários à jurisprudência: 3.1. A desnecessidade do ato de tombamento para a preservação de bem dotado de valor cultural. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 9, jul./dez. 2007, p. 415-416.

<sup>89</sup> O que ocorrerá, nas questões relacionadas com a aplicação da lei do patrimônio histórico e artístico, é que os tribunais, embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, se inclinarão a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado. LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. **Problemas de direito público**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 248-249.

<sup>90</sup> “Havendo a desvinculação do patrimônio cultural com o ato de tombamento, pode-se então dizer que o tombamento é constitutivo de efeitos determinados na lei, quer dizer, enquanto o bem não está tombado não está protegido contra atos do proprietário ou de terceiros que o possam mutilar, alterar ou destruir. Isto não significa que ele não seja integrante do patrimônio cultural, inclusive protegido por outros instrumentos. Tampouco significa que o Poder Público possa deixar de agir, em casos de bens não tombados mas de flagrante valor cultural, por ser referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como determina a Constituição. O que está resolvido aqui, falta resolver o como. E o como diz respeito à possibilidade de qualquer pessoa, o Ministério Público e até mesmo dos órgãos estatais, buscar em Juízo o reconhecimento de valor cultural para que se providencie a adequada proteção, independente do tombamento.” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 87.

<sup>91</sup> “A mera transferência da propriedade, ainda que não haja qualquer cláusula expressa indicando o dever de o novo proprietário assumir a obrigação inerente ao bem, faz com que a obrigação *propter rem* seja por esse assumida.” BONIZZATO, Luigi. **Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125.

<sup>92</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Da competência constitucional administrativa**. Curitiba: Genesis, 1995, p.60.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 171.

---

<sup>94</sup>PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 120.

<sup>95</sup>MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 130.

<sup>96</sup>“Ora, se é assim, se há um poder-dever da Administração no ato de tombamento, jamais esse ato pode ser discricionário; ao contrário, sendo vinculado esse ato, se um imóvel tiver valor histórico, natural ou artístico ou, ainda, arqueológico, não há como a autoridade deixar de tombá-lo, pois, constitucionalmente, pesa-lhe o dever de fazê-lo”. MUKAI, Toshio. **Direito urbano e ambiental**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 194.

<sup>97</sup>CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 9, out./dez. 2003, p. 193.

<sup>98</sup>GASPARINI, Audrey. **Tombamento e direito de construir**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 81-82.

<sup>99</sup>LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 1, jan./mar. 2005, p. 34.

<sup>100</sup>SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. **Direito Penal Ambiental. Revista de direitos difusos**. vol. 18, março-abril/2003, p. 2478.

<sup>101</sup>“Mais adiante, o § 1º deixa perfeitamente claro que o tombamento prévio não é requisito único para que um bem possa integrar o patrimônio cultural brasileiro, estando previstos ainda outros meios como inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Dentre esses últimos, é de se destacar a preservação pelo Poder Legislativo através de lei específica e pelo Poder Judiciário através de decisão judicial.” RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 21, jan./mar. 2001, p. 184.

<sup>102</sup>“Aliás, o dispositivo constitucional não reclama regulamentação, fazendo crer que qualquer outro instrumento que permita o acautelamento e a preservação do patrimônio cultural possa ser utilizado para esses fins, não se tratando de numerus clausus.

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

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

<sup>103</sup>DIAS, Edna Cardozo. Patrimônio Cultural. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p. 1212.

<sup>104</sup>MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 930.

<sup>105</sup>CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.37.

<sup>106</sup> “O ministro OROZIMBO NONATO entendeu que ‘o Conselho do Patrimônio não decide soberanamente se determinado prédio é ou não monumento histórico’, devendo o judiciário ‘em espécie, ou em caso concreto apreciar a legalidade do ato’. ‘Podemos rever a decisão do Conselho’ – disse o ministro LAUDO DE CAMARGO -, devendo o processo voltar à Turma, ‘para que se verifique se, de fato, se trata de monumento histórico’. O ministro CASTRO NUNES concordava ‘em princípio’, ‘com restrições decorrentes do próprio ensinamento da jurisprudência’, mas, apesar das reservas antecipadas em tese, examinou a prova no julgamento de mérito pela Turma. O direito de provocar o exame do judiciário sobre tais provas – disse ele – assiste a todo proprietário atingido pelo tombamento, como decorrência ‘da sujeição dos atos administrativos de qualquer natureza ... ao controle judicial’. Por isso, considerava inoperante o dispositivo legal que não admite recurso das decisões do Conselho Consultivo do S.P.H.A.N., ‘se se quiser entender que essa vedação alcança o judiciário’. [...]. O ministro FILADELFO AZEVEDO também reivindicou a faculdade de apreciar a classificação feita pelo órgão administrativo, o que fazia, ‘embora sob os mais discretos contornos e a fim de evitar que sob a aparência de técnica se disfarcesse o exagerado arbítrio ou a injustiça notória’. Ambos, porém, apreciando o laudo pericial do Prof. PEDRO CALMON, mantiveram o tombamento impugnado.” LEAL, Victor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. Problemas de direito público*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 243-244.

<sup>107</sup> “E como a Administração Pública pode ferir o interesse geral, tanto por ação como por omissão – e nesse campo até muito por omissão – a actio popularis não se há de restringir aos casos de bens, sítios ou paisagens, que o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico haja tombado, seja pelo seu vinculamento a fatos memoráveis da história pátria, seja pelo seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico, seja ainda pelas suas qualidades naturais acrescidas pela indústria humana (Dec.-lei nº 25, de 30.11.1937, art. 1º). Se assim não se entender, desaparecerá uma das oportunidades mais úteis para o uso da ação popular nesse setor, que é o de compelir a Administração Pública a maior zelo ao inventariar e defender o patrimônio espiritual da comunidade, ligado a bens de valor histórico, artístico ou paisagístico. É certo que essa matéria envolve a apreciação do mérito de atos administrativos (a valia dos bens sob aqueles aspectos), mas também ocorre apreciação de mérito nos casos em que, sendo tombado o bem, se impugnem medidas administrativas, sob o fundamento de que o prejudicam. O que acontece é que o alargamento do controle jurisdicional, além do aspecto de legitimidade, resulta da vontade da lei, porquanto consequência necessária da ampliação do conceito de patrimônio para os fins de propositura de ação popular. Aqui há destarte, como consequência virtual do tratamento que o legislador emprestou à matéria, uma exceção ao princípio excludente da apreciação do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização de Gustavo Binenbojm. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 437-438, nota 220.

<sup>108</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Atualização de Andrade Azevedo com colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 128.

<sup>109</sup> LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz. Pareceres: Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 47, jul./set. 2007, p.194.

<sup>110</sup> LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores. Pareceres: Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 47, jul./set. 2007, p. 195.

<sup>111</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.

<sup>112</sup> WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199.

<sup>113</sup> SANDRA CUREAU, Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, n 9, out./dez. 2003, p.194.

<sup>114</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 51, jul./set. 2008, p. 192.

- 
- <sup>115</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 325.
- <sup>116</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.
- <sup>117</sup> MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p.1201.
- <sup>118</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro, v. 10, abr/jun 2002, p. 44.
- <sup>119</sup> BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. **Revista Ciência Jurídica**. Belo Horizonte, n. 139, jan./fev. 2008, p. 136-137.
- <sup>120</sup> HARTMANN, Analúcia; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Org.); HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras (Org.); CAZETTA, Ubiratan (Org.). A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 406.
- <sup>121</sup> “Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.
- <sup>122</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 301.
- <sup>123</sup> ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Porto Alegre, n. 378, abr. 2009, p. 101.
- <sup>124</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p. 241-242.
- <sup>125</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p. 243.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 29-57, abr./jun 2002.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Porto Alegre, n. 378, p. 77-112, abr. 2009.
- BANDEIRA, Manoel. Um purista do estilo colonial. In **Crônicas da província do Brasil**, organização, posfácio e notas: Júlio Castañon Guimarães. 2ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2006.
- BOECHAT, Ricardo. Cultura: som sublime. **Isto é**. ano 32, n. 2089, p. 34, 25 nov. 2009.
- BONIZZATO, Luigi. **Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. **Revista Ciência Jurídica**. Belo Horizonte, n. 139, p. 125-144, jan./fev. 2008.
- BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos; GARCIA, Emerson (Org.). A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti. **Tratado de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, v. 3.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 1989.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 51, p. 185-192, jul./set. 2008.
- CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 9, p. 189-195, out./dez. 2003.

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

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

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

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

FARIA, Edimur Ferreira de, O tombamento e seus reflexos, in **Direito do Patrimônio Cultural Imóvel**. Maria Tereza Fonseca Dias e Carlos Magno de Souza Paiva (coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

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

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

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

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

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

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

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

HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. Tradução Ivone Salgado. Campinas – SP: Papyrus, 1990.

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

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

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

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

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

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

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

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

LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária, in **Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Comentários à jurisprudência: 3.1. A desnecessidade do ato de tombamento para a preservação de bem dotado de valor cultural. **De Jure**:

**Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte, n. 9, p. 412-416, jul./dez. 2007.

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

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

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

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

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

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

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

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

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata.** Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, in **Temas de Direito Civil**. Tomo I, 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente, in **Temas de Direito Civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: renovar, 2009.

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

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

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse – Um confronto em torno da função social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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