

## A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS BENS CULTURAIS

CARLOS FREDERICO MARES DE SOUZA FILHO

Procurador-Geral do Estado do Paraná. Professor de Direito Ambiental da PUC-PR. Diretor Técnico do Núcleo de Direitos Indígenas. Membro do ICOMOS.

1. Introdução — 2. O bem cultural e o direito — 3. Os instrumentos de proteção aos bens culturais — 4. O tombamento e outros instrumentos de proteção — 5. A legislação federal de proteção — 6. As leis estaduais e a proteção cultural — 7. O Município e a proteção jurídica dos bens culturais.

### 1. INTRODUÇÃO

É notável a importância dos valores culturais para as nações modernas. A busca de manutenção ou reencontro da identidade cultural, neste mundo de rápidas alterações de costumes, é traço fundamental para os povos, basta ver com que força brotaram as tradições e a identidade cultural no leste europeu, povos que pareciam adormecidos em seu orgulho nacional retomam sua identidade com disposição guerreira. São fartos os exemplos da História em que os povos lutam não apenas por sua liberdade, mas identidade nacional.

Os valores culturais de cada povo, sua identidade, são representados por bens, materiais ou imateriais, que se tornam juridicamente protegidos em virtude de lei. Neste século, de uma ou outra forma, todos os países incluíram em suas legislações o processo, o critério e o alcance da proteção destes bens culturais. A partir da Segunda Guerra Mundial os organismos internacionais passaram a dar ênfase especial a esta proteção a ponto de estabelecerem convenções e acordos para a preservação do patrimônio cultural da humanidade, que nada mais é do que o conjunto dos principais bens representativos de cada povo.

Apesar desta cada vez mais presente consciência pela proteção de bens culturais e a existência de legislação protecionista, não há dúvida de que estes bens estão em perigo e com eles a própria essência das culturas representadas. Aqui a ameaça de secas e enchentes, acolá de bombas e batalhas, em outra parte a especulação e a ganância, mas sempre ameaças e argumentos prontos a destruí-los, desfigurá-los, desvalorizá-los. Exatamente por isto, assim se expressa, de forma tão elegante quanto precisa,

a UNESCO, em importante trabalho de divulgação sobre a importância dos países preservarem e bem cuidarem do patrimônio cultural da humanidade: “Templos e castillos, grutas de cazadores paleolíticos, sabanas, glaciares, palacios barrocos, salinas, frescos medievales, ruinas misteriosas de los desiertos de Asia y de los bosques americanos, peñones y catedrales, Moenjodaro y Roma, estatuas e volcanes...? Que tienen en comun estos edificios y estos espacios vírgines, separados por miles de kilómetros o decenas de siglos, estas maravillas naturales y culturales, tanto objeto díspares? Todos poseen dos características: *En primer lugar, cada uno de ellos es considerado único, invaluable, irremplazable.* Todos esos bienes forman parte del patrimonio mundial, cultural y natural. *En segundo lugar, todos están en peligro* (grifos no original).<sup>1</sup>

Para proteger estes bens, para preservá-los do risco que correm seja de agentes naturais seja da ação predadora do próprio homem, é necessária a presença do Estado e do Direito, criando normas e ações reguladoras e protetoras. A verdade é que o interesse cultural de que se revestem determinados bens assume tal relevância para a sociedade que sua proteção se impõe ao ordenamento jurídico, que já não pode se omitir de tal proteção. Não se trata de proteção a interesses particulares ou individuais, nem a interesses do Estado, mas, efetivamente, proteção a interesses difusos, do povo, da sociedade, sem um titular imediato e exclusivo, mas cuja titularidade se estende a todos e é exercida por pressuposto de consciência e abnegação. Ou, como muito bem se expressou o Juiz de Direito José Renato Nalini, em artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*: “O interesse histórico e artístico responde a um particular complexo de exigências espirituais cuja satisfação integra os fins do Estado. E, em substância, uma especial qualificação do interesse geral da coletividade, como o interesse à sanidade, à moralidade, à ordem pública, etc.”.<sup>2</sup>

O conjunto da legislação protecionista pertence ao amplo espectro do Direito Público, porque trata de definições de interesse público sobre bens que ficam sob a tutela da Administração, ainda que sejam de domínio privado. A relevância e a importância que vem assumindo a preservação destes bens se pode medir exatamente pela evolução de seus institutos, e esta evolução vem se dando no Brasil a partir de formulações constitucionais, isto é, os conceitos de preservação cultural estão cada vez mais inseridos diretamente na Constituição, a ponto de a Carta de 1988 consagrar não apenas o princípio da preservação cultural, mas estabelecer com relativa precisão o alcance e os limites dessa preservação.

## 2. O BEM CULTURAL E O DIREITO

A preservação cultural, porém, não pode ser global, no sentido de que toda intervenção cultural do homem na natureza ou toda manifestação cultural deva ser preservada, porque isto implicaria em não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como

preservar intocável o meio-ambiente natural seria matar a vida, se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas na natureza, não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social. Se a sociedade preservasse integralmente o processo têxtil, possivelmente não teria sido criada a máquina a vapor, que surgiu em substituição às velhas técnicas manuais de fiação; não havendo máquina a vapor, não haveria indústria moderna, nem o motor a explosão, nem tratores, nem aviões, o que poderia comprometer a produção em escala e, em conseqüência, a própria vida do homem sobre a terra. Exatamente por isto, a preservação deve ser feita pela individuação de bens que de uma forma ou outra tornam-se representativos, evocativos ou identificadores da história da sociedade humana e da cultura de um modo geral. Entretanto, ainda que individuados, estes bens formam um conjunto que é o patrimônio cultural do Município, do Estado, da Nação ou mundial.

Para proteger um bem cultural é necessária a sua individuação, de tal modo que, móvel ou imóvel, ele possa ser exatamente localizado, reconhecido e publicamente tido como bem cultural preservável. Por isto, não só o conceito de bem cultural como o processo de sua constituição tem que estar expresso na lei.

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

Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público — sejam eles de propriedade particular ou não —. Aliás, isto ocorre não apenas com os bens culturais, mas também com os ambientais em geral. Esta nova relação de direito entre os bens de interesse cultural ou ambiental com o Estado e os particulares vem dando margem a uma nova categoria de bens, os bens de interesse público, que não se reduz apenas a uma especial vigilância, controle ou exercício do poder de polícia da administração sobre o bem, mas é algo muito mais profundo e incide diretamente na sua essência jurídica. A limitação imposta aos 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, diretamente, 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, que passa a ser corresponsável, interessado e legitimado para sua proteção, além do próprio Poder Público.<sup>3</sup>

Ao mesmo tempo que a cidadania passa a ter direitos em relação ao bem cultural, como a visualização, a informação e o direito a exigir da Administração a sua manutenção e conservação, passa a ter obrigações em relação a ele, que estão diretamente ligados a sua proteção, constituindo crime qualquer agressão a ele cometida.

O conjunto dos bens culturais é chamado pela lei de patrimônio cultural nacional ou patrimônio histórico e artístico nacional. Chamam a atenção duas palavras deste conceito, patrimônio e nacional. A idéia de patrimônio é juridicamente atécnica, como dizia Alibrad,<sup>4</sup> e quer significar o acervo dos bens culturais relevantes para a Nação, significa a soma de bens de diferentes proprietários, que por sua vez podem ser públicos ou privados. Embora atécnico o termo é reconhecido pelo Direito de praticamente todos os povos e, inclusive, nos textos legais internacionais, constando de tratados e convenções, especialmente da Convenção da UNESCO, de 14.11.70, que define o que deve compor o "patrimônio cultural nacional" de cada Estado. Tendo em vista esta aceitação universal, o Direito brasileiro, especialmente a vigente Constituição de 1988, consagra a palavra patrimônio não apenas para designar o acervo cultural, mas para nomear outros acervos com característica assemelhada (bens de propriedades diversas, mas revestidos de especial interesse público), como o patrimônio ambiental, genético e até mesmo incluindo no patrimônio nacional o mercado interno (art. 219).

O adjetivo nacional como se tem qualificado este patrimônio chama igualmente a atenção, porque não se refere à nacionalidade do bem ou de seu autor, mas à localização, à territorialidade do bem cultural. A Convenção da UNESCO sobre exportação e importação de bens culturais define com bastante precisão o que se entende por nacional em relação aos bens culturais.<sup>5</sup> Diz a Convenção que são considerados nacionais aqueles: a) criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão; b) achados em território nacional; c) adquiridos por missão arqueológica, com consentimento das autoridades do país de origem; d) que hajam sido objeto de intercâmbio; e) recebidos gratuitamente ou comprados legalmente, com o devido consentimento das autoridades do país de origem.

Assim, a nacionalidade de uma obra ou bem cultural depende de ter sido produzida no território nacional ou de ter sido legitimamente adquirida. A legitimidade, neste caso é sempre dada pela autorização da autoridade do país originário. É claro que muitos países contestam esta definição, buscando recuperar um patrimônio cultural perdido para outro país em virtude do processo de colonização, ou de rapina internacional de tesouros, algumas vezes praticada com a autorização da eventual autoridade nacional.

Exatamente porque tantos e tão profundos são os problemas criados com a necessidade de proteção dos bens culturais, é imprescindível que cada país, região e cidade criem legislações protetoras e se construa um Direito que ultrapasse fronteiras na guarda e preservação dos bens culturais. A ameaça que sofre o patrimônio cultural é fruto da mesma ação predatória

que destrói a natureza e não é ato de pura maldade, corrigível com punições exemplares, é a conseqüência de um mundo que necessita produzir cada vez mais em menor tempo, somado à ganância do lucro cada vez maior e aos exageros da pura especulação. É imprescindível que o Direito ponha um freio nesta ação degradadora para fazer conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio-ambiente natural e cultural.

### 3. OS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AOS BENS CULTURAIS

Salvo esparsas e isoladas manifestações de autoridades, escritores e intelectuais, foi somente no século 20 que se iniciou no Brasil a proteção jurídica de bens culturais. Inserida no trabalho desenvolvido pela geração que promoveu a Semana de Arte Moderna de 1922, a idéia de propor uma lei de proteção ao patrimônio cultural somente se transformou em ordem legislativa em 1937.

O então Ministro de Educação e Cultura, Gustavo Capanema, resolveu, em 1936, implementar a Constituição liberal promulgada dois anos antes e chamou para lhe fazer uma proposta o então Diretor do Departamento de Cultura da Cidade de São Paulo, nada menos que Mário de Andrade.

Naquele ano ainda o Min. Capanema submetia ao Presidente Vargas um anteprojeto de lei de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O projeto tramitou muito rapidamente na Câmara, aprovado, foi ao Senado onde também recebeu aprovação, com emendas. Para que fossem apreciadas as emendas, voltou à Câmara e foi marcada a data de 10.11.37 para a discussão. Neste dia, por ironia da História, um golpe de Estado dissolveu o Congresso Nacional e entrou em vigor nova Constituição que, embora autoritária, era muito mais efetiva na defesa e proteção do patrimônio histórico.

Cumprindo a vontade constitucional,<sup>6</sup> o Estado Novo editou, com apenas 20 dias de existência, o seu 25.º decreto-lei, em 30.11.37, o Dec-lei 25, que organizava a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, e que era praticamente a cópia do projeto já aprovado na Câmara e Senado federais. A partir desta data o sistema jurídico brasileiro ganhou um instrumento legal para a proteção do patrimônio cultural, batizado popularmente como “Lei de Tombamento”.

Embora a legislação cultural de proteção tenha sido permanentemente aprimorada desde 1937, a grande, profunda alteração ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. A novidade mais importante trazida em 1988, sem dúvida, foi alterar o conceito de bens integrantes do patrimônio cultural, passando a considerar que são aqueles “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Pela primeira vez no Brasil foi reconhecida, em texto legal, a diversidade cultural brasileira, que em conseqüência passou a ser protegida e enaltecida, passando a ter relevância jurídica os valores populares, indígenas e afro-brasileiros. A tradição constitucional anterior

marcava como referência conceitual expressa a monumentalidade. Ao abandonar esta referência, o que a Constituição atual deseja proteger não é o monumento, a grandiosidade de aparência, mas o íntimo valor da representatividade, o profundo da identidade nacional, a essência da nacionalidade, a razão de ser da cidadania.

A inclusão de todos estes conceitos na nova Constituição brasileira não é apenas um avanço jurídico, no sentido de inovar na matéria constitucional,<sup>7</sup> mas traz efetivas alterações nos conceitos jurídicos de proteção: 1) consolida o termo “patrimônio cultural” que já era usado internacionalmente e estava consagrado na literatura brasileira, mesmo oficial, mas não na lei; 2) cria formas novas de proteção, como o inventário, o registro, vigilância e 3) possibilita a inovação, pelo Poder Público, de outras formas, além do tradicional tombamento e da desapropriação. Além disso o texto constitucional, ele mesmo, declara tombados bens que considera relevantes para o patrimônio cultural brasileiro, como os documentos e sítios dos antigos quilombos.

Porém, para que todos estes dispositivos protecionistas sejam efetivamente aplicados, será necessário novo esforço legislativo. Apesar das leis em vigor não se chocarem diretamente com o texto constitucional, estão muito aquém de sua vontade e determinação. É necessário, p. ex., regulamentar o inventário, o registro e dar nova roupagem e dimensão ao tombamento que restou acanhado na configuração que lhe deu o legislador em 1937.

#### **4. O TOMBAMENTO E OUTROS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO**

O tombamento é o ato administrativo da autoridade competente que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados. O tombamento se realiza pelo fato administrativo de inscrição ou registro em um dos livros do Tombo criados pela legislação federal, estadual ou municipal. No preciso dizer de Hely Lopes Meirelles: “É ato administrativo do órgão competente e não função abstrata da lei. A lei estabelece normas para o tombamento, mas não o realiza em cada caso”.<sup>8</sup>

O ordenamento jurídico cria o tombamento, as normas para sua utilização, os poderes da Administração de cuidar, preservar e até mesmo interferir no bem tombado, os direitos e deveres da Administração e dos particulares, assim como o órgão competente para sua execução.

Enquanto registro, o tombamento é procedimento cartorial, mera inscrição do ato administrativo no livro do Tombo; mas como ato é complexo, se inicia com a notificação do proprietário e o tombamento provisório, cautelar, do bem. Abre-se um contraditório e, finalmente, o julgamento cabe a um colegiado. O tombamento federal depende de homologação no Ministro encarregado da Cultura. O tombamento individualiza o bem, seja ele coletivo ou singular (uma casa, um quadro, uma zona

urbana ou uma coleção), colocando-o sob especial regime que torna proibida sua mutilação, destruição ou demolição e dependente de autorização expressa a realização de obras de reparação, restauro ou mesmo pintura.

O tombamento pertence ao mundo do Direito Público, é instituto do Direito Administrativo porque se relaciona com a possibilidade e o dever do Estado de realizar um fim público. É um ordenamento cogente para a Administração — uma vez tombado o bem a Administração passa a ter a obrigação de conservá-lo e protegê-lo — e limitativo da propriedade privada. Ou, como diz Chetella Júnior: “Instituto de direito administrativo, o tombamento se caracteriza por ser disciplinado por um feixe de normas de direito público, exorbitantes e derogatórias do direito comum”.<sup>9</sup>

Embora os tribunais não venham dando guarida à tese de que as restrições impostas pelo tombamento sejam servidões de natureza indenizável, esta é a posição claramente defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera o ato de tombamento contrário ao direito de propriedade que assiste ao titular do bem atingido. Entende o professor que o tombamento, quando individualiza e particulariza o bem, promove um sacrifício de direito individual, assemelhando-se às servidões, sendo completamente diferente o tombamento genérico, como de um Centro Histórico ou de uma cidade, que na verdade se assemelha a uma limitação urbanística, e como tal deve ser tratada. Bandeira de Mello conclui, em seu artigo “Tombamento e dever de indenizar”, que a indenização é a regra, podendo a ela serem estabelecidas exceções.

Posição diametralmente oposta é assumida pela maior parte da literatura jurídica brasileira, como José Afonso da Silva, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia de Pietro, Diogo de Figueiredo, Paulo Afonso Leme Machado, Fernando Andrade de Oliveira, que consideram a regra do tombamento a não indenização, podendo, eventualmente, haver exceções, quando a restrição atinge tal grau de esvaziamento da propriedade que ela fica destituída de substância econômica. Porém, neste caso, já não se trata de tombamento, mas de desapropriação, por conceito e fundamento, indenizável.

O tombamento de uma região ou de uma cidade inteira é idêntico ao tombamento de um único prédio, porque, mesmo quando trata de área inteira, o tombamento individualiza o bem, dando diferentes graus de proteção a um ou outro imóvel, podendo alguns, por seu especial valor individual, serem rigorosamente preservados e outros sofrerem apenas adequação ambiental e limites nas reformas.

Na verdade não se trata de saber se o tombamento ou o reconhecimento de valor cultura de um bem determinado enseja para o Poder Público o dever de indenizar, porque não se pode admitir que o simples fato de reconhecer qualidade de monumentalidade ou de elemento identificador da cultura nacional seja gerador de prejuízo ao particular. O que poderia ser indenizável seria um prejuízo atual que sofresse um proprietário pelo fato de ser necessária a preservação de determinado bem. Mas o prejuízo deve

se configurar como atual e não futuro e eventual. O argumento de que o simples fato de impor limitações a um bem determinado gera uma diminuição de valor é, quando menos, ingênuo, já que em determinadas circunstâncias esta declaração pode agregar valor ao bem. Este é o caso genérico dos bens móveis: todo bem móvel declarado de valor cultural passa a ser valorizado financeiramente. Não ocorre o mesmo com os bens imóveis em função da especulação imobiliária que deseja demolir para construir mais metros quadrados, portanto, de forma geral o tombamento não traz um prejuízo, mas uma limitação à especulação. Se se pensar em outros valores que não os de especulação, a necessidade de moradia, o uso para fins comerciais ou públicos ou ainda os valores mais perenes, de tradição, história etc., por certo que esta declaração faz aumentar o valor dos bens.

Esta discussão sobre a necessidade de indenizar pela simples declaração de interesse cultural tornar-se-á antiga na medida em que o novo conceito jurídico de propriedade, introduzido em algumas leis urbanísticas, que separa deste direito individual o direito de construir, passe a ser reconhecido pelo ordenamento brasileiro. O Direito Ocidental começa a reconhecer a existência de um direito autônomo — *jus aedificandi* — de domínio público, pelo qual o proprietário tem que requerer concessão ao Poder Público para edificar em terreno de sua propriedade. Será, então, concedida a construção desde que seja compatível com as limitações urbanísticas, ambientais, de proteção do patrimônio cultural edificado, entre outras.<sup>10</sup>

Deve ficar claro, porém, que o patrimônio cultural não é apenas o conjunto dos bens incluídos nos livros do Tombo, como enganosamente dá a entender o Dec.-lei 25/37. A legislação posterior abre portas à declaração de interesse cultural e, portanto, à inclusão de bens no patrimônio cultural nacional por outras vias, que não o tombamento.

A inscrição no livro do Tombo é ato discricionário da Administração, que é soberana ao decidir da oportunidade de iniciar o processo de verificação do valor cultural do bem. Isto quer dizer que somente ela tem legitimidade para reconhecer valor cultural protegível em qualquer bem, mas não apenas em reconhecer, mas em provocar o processo que culmine neste reconhecimento. A partir do início dos anos 60, porém, se iniciou em todo o mundo uma tomada de consciência da necessidade da cidadania interferir na defesa dos chamados interesses difusos e coletivos. Esta consciência ganhou impulso ao lado de um verdadeiro movimento de defesa do meio-ambiente, que chegou a seu auge 20 anos depois e se mantém com muita intensidade. Por outro lado, talvez como resposta à esta presença, e exigência da cidadania, o Direito Público foi criando instrumentos cada vez mais eficazes para o controle da legalidade dos atos da Administração e no Brasil duas espécies de ações judiciais já foram formalizadas na lei para cumprir esta finalidade, a ação popular e ação civil pública.

A ação popular (Lei 4.717, de 29.6.65), embora vise a anular atos lesivos ao patrimônio público, não pode ser utilizada para obrigar a Admi-



nistração a realizar obras de preservação, restauro ou tombamento de bens. A ação popular não faz com que o Judiciário possa substituir opções administrativas legais, nem alterar critérios técnicos.<sup>11</sup> Neste sentido, a ação não “cria” bens do patrimônio cultural, mas pode ser utilizada para protegê-los, uma vez criados pela Administração.

Muito diferente é o caso da ação civil pública (Lei 7.347, de 24.7.85), que representa um evidente avanço na proteção do ambiente natural e cultural e nos direitos da cidadania. Enquanto a ação popular e a ação do cidadão contra o ato administrativo lesivo ao patrimônio público, a ação civil pública é contra o Estado e particulares que causem danos ao meio ambiente, consumidor ou patrimônio cultural. Pode não só anular atos como exigir obrigações de fazer ou não fazer, abrindo ampla possibilidade de defesa do patrimônio cultural, independentemente do tombamento. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, “ser bem ao direito de valor artístico, histórico, turístico ou paisagístico”, pode ser provado no curso da ação, possibilitando ao Juízo reconhecer tratar-se de bem pertencente ao patrimônio cultural.<sup>12</sup>

A tradição legislativa brasileira é no sentido de reconhecer, por meio da própria lei, bens do patrimônio cultural. Assim, mesmo antes de 1937, do Dec.-lei 25, já existiam bens protegidos, como a cidade de Ouro Preto, monumento nacional desde 1933 (Dec. 22.928, de 12 de julho). Esta possibilidade de reconhecer valor cultural em bens pela via legislativa ficou evidenciada na nova Constituição de 1988, quando ela mesma, por sua força, reconheceu este valor em determinados bens.

Está claro, portanto, que não é apenas o tombamento realizado pelo Executivo que inclui bens no patrimônio cultural brasileiro, a lei e a sentença também o podem fazer. Mas, mesmo a Administração não tem no tombamento o único instrumento de proteção dos bens culturais: as normas urbanísticas, o inventário e a desapropriação são poderosos instrumentos que têm servido a esta finalidade pública.

A desapropriação, que é a possibilidade da aquisição compulsória de um bem privado pelo Estado, sendo uma verdadeira reafirmação e reconhecimento da propriedade pela ordem jurídica, já que se constitui como transferência compulsória de domínio contra o pagamento integral da coisa, é um instrumento de proteção usado em casos extremos e excepcionais. Tem sido utilizada para a preservação de conjuntos urbanos, no sentido de alterar o uso de regiões da cidade, de tal modo que um conjunto histórico não seja deteriorado. É o caso do centro histórico de Curitiba que começou a entrar em rápido estágio de deterioração, quando o Poder Público Municipal desapropriou alguns imóveis e deu a eles destinação cultural, invertendo o processo e revitalizando a região.

O inventário é forma de proteção que carece de lei reguladora, embora como tal reconhecido constitucionalmente. Independentemente da existência de lei reguladora, porém, o Poder Público pode e deve promover o inventário dos bens móveis e imóveis, para se ter fonte de conhecimento das

referências de identidade cultural de que fala a Constituição. O inventário nada mais é do que uma relação oficial dos bens culturais portadores de referência de identidade, cujo efeito jurídico, hoje, é ser prova em Juízo.

Como veremos no capítulo dedicado aos Municípios, as normas urbanísticas e sua correta aplicação são os mais importantes e eficazes instrumentos de proteção do patrimônio cultural imobiliário, especialmente a lei de zoneamento, que, ao caracterizar certas zonas urbanas como de baixo índice construtivo, desestimula a especulação imobiliária e incentiva a conservação de prédios mais antigos.

Já os bens móveis de valor cultural têm sua melhor proteção na organização oficial de Museus que devem ter, além de espaços de exposição, condições técnicas de climatização (umidade e temperatura) para perfeita proteção das obras de arte, normalmente criadas sobre suporte de tela ou papel, o que as torna suscetíveis de deterioração por ação do tempo. O sistema jurídico brasileiro não dispõe, como outros países, de normas gerais para a formação, organização e efetivação de proteção de Museus, mas apenas tímidos atos de criação, raramente acompanhados de regulamentação mais precisa.

Por tudo quanto até aqui se disse, pode-se concluir que o esforço legislativo no Brasil se impõe para que esta Nação possa efetivamente preservar o seu passado, sua história, sua cultura.

## **5. A LEGISLAÇÃO FEDERAL DE PROTEÇÃO**

Compete à União definir quais são os bens culturais nacionais, assim entendidos aqueles que têm relevância para a identidade nacional; estão excluídos, portanto, desta definição federal aqueles bens cuja referência e identidade seja meramente regional, estadual ou local, competência, do Estado ou do Município.

Compete também à União, por ter a representatividade exterior da Nação brasileira, a formulação de proposta para que bens existentes no território nacional sejam identificados como patrimônio mundial pelos organismos internacionais.

É ampla portanto a competência federal, porém, além disso ganha fundamental importância a legislação federal para a proteção de todo o patrimônio cultural, seja estadual ou municipal, tendo em vista que algumas questões essenciais da legislação são competência exclusiva da União, como, p. ex., a tipificação de crimes por atos praticados contra o patrimônio cultural e a desapropriação para fins de preservação. Ademais, a legislação federal influencia e orienta as legislações estaduais e municipais, desde as Constituições até as leis ordinárias. Inclusive, porque nada impede que um bem que tenha valor para o Município, isto é, tenha identidade local, igualmente identifique culturalmente a região e, por isso, tenha valor estadual e ainda acumule identidade nacional. Assim, um mesmo bem pode ter valor cultural para a União, o Estado e o Município ao mesmo

tempo. Aliás, normalmente os bens federais o são também estaduais e municipais e acabam sendo protegidos pelas três esferas do Poder Público, e os estaduais normalmente também são protegidos pelos Municípios.

O conjunto da vigente legislação federal de proteção ao patrimônio cultural nacional contém, hoje, uma aparente contradição entre o texto constitucional vigente e o Dec.-lei 25/37, no que diz respeito ao conceito de bens de valor cultural. Enquanto o decreto-lei elege como elemento determinante do valor cultural a monumentalidade do bem, isto é, sua grandiosidade e excepcionalidade, a Constituição Federal o define por sua identificação com a alma nacional. A contradição é aparente, porque a Constituição não exclui de proteção a monumentalidade, mas tão-somente não exige que os elementos identificadores da cultura nacional tenham proporções monumentais, ou seja excepcionais. Os grandes monumentos e os bens excepcionais são, geralmente, identificadores; se não o forem, porém, não devem ser protegidos. O decreto-lei não dizia tampouco que todos os monumentos e bens de excepcional valor deveriam ser protegidos, mas somente aqueles que guardassem vinculação com a história do Brasil. Desta forma o que fez a Constituição tão-somente ampliar a possibilidade de um bem vir a ser declarado integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Do conjunto das leis federais, além do Dec.-lei 25, cumpre dar especial destaque à Lei 3.924, de 26.7.61, conhecida como "lei dos sambaquis", porque protege os sítios arqueológicos brasileiros. É possível afirmar, sem medo de erro, que esta é a lei de proteção cultural mais violada no Brasil. Drástica, ela protege os monumentos arqueológicos ou pré-históricos colocando-os, descobertos ou não, sob guarda e proteção do Poder Público, equiparando as jazidas arqueológicas às minerais, atribuindo-lhes domínio público, separando sua propriedade da propriedade do solo. Proíbe a exportação e controla o comércio de peças e objetos arqueológicos. O controle do Poder Público, porém, sobre este comércio está longe de existir, e as jazidas arqueológicas estão sendo devastadas de norte a sul do País, não apenas pela ação predatória de saqueadores, como também pela ignorância e ingenuidade da população, que em muitos casos chega a construir vilas populares sobre sambaquis. Em que pese ao seu baixíssimo índice de aplicação, esta lei completa a proteção cultural no Brasil, preenchendo uma lacuna deixada pelo Dec.-lei 25/37.

Os principais textos legais federais sobre a proteção do patrimônio cultural nacional são:

1) A Constituição Federal de 1988: arts. 23, 24, 30, 215 e especialmente 216.

2) Dec.-lei 25, de 30.11.37 — organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

3) Dec.-lei 3.365, de 21.6.41 — dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública — art. 5.º, letras "K" e "L".

4) Dec.-lei 3.866, de 29.11.41 — dispõe sobre o cancelamento do tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional.

5) Lei 3.924, de 26.7.61 — dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.

6) Lei 4.845, de 19.11.65 — proíbe a saída, para o exterior, de obras de artes e ofícios produzidos no país até o fim do período monárquico.

7) Lei 5.471, de 9.7.68 — proíbe a exportação de bibliotecas e acervos documentais de autores ou editores brasileiros ou sobre o Brasil. Regulamentada pelo Dec. 65.347, de 13.10.69.

8) Dec. 72.312, de 31.5.73 — promulga a Convenção internacional sobre exportação de bens culturais.

9) Lei 6.292, de 15.12.75 — subordina o tombamento federal à homologação do Ministro de Estado da Educação e Cultura.

10) Dec. 80.978, de 12.12.77 — promulga a Convenção sobre a proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

11) Lei 6.513, de 20.12.77 — dispõe sobre a criação de áreas especiais do interesse turístico.

12) Dec. 99.556, de 1.10.90 — dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes em território nacional.

## 6. AS LEIS ESTADUAIS E A PROTEÇÃO CULTURAL

Praticamente todos os Estados brasileiros dispõem hoje de legislação de proteção de seu patrimônio cultural, não havendo, desde a década de 50, qualquer dúvida sobre a constitucionalidade destas leis estaduais. Hoje a Constituição de 1988 dispõe textualmente que é competência concorrente dos Estados e da União legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Com exceção de Leandro Silva Telles, que considerava o ato de tomar competência exclusiva da União Federal,<sup>13</sup> todos os outros juristas que trataram do assunto acompanharam as mais antigas assertivas de Pontes de Miranda, Prudente de Moraes Netto e Afonso Arinos de Mello Franco. Pontes de Miranda dizia, em comentário à Constituição de 1946, que “titulares dos direitos, pretensões, ações ou exceções, que nascem do tombamento, bem como do direito e da pretensão a tomar bens . . . são a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, ou o Território e o Município em que se achem tais bens.”<sup>14</sup> Segue a mesma argumentação. Prudente de Moraes Netto, alertando para as diferenças básicas entre bens culturais federais, estaduais e municipais, já que o valor histórico-artístico varia dependendo de apreciá-lo do ponto de vista da União, do Estado-membro ou do Município. Coube, porém, a Afonso Arinos de Mello Franco, em erudito parecer encomendado pelo SPHAN sobre a constitucionalidade das leis estaduais, contestar o argumento de Silva Teles de que as normas de proteção ao patrimônio cultural são de Direito Civil, competência exclusiva da União. Demonstrou que leis estaduais não impõem novos limites à propriedade privada, mas apenas estabelecem critérios de aplicação

dos limites existentes na Constituição e na legislação federal. As limitações à propriedade privada traçadas aos bens culturais, móveis ou imóveis, já estão estabelecidas na Constituição e na legislação federal, de tal sorte que o Estado ou o Município, ao legislarem sobre patrimônio cultural, não o estão fazendo enquanto Direito Civil, mas sim no exercício de sua competência específica, de Direito Público. Neste sentido a conclusão de Afonso Arinos é precisa: "A Constituição não determina o que seja o bem-estar social (limite da propriedade), sendo claro que ele será aquilo que, como tal, for definido em lei pelo Congresso, incluindo-se pois, neste conceito, a lei que defende o patrimônio histórico e artístico. Tal inclusão que seria normal se nada constasse na Constituição, em virtude dos chamados poderes implícitos do Congresso, mais compreensível ainda se torna, desde que a Constituição contém um artigo expresso referente à defesa do referido acervo nacional".<sup>15</sup>

Se as oposições à competência dos Estados legislarem e protegerem os bens culturais eram isoladas e pouco consistentes, com a promulgação da Constituição federal de 1988 e das estaduais de 1989, ficou posta, de forma definitiva, uma pedra sobre a discussão mesma: o art. 24 da CF, como já foi dito acima, define como competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, entre muitas outras coisas, a "proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico".

Não poderia deixar de ser assim, há bens que, embora de extraordinário valor cultural para uma região, não são identificadores da alma brasileira e não teriam relevância de proteção nacional. Os Estados devem deles cuidar, através de legislação própria.

Hoje a maioria dos Estados brasileiros possuem legislação de proteção de seu patrimônio cultural. Alguns criaram institutos ou serviços de proteção utilizando e aplicando diretamente o velho Dec.-lei 25; outros preferiram legislar criando os livros do Tombo estaduais, sem alterar nem na essência nem na forma o velho decreto-lei de Gustavo Capanema. Poucos inovaram.

A maior novidade introduzida por algumas isoladas legislações estaduais se dá na iniciativa do processo de tombamento. A nível federal a iniciativa é restrita ao Poder Público e aos proprietários dos bens. De forma coerente com as concepções de 1973, a legislação federal posterior não modificou esta situação. Algumas leis estaduais introduziram timidamente a possibilidade de qualquer do povo provocar o interesse da Administração em efetuar o tombamento de bens. Pernambuco e Mato Grosso do Sul, nos decretos regulamentadores das respectivas leis estaduais de tombamento, incluíram dispositivos possibilitando aos interessados requererem que o Poder Público inicie o processo. Nas duas leis, porém, fica a critério da autoridade dar ou não prosseguimento à solicitação de tombamento, não havendo nenhuma obrigação de ouvir a manifestação dos Conselhos estaduais.

O Estado de Alagoas, em sua lei de 1985, foi mais longe e possibilitou realmente que o processo de tombamento seja iniciado por qualquer interessado, gerando ao administrador a obrigação de dar encaminhamento ao processo até ser ouvido o Conselho Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico. O pedido poderá ser indeferido liminarmente quando não for justificada a proposta ou o bem for insuscetível de tombamento. Há uma diferença fundamental entre este processo previsto na legislação alagoana, por iniciativa popular, e as legislações de Mato Grosso do Sul e Pernambuco: o pedido do cidadão, em Alagoas, implica em tombamento provisório, isto é, gera de imediato a proteção do bem até que haja uma decisão do Conselho. É de fato o início do processo de tombamento, enquanto o requerimento de particulares em Mato Grosso do Sul e Pernambuco, para que a autoridade promova o processo, nada mais é do que uma manifestação de vontade de ver o Poder Público exercendo sua função social de preservação, isto é, é um pedido para que o Poder Público inicie o processo de tombamento.

Grande parte dos Estados reproduziram em suas Constituições o rol de competência expressa na Constituição Federal e algumas incluíram entre os princípios ou fundamentos do Estado a defesa ou respeito ao patrimônio cultural, histórico ou artístico, como a Constituição do Ceará, possivelmente sob influência da Constituição italiana.

## **7. O MUNICÍPIO E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS BENS CULTURAIS**

Assim como aos Estados, desde a década de 50 foi reconhecida a competência municipal para elaborar as leis municipais de proteção do patrimônio cultural local. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém, algumas opiniões surgiram no sentido de que a nova Carta impedia os Municípios de legislar para proteger o patrimônio cultural. Tais opiniões interpretaram o art. 24, que diz expressamente que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre entre outras muitas coisas, a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, como excludente da competência municipal.

Sem dúvida há um equívoco nesta apreciação, que interpreta muito superficialmente as distribuições de competências na Constituição Federal, esquecendo de analisar um dos aspectos mais importantes da nova Carta que é a autonomia municipal e seu alcance.

São poucos os países que adotam como princípio constitucional a autonomia dos Municípios. Normalmente os organismos locais recebem delegados restritos, de tal forma que ficam limitados à prestação dos serviços locais, e ainda assim subordinadamente. Não é o caso do Brasil, onde os Municípios vêm ganhando cada vez maior autonomia, concebida como o poder de administrar os próprios negócios.

Se esta autonomia já faz parte da tradição política brasileira, a recente Constituição de 1988 a ampliou consideravelmente, chegando a configurar

o Município brasileiro como nova essência, como uma nova instituição, dotada de auto-organização, governo próprio e competências exclusivas, como diz o Prof. José Afonso da Silva.<sup>16</sup>

Para que não restem dúvidas quanto à autonomia dos Municípios, o art. 1.º da CF, pela primeira vez na História Constitucional Brasileira, os integra como entes formadores da República.

Não pode haver dúvida, portanto, quanto à autonomia dos Municípios brasileiros. Assim, cada Município tem capacidade normativa própria, isto é, deve elaborar sua lei orgânica, tem competência para legislar em matéria exclusivamente reservada a si e competência suplementar em matéria de seu interesse. Além disso, integra o conceito de autonomia o autogoverno, através de um Poder Executivo e um Poder Legislativo próprios. E, como corolário, a auto-administração, isto é, a organização e o estabelecimento de normas e critérios na prestação de serviços de interesse local.

A Constituição de 1988 é textual ao dar competência ao Município para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, I). A Constituição anterior falava apenas em administrar autonomamente o seu peculiar interesse. O interesse local não pode ser entendido como interesse exclusivo, ou privativo, mas tão-somente como predominante, isto é, é do interesse local a matéria que, embora de competência do Estado ou da União, diz respeito à prestação do serviço local ou à organização da vida local. Havendo interesse local, cabe ao Município prover a tais negócios.<sup>17</sup>

O sistema de distribuição de competências utilizado na Constituição de 1988 é complexo, mas claro: enumera os poderes da União e os encerra na enumeração; entrega aos Estados os poderes remanescentes, isto é, aqueles que não são exclusivos da União ou do Município; e, finalmente, indica genericamente os poderes dos Municípios, com base na sua autonomia. Para traçar mais exatamente os limites da competência municipal, é necessário entender melhor esta distribuição de competências. Os arts. 21 e 22 tratam da competência exclusiva da União, no art. 21 os campos de atuação da União, isto é, sua competência executiva, e no art. 22 sua competência legislativa. O art. 23 estabelece a competência executiva dos Estados, Municípios, Distrito Federal e União (entre estes incluída a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos). O art. 24 estabelece a competência comum da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar de modo concorrente. Todos estes artigos compõem o capítulo que trata da União. A competência da União se esgota aqui. Mas só da União; para o Distrito Federal, Estados e Municípios, há outros dispositivos em outros capítulos.

Ampla é a competência estadual, que está definida por exclusão (art. 25) e que abrange tudo o que não está vedado na Constituição. Restrita é a competência municipal, que se limita ao que é do interesse local. Assim, a competência legiferante municipal é atribuída pelo reconhecimento

do interesse local ao caso concreto, que deve prevalecer aos interesses do Estado e da União.

O fato de não haver nenhum artigo tratando de competência concorrente entre União e Municípios se dá porque não existe esta concorrência; ou o Município tem competência legislativa exclusiva por se tratar de assunto de seu exclusivo interesse ou é suplementar à legislação federal e estadual "no que couber", diz a Constituição, expressão que deve ser entendida como "sempre que houver preponderante interesse local". Exemplo desta situação é a competência exclusiva da União para legislar sobre trânsito (art. 22, XI); sem embargo, apesar desta exclusividade, compete ao Município legislar sobre questões do trânsito urbano, como mão e contramão das ruas, estacionamento permitido, proibido regulamentado etc., porque estas questões são de interesse local. Portanto, sabe-se se existe ou não competência municipal na análise da preponderância do interesse local no caso concreto.

Assim, a competência municipal para com o patrimônio cultural depende da existência de bens e serviços cuja proteção seja de interesse local, isto é, haverá competência municipal se houver patrimônio cultural local, ou se o patrimônio cultural nacional ou estadual intervier de qualquer modo na vida da cidade, a ponto de gerar interesse local em sua proteção. Sobre o patrimônio cultural local e sobre o nacional e estadual que interfira na vida da cidade, evidentemente haverá competência legislativa do Município.

Resta saber se existe ou não patrimônio cultural local ou interferência de nacional e estadual na vida da cidade. O art. 216 da já exaustivamente citada Constituição de 1988 define o patrimônio cultural brasileiro como o conjunto de bens "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira". O próprio texto constitucional arrola alguns destes bens, incluindo desde linguagem, modos de fazer e saber fazer, edificações, conjuntos urbanos e naturais.

O § 1.º deste mesmo art. 216 determina ao Poder Público a proteção deste patrimônio cultural por meio de inventário, registro, vigilância, tombamento, desapropriação ou outros meios de preservação. É de se notar que não determina ao Poder Público federal ou estadual, mas genericamente ao Poder Público, incluindo, evidentemente, o municipal. Neste parágrafo há uma determinação cogente às pessoas de direito público que integram o chamado Poder Público de exercer a proteção do patrimônio cultural, de tal forma que, no art. 23, que reconhece competência à União, aos Estados e aos Municípios para "proteger os documentos, as obras, e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens notáveis e sítios arqueológicos", nada mais está fazendo do que criando os meios para que os entes públicos possam cumprir a determinação do art. 216.

Como já ficou patenteado nos capítulos anteriores, o legislador constitucional de 1988 inovou em relação ao conceito de patrimônio cultural



nacional, trocando a antiga definição formal e casuística do Dec.-lei 25/37, por uma idéia material, determinando proteção a todos os bens portadores de identificação e referência à formação da cultura brasileira. Este conceito legal, entretanto, vale para a definição do patrimônio cultural nacional e não necessariamente para o estadual ou municipal. As Constituições estaduais, com raras exceções, adotaram este mesmo conceito para definir o patrimônio cultural do seu Estado, as que não o fizeram, se mantiveram omissas. Raras leis orgânicas entraram na questão cultural dos Municípios, mas há exemplos, como a de Belo Horizonte, que adotou a mesma definição federal, aliás repetida na Constituição do Estado de Minas Gerais.

De uma forma geral, o interesse da preservação de bens culturais do Município, dos Estados e da União faz parte de um único todo, mas são comuns os casos de conflito entre eles. É evidente a existência de um patrimônio cultural municipal, outro estadual, outro federal e outro ainda de âmbito internacional, na maior parte das vezes as esferas maiores englobam as menores, mas nem sempre, basta ver as contradições e choques existentes entre a proteção determinada pela União para alguns sítios urbanos e o interesse "desenvolvimentista" de administrações municipais. O contrário é ainda mais verdadeiro, certos documentos e bens móveis são de extraordinária importância para a história e a cultura de um Município e podem ser irrelevantes para a Nação; é o caso típico dos arquivos municipais.

A Constituição Federal define o que é patrimônio nacional, as Constituições estaduais, o que é o patrimônio estadual, e as leis orgânicas ou ordinárias de cada Município dizem o que é o patrimônio cultural local. Mas, independentemente destas três esferas de definições o Poder Público está obrigado a proteger os bens culturais legalmente definidos como tais. Assim, não importa qual ente define como cultural um determinado bem, todos são obrigados a protegê-lo, ainda que considerado desimportante para a esfera de poder que representa. Deste forma, qualquer Município, com ou sem lei municipal, é obrigado a proteger e respeitar os bens culturais integrantes do patrimônio nacional ou estadual existentes no seu território.

Compreende peculiar interesse do Município o cuidar das coisas da cidade e é nela que estão concentrados grande parte dos bens culturais, sejam federais, estaduais ou locais. Os bens móveis, especialmente as obras de arte, peças históricas, documentos e livros, estão em regra acondicionados em Museus espalhados pelas cidades. Os imóveis, notadamente os conjuntos e prédios urbanos, mas também muitas vezes as paisagens notáveis e mesmo os sítios arqueológicos, paleontológicos ou ecológicos, estão inseridas dentro das cidades, gerando serviços e obrigações às autoridades municipais além da obrigação constitucional de protegê-los. Ademais da evidente necessidade de preservação dos bens tombados, o tombamento agrega necessidades de ordem urbanística, de trânsito, de ambientação, de visualização, de poluição, que devem ser resolvidos por normas municipais, exigindo que as autoridades locais contem com serviços especiais que,

fruto de sua autonomia, devem se auto-organizar. Por isso, não restam dúvidas de que os bens culturais, ainda que constituídos por atos normativos e administrativos estaduais ou federais, se revestem de interesse local, transformando-se assim em evidente competência municipal, neste caso não para defini-los, mas para organizar os seus serviços municipais de proteção.

Mais do que poder legislar sobre o patrimônio cultural, o Município brasileiro tem obrigações em relação a ele, tenha sido criado por norma internacional, nacional, estadual ou pelo próprio ente local. Para cumprir esta obrigação, compete à Administração municipal organizar serviços próprios, não apenas para que no Plano Diretor sejam respeitados estes bens, mas para que coisas muito mais concretas e imediatas possam ser aferidas, como, p. ex., não sejam expedidos alvarás ou licenças que ponham em risco o bem pela poluição, perda de visibilidade ou qualquer outra contingência nociva ao uso. Na organização deste serviço está a primeira competência municipal, oriunda diretamente de sua autonomia: a criação de órgão, serviço ou função que, a partir de critérios dados por normas municipais, fiscalizem e protejam os bens culturais (federais, estaduais e municipais) existentes no território do Município. É de se ressaltar que esta é uma competência exclusiva municipal.

O § 2.º do art. 216 exige da Administração Pública, além da guarda, a franquia da documentação governamental para quem dela necessite e isto, diz a Constituição, deve ser feito através de lei. A documentação governamental do Município é, evidentemente, interesse local, devendo o Legislativo Municipal criar normas para o uso, franquia e guarda desta documentação, preservando sempre os direitos individuais e coletivos garantidos na Constituição Federal aos cidadãos.

Para a proteção do seu patrimônio cultural, porém, é necessário que o Município legisle diretamente sobre o seu conceito de patrimônio cultural e de bens que o integram, de tal forma que cada Município pode ter um conceito diferente para estes bens. Mas não apenas o conteúdo destas leis deve estar editado, é necessário que o Município diga a forma e os instrumentos que utilizará nesta proteção, podendo criar inventários, registros, tombamento municipal, desapropriação ou ainda, como autoriza a Constituição Federal, criar novas e diversificadas formas de acautelamento. Poderá o Município criar completa e complexa lei de preservação cultural, porque poderá agregar normas eficazes, como o são as constantes do planejamento urbanístico, de impostos municipais sobre a propriedade urbana, uso e parcelamento do solo, solo criado, transferência de potencial construtivo e tantos outros institutos jurídicos municipais. Se a esta lei, que cuidaria dos bens culturais locais, incluído não apenas o patrimônio edificado, mas as mais variadas expressões culturais do povo da terra, como os cantos e danças, jogos e brincadeiras, crenças e mitos, artes e costumes, o legislador municipal agregasse o que antes se disse sobre a proteção dos bens culturais estaduais e federais, e ainda a guarda e utilização dos documentos governamentais, o Município teria um verdadeiro Código de

proteção cultural, muito mais completo e eficaz que qualquer lei federal ou estadual, porque estaria, além de definindo o que é o patrimônio cultural e seu procedimento de declaração e proteção — coisa que as leis estaduais e federais também pode fazer — estaria criando e desenvolvendo institutos protetores de exclusiva competência municipal como os acima citados.

É necessário dizer, porém, que não é ilimitada esta competência. O Município não pode ultrapassar certos parâmetros de legalidade, como, p. ex., diminuir o nível de proteção de bens defendidos por normas estaduais e federais. Não pode tampouco contrariar a configuração dos institutos jurídicos de proteção, embora seja lícito criar novos. Isto quer dizer que, se for se utilizar do tombamento ou da desapropriação, deverá fazê-lo com a configuração estipulada em leis federais e estaduais. Estes limites estão bem postos na Constituição Federal ao atribuir aos Municípios competência suplementar quando a União ou o Estado já houver legislado sobre a matéria, o que é o caso.

O Poder Público municipal que não se utilizar de sua competência legislativa para proteger o seu patrimônio cultural local e, por não legislar, omitir-se na preservação e cuidado, estará infringindo a Constituição Federal, além, é claro, de perder a sua própria História.

Talvez porque a proteção do patrimônio urbano edificado possa ser garantida por legislação urbanística, independente de normas específicas, são raros os Municípios brasileiros que dispõem de uma legislação sobre tombamento e proteção de bens culturais. É surpreendente verificar que cidades antigas, com quase 300 anos, como Porto Alegre e Curitiba, não disponham de leis de tombamento municipal, mas dá alegria saber que cidades novas, como Porto Velho, com apenas 70 anos, já tenham legislado no sentido.

Muitos problemas têm enfrentado as cidades brasileiras para protegerem o seu patrimônio cultural local. Por duas vezes o Executivo Municipal de Curitiba apresentou projeto de lei de tombamento à Câmara Municipal, o primeiro foi esquecido depois de aprovado em primeira discussão, o segundo rejeitado quando da votação. Exatamente o contrário se deu em Porto Alegre, quando um bem elaborado projeto de lei de autoria do então vereador e advogado preservacionista Caio Lustosa foi aprovado pela Câmara Municipal, tendo sido vetado pelo chefe do Poder Executivo Municipal na íntegra.

São porém as leis de zoneamento e outras normas urbanísticas que têm servido aos Municípios para a proteção do seu patrimônio cultural e ambiental, como a Lei municipal 726/78, de Embu, Estado de São Paulo, que instituiu a “zona de preservação do acervo cultural e histórico, para a proteção dos bens e entorno paisagisticamente significativos”, ou a Lei paulistana 8.328/75, que cria a Z8-200, em que classifica os imóveis históricos ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico, destinados à preservação. Ainda neste âmbito têm eficácia as leis municipais que instituem incentivos construtivos ou mesmo transferência de potencial

de construção dos edifícios preserváveis para outros locais da cidade, buscando minimizar o eventual efeito negativo no valor comercial dos imóveis históricos.

Merece especial destaque a Lei municipal 13.957, de 26.9.79, do Município de Recife, que "institui normas gerais de proteção a sítios, conjuntos antigos, ruínas e edifícios isolados, cujas expressões arquitetônicas ou históricas tenham real significado para o patrimônio cultural da cidade do Recife", que, embora não trate de tombamento, autoriza o chefe do Poder Executivo a estabelecer zonas de preservação para a proteção de um bem ou conjunto de bens arquitetônicos e seu entorno. A lei autoriza, ainda, uma série de isenções de impostos e taxas a imóveis integrantes das ZPs. O mérito desta lei recifense é ter utilizado conceitos e normas urbanísticas para proteger seu patrimônio cultural edificado sem lançar mão do tombamento.

Assim, o Direito brasileiro vai criando, nas diversas esferas de atuação, normas e determinações para proteger o patrimônio cultural de seu povo, não sem dificuldades, percalços e disputadas, mas com razoável efetividade. Todas estas normas, porém, somente serão cumpridas se tivermos governantes sensíveis, que não se deixem enganar pela facilidade da omissão, e uma população atenta, que queira proteger seu passado, para ser senhora de seu futuro.

#### NOTAS

1. UNESCO. *Que es la protección del patrimonio mundial, cultural y natural?*, Paris, 1978.
2. José Renato Nalini, "A preservação da memória cultural", *O Estado de São Paulo*, 8.8.85, p. 45.
3. José Afonso da Silva, *Aspectos jurídicos do patrimônio ambiental*, São Paulo, FAUUSP, 1981; Gastone Pasini, *La tutela de la abelezze naturalli*.
4. Tommaso Alibrand & Piergiorgio Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milão, Giuffrè Editore, 1978.
5. Convenção de Paris, de 14.11.70, da UNESCO, aprovada no Brasil pelo Dec. legislativo 71, de 28.11.72, e ratificada pelo Dec. 72.312, de 3.5.73.
6. O texto do art. 134 da CF de 1937: "Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional".
7. Sampaio Dória, ao comentar o art. 175 da CF de 1946, que tratava da proteção ao patrimônio cultural, dizia, em seu *Direito Constitucional*, São Paulo, Max Limonad, 1960, à pp. 224: "Poesia com ares de direito. Declamar estas opiniões numa Constituição, para reger os destinos de um povo, não terá sido pilhéria?"
8. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Ed. RT, 1979, p. 128.
9. Cf. José Cretella Jr., "Regime Jurídico do Tombamento", *Revista de Direito Administrativo*, Rio, (112): 50-60, abril-junho/73, p. 61.
10. Cf. Itália, Lei 10, de 28.1.77, Norme per la edificabilità dei suoli.

11. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e ação popular*, 10.<sup>a</sup> ed., ampl., São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 87.
12. Cf. Paulo Afonso Leme Machado, *Ação civil pública e tombamento*. São Paulo, Ed. RT, 1986, p. 15.
13. Cf. Leandro da Silva Telles, *Manual do patrimônio histórico*, Caxias do Sul, UCS, 1977.
14. Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, t. VI, 3.<sup>a</sup> ed., Borsoi, Rio, 1960.
15. Cf. Afonso Arinos de Mello Franco, *Parecer*, Rio, sem ed., 1952, mimeo.
16. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 5.<sup>a</sup> ed., Ed. RT, 1989, p. 538.
17. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito municipal brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1977, e Sampaio Dória, "Autonomia dos municípios", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, XXIV/419.