

# A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

**Chiavelli Facenda FALAVIGNO**<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo visa a analisar os diversos conceitos de Patrimônio Cultural e a proteção jurídica a ele concedida. Quanto ao primeiro aspecto, tem-se por base o disposto no artigo 216 da Constituição Federal, que considera o patrimônio cultural como os bens de natureza material e imaterial essenciais ao registro da memória e identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. No que tange à proteção jurídica a eles destinada, esta será explicitada principalmente sob o ângulo dos instrumentos legais concedidos para realizar tal proteção, quais sejam: tombamento, inventário, desapropriação, etc. Trata-se, no estudo em tela, em que pese haja visões contrárias na doutrina, do patrimônio cultural visto como parte integrante do todo formado pelos bens ambientais, merecendo então, tal e qual este, proteção constitucional e infraconstitucional específica, com ênfase na lei 9.605/98, que define os crimes ambientais.

**Descritores:** Patrimônio cultural. Tombamento. Sociedade brasileira. Crimes ambientais.

## ABSTRACT

The present study intends to analyze the diverse conceptions of Cultural Patrimony and its juridical protection. The first point is based on article 216<sup>th</sup> of the

---

<sup>1</sup> Estudante de Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Ciência Penal Contemporânea, sob a Coordenação do Professor Dr. Tupinambá de Azevedo.

Constitution, which considers the cultural patrimony all the material or immaterial goods essential to the registration of the memory and identity of the different groups which form the Brazilian society. The juridical protection destined to them will be herein demonstrated mainly under the point of view concerning legal instruments existent to perform this protection, which are: declaration as public patrimony, inventory, expropriation, etc. Although there are opposite opinions in the doctrine, the present study considers the cultural patrimony as a part of the whole group formed by the environmental goods, deserving, therefore, the same constitutional and infra constitutional specific protection, with emphasis in Law 9.605/98, which defines the environmental crimes.

**Title:** The juridical protection of the Brazilian Cultural Patrimony

**Descriptors:** Cultural patrimony. Declaration as public patrimony. Brazilian society. Environmental crimes.

## RESUMEN

El presente estudio visa examinar los diversos conceptos de Patrimonio Cultural y su protección jurídica. Con referencia al primer aspecto, se tiene como fundamento el precepto del artículo 216 de la Constitución Federal, que considera el patrimonio cultural así como los bienes de naturaleza material e inmaterial esenciales al registro de la memoria e identidad de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña. Con respecto a la protección jurídica de estos bienes, debe ser explicitada principalmente por el punto de vista de los instrumentos legales concedidos para realizar esta protección, o sea: declaración de patrimonio histórico, inventario, desapropiación, etc. El presente estudio entiende, aunque haya opiniones contrarias en la doctrina, que el patrimonio cultural forma parte de un todo constituido por los bienes ambientales, mereciendo



también la misma protección constitucional e infra constitucional específica, con énfasis en la ley 9.605/98, que define los crímenes ambientales.

**Descritores:** Patrimônio cultural. Declaração de patrimônio histórico. Sociedade brasileira. Crimes ambientais.

---

## 1. PATRIMÔNIO CULTURAL – ORIGEM HISTÓRICA E DEFINIÇÃO JURÍDICA

Em primeiro lugar, há que atentar-se para uma definição precisa do bem cultural:

O bem cultural é algo apto a satisfazer uma necessidade de cunho cultural e que se caracteriza por seu valor próprio, independentemente de qualquer valor pecuniário, de ser testemunho da criação humana, da civilização, da evolução da natureza ou da técnica, não se esgotando em seus componentes materiais, mas abarcando sobretudo o “valor” emanado de sua composição, de suas características, utilidade, significado, etc. (MARCHESAN, 2007, p. 39)

Nesse sentido, o patrimônio cultural pode ser entendido como o conjunto de bens materiais e imateriais de uma nação que possuem a “peculiar condição de estabelecer diálogos temporais e espaciais relacionados àquela cultura, servindo de testemunho e de referência às gerações presentes e futuras” (MARCHESAN, 2007, p. 50), e por possuírem este valor incondicional inerente a bens públicos são merecedores de tutela especial por parte do ente Estatal. O adjetivo cultural vem em substituição de histórico, artístico, paisagístico, espeleológico ou outros, “pois a palavra abrange os demais com a vantagem de não limitar o bem à sua relação com fatos históricos, com critérios estéticos, etc.” (SOUZA FILHO, 1997, P. 37).



Historicamente, o direito ao patrimônio cultural surgiu com a terceira geração de direitos fundamentais, no final do século XX, também conhecidos como direitos de solidariedade e fraternidade. São os chamados direitos transindividuais, de titularidade coletiva e difusa, podendo ser vislumbrada uma escala mundial de esforços para sua efetivação, uma vez que se relaciona com a proteção da dignidade da pessoa humana (SARLET, 1998).

No Brasil, a política de proteção ao patrimônio cultural teve por precursores os modernistas, liderados por Mário de Andrade. Em 1937, no Estado Novo de Getúlio Vargas, foi positivada a idéia através do Decreto-Lei n. 25/1937, o qual ainda é usado para estabelecer as regras do tombamento. Em 1988, a Constituição Federal dedicou ao tema seus artigos 215 e 216.

Em que pese a maior parte da doutrina considere o bem cultural como parte do meio ambiente, acreditando que a cultura de um povo se desenvolve relacionada de forma indissociável com a natureza que o circunda, há quem diverja de tal classificação, considerando que o bem cultural se separa do natural, uma vez que o primeiro já sofreu intervenção humana (BUGALHO, 2009). Nesse trabalho, no entanto, será defendido o que se apregoa pela doutrina majoritária, inserindo o patrimônio cultural na tutela constitucional e infraconstitucional destinadas também ao meio ambiente natural.

Nessa linha, pode-se raciocinar o meio ambiente como dividido em três partes distintas e inter-relacionadas:

- meio ambiente natural, que corresponde às florestas e matas;
- meio ambiente artificial, que é constituído pelas estruturas das cidades, sem valor cultural propriamente dito, e
- meio ambiente cultural, mais notoriamente chamado de patrimônio cultural.

É importante salientar-se essa divisão entre natureza e cultura para a solução de questões jurídicas em que não é possível a tutela do meio ambiente em conjunto, opondo-se dois dos seus aspectos. É o caso, por exemplo, dos eventos culturais que



danificam o meio ambiente, como ocorreu em Santa Catarina, a respeito da tradição da Farra do Boi. Ao ser submetida ao STF, “este se mostrou um fato típico de colisão de princípios – difusão e valorização das manifestações culturais populares e preservação do meio ambiente” (MARCHESAN, 2007, p. 94/95), sendo necessária que fosse feita, no caso, a opção pelo meio ambiente natural, conforme se depreende do Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC.<sup>2</sup>

Assim, tem-se que a presente pesquisa abordará a tutela jurídica prestada à proteção do patrimônio cultural, conjunto de bens que expressam a identidade de um povo, sob o enfoque do direito ambiental brasileiro. É essencial que se saliente que, assim como “o patrimônio natural é 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” (SOUZA FILHO, 1997, p. 10).

## 2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO TEMA

A primeira Constituição brasileira a fazer referência ao patrimônio cultural foi a de 1934, em seu artigo 10, inc. III, o qual estabelecia a competência concorrente entre União e Estados para protegerem as belezas naturais e monumentos históricos nacionais, evitando sua evasão. No Código Penal de 1940, havia a definição das condutas nocivas ao patrimônio cultural, tipificando-as e criminalizando-as nos artigos 165 e 166, hoje tacitamente revogados pelos artigos 62 e 63 da Lei 9.605/98.

A Constituição de 1946 retrocedeu o tratamento destinado ao patrimônio cultural, abordando-o em norma meramente programática através do artigo 175.

---

<sup>2</sup> www.stf.gov.br. Acesso em 28.08.09.



A inovação da Constituição de 1967 foi incluir, entre os bens a serem protegidos pelo Poder Público, as jazidas arqueológicas. O texto era o do artigo 172, posteriormente movido, na íntegra, para o art. 181, através da emenda Constitucional número 01/69.

Tratando-se da Lei Maior atual, tem-se que a definição dos bens culturais se encontra expressa artigo 216. Nos incisos, encontra-se um rol não taxativo das formas de manifestação cultural merecedoras de tutela especial por parte do constituinte. É importante frisar que o direito ao patrimônio cultural está incluído no Título VIII da Constituição, que determina o bem-estar social e a qualidade de vida da sociedade.

Quanto à competência legislativa, tem-se que é concorrente, conforme está expresso no art. 24, inc. VII e VIII da Constituição. Os Municípios, embora ausentes do rol do art. 24, encontram estabelecida sua competência para legislar sobre o tema no art. 30, inc. IX, quando é frisada a observância necessária à legislação estadual e federal. Ao realizar o planejamento urbano, portanto, deve ser observada a conservação da história da cidade, estabelecendo-se nesse sentido o Plano Diretor.

Quanto a competência material, qual seja, fiscalização, prevenção e recuperação do patrimônio, a competência é comum entre todos os entes da União, segundo artigo 23, incisos III, IV e V.

Como o artigo 23 não delimitou o que cada ente estatal deve fazer, parte minoritária da doutrina acredita na chamada avaliação estimativa, sendo a importância do bem - respectivamente nacional, regional ou municipal - o que decidirá qual ente federativo deve tutelá-lo. Uma questão a ser aventada é sobre a infra-estrutura dos municípios menores, que são os que geralmente possuem maior acervo cultural, para fazer a devida preservação, uma vez que carecem de profissionais habilitados para tanto. Outro problema seria a mentalidade da população, a qual acredita que moderna é a cidade que cresce incontrolavelmente, impedindo muitas vezes que medidas e políticas efetivas sejam tomadas.



A maior parte da doutrina, no entanto, acredita que todos os entes devem atuar conjuntamente, independentemente do valor cultural do bem, uma vez que não há referência constitucional sobre este dado. Ou seja, mesmo que o Município mova o processo de tombamento de bem de abrangência nacional, tal não deve ser impedido, pois o Município tem igual dever de zelar pelo patrimônio cultural em sua circunscrição. Não há razão para se deixar de tombarem pelo Estado ou Município, bens públicos federais ali localizados, pois a União tem tantas ou mais obrigações em relação aos seus imóveis que qualquer proprietário. Se o Município pode tombarem bens privados, pode fazê-lo em relação aos públicos, pertença a quem pertencer (SOUZA FILHO, 1997).

Recente caso ocorrido no Rio Grande do Sul recebeu o mesmo entendimento do STF na ADIN n. 2.544-9, quando os Municípios obtiveram o direito de zelar pelos sítios arqueológicos encontrados em seu território. A decisão se fundamenta no fato de que, embora seja de competência comum, a ação visando à proteção do bem não precisa ser tomada simultaneamente pelos três entes federativos <sup>3</sup>.

### **3. OS INSTRUMENTOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS PRA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

#### **3.1 O tombamento**

Introduzido na legislação brasileira pelo Decreto Lei n<sup>o</sup> 25/37, praticamente não sofreu alterações ao longo dos anos. Trata-se do principal meio, ao menos o mais

---

<sup>3</sup> [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 02.09.09.



conhecido de, através do Poder Público, promover a preservação do meio ambiente cultural.

Consiste em um ato administrativo pelo qual o Poder Público declara o valor cultural de coisas móveis ou imóveis, inscrevendo-as no respectivo Livro Tombo, sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações ao exercício da propriedade, com a finalidade de preservá-las (RODRIGUES, 2005, p. 273).

Uma questão ainda debatida pela doutrina é o conflito gerado entre o tombamento e o direito de propriedade, onde surge eventual possibilidade de pleitear-se indenização. Afinal, com o registro de um bem no livro Tombo, aquele fica impossibilitado de sofrer qualquer alteração, podendo resultar prejuízos para o proprietário.

O tombamento, que pode possuir caráter provisório ou definitivo, implica uma avaliação do interesse cultural do bem, gerando como efeitos: obrigação de registrá-lo (publicidade), restrições à alienabilidade e à modificabilidade do bem, possibilidade de intervenção do órgão de tombamento (fiscalização) e sujeição da propriedade vizinha a restrições de uso e gozo, principalmente no que tange a construções que prejudiquem a visibilidade do bem.

Quanto à competência para realizar o tombamento, esta é comum, conforme já explicitado anteriormente: o Município pode tomba bem estadual e nacional, e o Estado também pode tomba bem federal.

A inscrição do bem tombado pode ser realizada em um dos quatro livros dispostos no art. 4º do Decreto Lei 25/37, quais sejam: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Livro do Tombo Histórico, Livro do Tombo das Belas-Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

A natureza do tombamento ainda gera controvérsias na doutrina: parte acredita ser declaratória, parte acredita ser constitutiva e parte, uma mescla das duas posições anteriores. A posição que parece mais adequada é a que afirma ser o ato de natureza declaratória, pois o valor cultural precede à decisão do tombamento, hipótese deduzível da redação do artigo 216, parágrafo 1º da Constituição Federal. Nesse sentido:



O tombamento não constitui o valor cultural do bem, mas apenas o declara. A ausência de tombamento não implica, portanto, a inexistência de relevância histórica ou cultural. Esta pode ser reconhecida na via judicial, sanando-se, por este caminho, a omissão da autoridade administrativa. (COSTA NETO, 2008, 192)

É importante ressaltar que nem todos os bens culturais podem ser objeto de tombamento, caso daqueles enumerados no artigo 20 da atual Constituição, quais sejam, os sítios arqueológicos e paleontológicos. Estes, para a realização de pesquisas, precisam ser modificados.

### 3.2 O inventário

Consiste em uma espécie de cadastro dos bens culturalmente valorados. No que tange ao patrimônio material, consiste em buscá-los, tanto nas coletividades quanto nos locais privados, e descrevê-los, de forma a ter sua existência verificada.

Em que pese haja doutrinadores que acreditam tratarem-se as leis n. 6513/77 (que determina, no artigo 6º, o inventário de áreas de interesse turístico) e n. 6938/81 (que estabelece a Política Nacional do meio ambiente, determinando o inventário de algumas áreas específicas no artigo 9º) sobre a matéria, o país carece de lei específica que fundamente o inventário de bens culturais materiais. Assim, cabe aos Municípios e Estados-membros preencherem essa lacuna através da edição de leis locais, como ocorre no Plano Diretor de Porto Alegre, que prevê a realização de inventário para a classificação de edificações, artigo 14 da Lei Complementar nº 434/99 (MARCHESAN, 2007, p. 230).

Carente de lei que o resguarde, contudo, os efeitos jurídicos do inventário ainda são questionados, ocorrendo casos em que, ao tomar ciência da realização do



inventário, os proprietários destroem os bens inventariados, com medo de que estes fossem tombados, o que lhes geraria prejuízo. Há jurisprudência, contudo, que determina ser o inventaria já uma prova da importância cultural de um bem, o que resultaria na obrigação do proprietário em preservá-lo ainda antes do tombamento, permitindo a publicidade do ato sem medo de que este venha a prejudicar o próprio bem que se deseja proteger. Nesse sentido é o agravo de instrumento n. 70008174195, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>4</sup>.

### **3.3 Os instrumentos urbano ambientais**

Além da própria Constituição Federal, O Estatuto das Cidades foi um grande avanço nesse sentido, proporcionando uma série de novos instrumentos para promover a proteção dos bens culturais.

#### **3.3.1 A desapropriação**

Procedimento usado em situações extremas pelo qual o Estado retira o bem do particular para conservar o patrimônio cultural. Para realizá-la, observa-se a hierarquia política entre os entes da União. Baseia-se no princípio da predominância do interesse público em relação ao privado. Encontra-se previsto no art. 5º, alíneas 'l' e 'm' do Decreto-Lei 3365/41.

#### **3.3.2 O zoneamento**

O Plano Diretor é um instituto criado pela Constituição de 1988 e regulamentado pelo Estatuto das cidades. Espera-se dele que, em contexto local, promova a materialização das quatro dimensões da Lei Federal, quais sejam:

---

<sup>4</sup> [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em 28.08.09.



- determinação de critérios para cumprimento da função socioambiental da propriedade (condição mesmo para o reconhecimento do direito de propriedade privada) na forma de uma proposta de ordenamento territorial e de uso, ocupação e desenvolvimento do solo que expresse um “projeto de cidade”;
- identificação dos instrumentos urbanísticos a serem utilizados para alcançar tal projeto de cidade;
- criação de mecanismos locais de regulamentação de assentamentos informais e
- regulamentação dos processos municipais de gestão urbana participativa (FERNANDES, ALFONSIN, 2006)

Um dos instrumentos para a promoção da proteção ambiental, no que tange aos bens culturais, é que o Plano Diretor pode estabelecer, em seu zoneamento ambiental, áreas que serão sujeitas a regras específicas de limitação aos direitos de propriedade e construção, em virtude da presença de bens detentores de valor cultural. Também é possível que conste a lista dos bens tombados e sua respectiva área de vizinhança (onde também há restrições do direito de construir) ou inventário de bens pertencentes ao patrimônio cultural urbano. No Brasil, ocorreram casos de exclusão de bens de valor cultural por força de lei de uso do solo por motivos políticos, ocasionando diversas demolições indevidas.

O Estatuto das Cidades foi importante meio de moralização dessas leis de uso do solo, pois estabelece a proteção do patrimônio cultural entre seus objetivos (art. 2º, XIII), regularizando o tombamento na política urbana (art. 4º, V, d) e o EIV, exame prévio de impacto de vizinhança, para licenciamento e análise prévia de grandes empreendimentos a serem realizados causando fortes impactos na cidade (artigo 36).

### 3.3.3 A transferência do direito de construir



Consiste em autorizar o proprietário de imóvel urbano a exercer em outro local ou alienar o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística, quando o imóvel for considerado de valor cultural. Esse mesmo direito será previsto para o proprietário que doar seu imóvel de valor cultural ao Poder Público. Estatuto das Cidades, artigo 35.

Uma crítica feita ao referido procedimento seria a da verticalização de áreas da cidade e aumento na especulação imobiliária. Estas, no entanto, descabem, em virtude do pequeno número de bens de valor cultural existentes, das políticas efetivas de preservação que serão implementadas e da obediência que este direito de construir transferido deve seguir do plano diretor da cidade, de modo a não prejudicá-la.

#### 3.3.4 O direito de preempção

Consiste na limitação ao direito sobre a livre disposição da propriedade urbana. Preferência concedida ao Estado na compra de determinadas áreas com interesses coletivos. Previsto no Estatuto da Cidade, em seus artigos 25 e 26.

### **3.4 A atuação do Judiciário e do Ministério Público – as possibilidades legais**

Nos casos da omissão do Poder Executivo em realizar o tombamento, há outras possibilidades de realização da tutela do patrimônio cultural a serem desenvolvidas pelo Judiciário e pelo Ministério Público, de modo que não se ponha a perder os bens culturais do país, direito fundamental de todo o cidadão. Há várias possibilidades a serem aventadas, como a ação civil pública, o inquérito civil, os termos de ajustamento de conduta, as recomendações, etc.:



Dito de outra forma, se a Administração Pública não realizar o tombamento, caberá ao Ministério Público promover ação civil com a finalidade de obter o reconhecimento, no interesse da coletividade, da relevância cultural do bem. Tal providência também pode ser obtida por meio da ação popular manejada por qualquer cidadão. Em tais situações – vale frisar -, será indispensável a produção de prova pericial para subsidiar a verificação da importância cultural perquirida, eliminando-se o risco de subjetivismos. A decisão judicial na ação civil pública ou na ação popular pode significar o próprio conteúdo da proteção (tutela específica), afirmando, num primeiro momento, a existência do valor cultural do bem e, noutro passo, constituindo o gravame daí decorrente, em substituição ao tombamento, com eficácia erga omnes. Pode determinar, ainda, à Administração, o cumprimento de uma obrigação de fazer – promover o tombamento, p. ex. – ou não fazer – abster-se de autorizar obras ou atividades descaracterizadoras do bem (COSTA NETO, 2008, p. 188 ).

Outro instrumento outorgado ao Ministério Público através da Lei da Ação Civil Pública (artigos 8º e 9º), atualmente incorporado ao artigo 129, II, da Constituição Federal, é o inquérito civil. Este consiste em um procedimento administrativo inquisitório e investigatório utilizado para instruir e obter provas a respeito de possível delito cometido contra o meio ambiente e, assim, instaurar a ação civil pública ou o termo de ajustamento de conduta – artigo 113 do CDC, que acresceu ao artigo 5º da lei nº 7347/85, o parágrafo 6º.

Em que pese haja outros legitimados a ajuizar a ação civil pública, apenas o Ministério Público, no cumprimento de seus deveres de fiscalização, possui em sua alçada o poder de instauração do inquérito civil, que funciona como o inquérito policial, porém presidido pelo Promotor de Justiça e visando à instauração da ação pública de natureza civil. Para instruir o Inquérito Civil, o Promotor de Justiça poderá requisitar certidões, informações, exames, perícias (FERNANDES, ALFONSIN, 2003). Realizadas as diligências, o Promotor de Justiça terá elementos para apurar a legalidade do fato e tomar uma das medidas cabíveis: arquivamento, termo de ajustamento de conduta ou ajuizamento da ação civil pública.



O uso do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ao invés da ação civil pública, tem sido muito proveitoso para todas as partes, uma vez que não enfrenta a morosidade do Judiciário, reduz os custos, promove, muitas vezes, o acatamento ou a reparação do dano e diminui os prejuízos a serem causados ao réu. São muitos os exemplos a nível nacional e estadual do uso bem sucedido desse instrumento. Um exemplo a ser frisado é o IC nº 123/98, TAC 30.11.2000, referente à indenização pela derrubada do Mercado Bonfim e regularização do tombamento do Parque Farroupilha (MARCHESAN, 2007).

É possível a intervenção do Judiciário para conceder a proteção da integridade de um bem visando a suprir eventual omissão da Administração Pública que, posteriormente, ao notar o procedimento tomado pelo Judiciário, deve dar início ao que está em sua alçada, qual seja, o procedimento de tombamento. É dever não só de todos os entes federativos, mas também dos três Poderes, a tutela do patrimônio cultural nacional.

#### **4. O PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL**

“O bem imaterial nasce da intervenção da pessoa humana no meio ambiente, construindo sua identidade enquanto indivíduo e coletividade, para cada povo e nação” (SILVA, 2008, P. 57).

O bem imaterial é aquele intangível, essencialmente formador da cultura de um povo, qual seja, seus costumes, crenças, danças, etc. O patrimônio cultural imaterial é, nesse sentido, também parte do meio ambiente, requerendo a devida preservação. Sabe-se que o patrimônio cultural imaterial é passado de geração a geração em um determinado povo, e é mister proporcionar-lhe meios para conservá-lo até as gerações futuras. O principal meio presente no sistema jurídico nacional para tanto é o Registro.



O Registro dos bens imateriais foi instituído em 4 de agosto de 2000, pelo Decreto Lei nº 3551/00, que também deu origem ao Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. A opção pelo registro em vez do tombamento foi feita em razão da grande mutabilidade do patrimônio imaterial, uma vez que o tombamento coloca um bem sob a tutela do Estado visando a mantê-lo inalterado.

O Registro, instrumento de natureza preventiva, encontra-se previsto no artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal, sendo regulamentado pelo decreto n. 3551/00.

Os bens culturais imateriais são registrados de acordo com suas características em um dos quatro Livros existentes para o ato, frisando-se que o rol de livros não é taxativo: Livro dos Saberes ou Modos de fazer, Livro das Celebrações, Livro das Formas de expressão e Livro dos Lugares.

A competência para efetuar o registro é sempre coletiva, cabendo ao Ministro da Cultura, as instituições a ele vinculadas, as secretarias dos Estados e as sociedades e associações civis. O Ministério Público não está incluindo no rol. O órgão executivo dos procedimentos de Registro é o IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

“O registro enseja a realização de inventário de referência cultural, que permite o mapeamento dessas manifestações no território nacional e, com estes dados, se pode desenvolver uma política nacional de registro e valorização” (SILVA, 2008, p. 71). Assim, se possibilita que as gerações futuras tenham acesso a aspectos imateriais da cultura de seu povo. As políticas de preservação do passado salientam que, finalmente, o Brasil deu-se conta que é impossível a construção de um futuro sem olhar-se para as origens, sendo o culto ao passado, antes de um atraso, uma etapa do caminho para o futuro.

É importante frisar que existe, na política do Registro, um instrumento chamado avaliação decenal. Por meio desta, a cada dez anos, é reavaliado se o título de



patrimônio cultural imaterial concedido a um bem continua pertinente ao mesmo, ou seja, se este bem continua a fazer, através do presente, uma ligação com o passado. Tal instituto vislumbra acompanhar a enorme dinamicidade existente nos bens imateriais. Os bens que perdem o título de patrimônio passam a ser chamados de Referência cultural de seu tempo. Há divergência na doutrina a respeito da legitimidade dessa prática, pois o desaparecimento da atividade considerada bem imaterial em dez anos pode representar muito mais uma ineficiência das políticas de preservação do que a real ausência de valor cultural do dito bem.

É importante frisar que, assim como a União, os Estados e Municípios também podem editar leis visando à proteção de seus patrimônios culturais imateriais.

## **5. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

O direito de propriedade encontra-se disciplinado no art. 5º, inc. XXII, da atual Constituição Federal, com a ressalva constante no inc. XXIII do mesmo artigo sobre a obrigação de que a propriedade cumpra sua função social. A partir daí, esse princípio é diversas vezes aventado como indispensável, pela Carta Magna. No Título VII, onde se encontra disciplinada a Ordem Econômica e Financeira, consta, no art. 170, inc. III, a referência à função social da propriedade como elemento assecuratório de uma existência digna. Para a consagração final do referido princípio, há ainda a disciplina da função social especificadamente na propriedade urbana - art. 182, parágrafo 2º - e na propriedade rural - art. 186.

O Código Civil atual, em seu art. 1228, disciplina a propriedade privada, fazendo clara referência aos requisitos essenciais à manutenção daquela, merecendo destaque o parágrafo primeiro, onde consta, entre os requisitos citados, o patrimônio histórico e artístico, também chamado cultural.



“Deduz-se que contribuir para o equilíbrio ecológico e para a manutenção da sadia qualidade de vida são fatores que integram a função social da propriedade” (MARCHESAN, STEIGLEDER, CAPPELLI, 2008, p. 29). Inegável que os direitos difusos – sabendo-se então que o patrimônio cultural nada mais é do que uma parcela do meio ambiente -, que possuem por sujeito à coletividade, interferem no direito particular da propriedade, fazendo com que esta tenha seu uso restrito de modo a não ser usada no único interesse de seu titular. “A noção atual de direito de propriedade tem sempre um conteúdo social, enfeixando obrigações negativas e positivas. O detentor do direito, além de exercê-lo de molde a não prejudicar direito de outrem, há de usufruí-lo em benefício da coletividade” (MARCHESAN, STEIGLEDER, CAPPELLI, 2008, p. 123).

Não há como deixar de se gerar conflitos, uma vez que estão sendo contrapostos dois direitos de propriedade distintos, um impondo limites ao outro: o direito à propriedade privada geradora de lucros e o direito à propriedade coletiva de um bem possuidor de valor cultural e, logo, ambiental.

A limitação do direito de propriedade em razão da função social, representada no caso concreto por imóvel possuidor de valor cultural, encontra precedentes no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como no Agravo de Instrumento n. 70000431890, no qual se argumenta que, em que pese o proprietário não possua dever igual ao do ente estatal de tutelar pelo bem cultural, também não lhe assenta o direito de depredá-lo ou deixá-lo em estado de abandono<sup>5</sup>.

Quando se atinge este grau de esvaziamento do direito de propriedade, não se trata mais de tombamento, mas de desapropriação para fins de proteção, conforme determina o ordenamento jurídico. Assim, não se trata de saber se é indenizável o tombamento, mas se dada a natureza do ato, ele importa em tal esvaziamento do direito de propriedade, que incorra em desapropriação (SOUZA FILHO, 1997, p. 70).

Para parte da doutrina, descabe o pagamento de indenização a proprietário de bem tombado, eis que este mantém seus direitos de alienação, uso e gozo sobre a *res*

<sup>5</sup> [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em 05.09.09.



MARCHESAN, STEIGLEDER, CAPPELLI, 2008). Restringe-se apenas, em parte ou no todo, o direito do proprietário de *alterar* o referido bem, acrescentando o ônus de preservá-lo, porém com a permissão de que continue a extrair do mesmo proveito econômico. Defendem os referidos autores, por conseguinte, a concessão de benefícios fiscais ao proprietário.

De outra banda, há autores que defendem que, só seria lícito avaliar-se a hipótese de indenização se, em um futuro, o proprietário manifestasse desejo de destruir o edifício tombado para construir outro. "Absurdo, porém, seria indenizar uma restrição a um direito que talvez, e apenas eventualmente, venha a se concretizar no futuro"(SOUZA FILHO, 1997, p. 72).

Sabe-se que, ademais, impor a exigência de indenização ao proprietário para a declaração do tombamento de um bem seria fadar a maioria dos bens culturais nacionais à destruição. É público e notório que o Estado não teria recursos suficientes para suplantar tal política, seja por falta de rendas seja por falta de interesse político em atuar na área, uma vez que a proteção do meio ambiente há muito não é tratada como prioridade pela Administração Pública.

## 6. OS CRIMES AMBIENTAIS

O Código Penal de 1940, em seus artigos 165 e 166, abordou a questão do dano ao patrimônio cultural. Contudo, tais artigos dificilmente eram aplicados de maneira eficaz, uma vez que exigiam o tombamento do bem para outorgar-lhe proteção e deixavam de incluir no tipo a modalidade culposa. Como a própria Constituição de 1988 deixou de exigir o tombamento de um bem para que este seja considerado integrante do patrimônio cultural, fez-se necessária nova legislação de tutela penal dos bens culturais, a qual se deu através da Lei 9605/98, Lei dos Crimes Ambientais.



A seção IV da Lei 9605/98, Lei dos Crimes Ambientais, aborda, seguindo o raciocínio da inclusão do patrimônio cultural como parte do meio ambiente, os delitos contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial urbano em seus artigos 62 (crime de dano), 63 (crime de alteração de aspecto ou estrutura de edificação), 64 (crime contra o ordenamento do território) e 65 (crime de pichação, grafiteagem ou conspurcação de edificação ou monumento urbano). A tutela penal dos bens culturais encontra respaldo constitucional no parágrafo 4º do art. 216.

Uma inovação trazida é que, na maioria desses artigos, o tombamento não é necessário para que um bem seja considerado portador de valor cultural (com exceção do parágrafo único do art. 65), bastando lei, decisão judicial ou procedimento administrativo para caracterizar a tutela especial, criando uma intersecção entre os três Poderes para realizar a devida proteção. Por isso diz-se dos artigos 62 e 63 que constituem normas penais em branco.

Quase todos os crimes previstos cominam penas baixas e cabem procedimento no Juizado Especial Criminal, à exceção do previsto no artigo 63.

## CONCLUSÃO

Em que pese a pesquisa ainda esteja em andamento, é possível vislumbrar-se algumas conclusões:

- A questão do patrimônio cultural ainda é incipiente na legislação e doutrina brasileiras; o pouco existente encontra-se publicado em revistas de direito ambiental da última década. Ademais, ainda há dissidência quanto à natureza da matéria, se constitui ou não parte do direito ambiental.



- A legislação determina vários instrumentos passíveis de utilização para a tutela do patrimônio cultural; contudo, muitos deles não são utilizados por falta de recursos e, principalmente, falta de interesse político, uma vez que o meio ambiente há tempos não é tratado como prioridade na sociedade de consumo ora existente.
- Os proprietários dos bens de valor cultural são em grande parte responsáveis por sua degradação, pois a limitação do direito de propriedade a eles imposta, com ausência de indenização, provoca grande resistência destes em preservar o valor cultural do bem pelo qual são responsáveis.
- A lei 9605/98 dá ênfase à reparação do dano, cominando penas baixas e prescrições tênues aos delitos cometidos contra o patrimônio cultural. De certa forma, tal procedimento pode não inibir de todo as ações dos transgressores de tais regras, mas, ao mesmo tempo, propõe uma nova concepção de direito penal mais humanitário, voltado à resolução do conflito e não à punição severa e exacerbada de seus responsáveis, opção esta indubitavelmente mais efetiva e inteligente.
- A solidariedade intergeracional nos propõe como novo desafio a proteção do patrimônio cultural, uma vez que o direito ao meio ambiente não pertence apenas a nós, mas a todos as gerações futuras. É importante salientar-se que

enquanto o patrimônio natural é 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 (SOUZA FILHO, 1997, p. 10).

## REFERÊNCIAS

BUGALHO, Nelson. Contornos do bem jurídico-penal ambiente. Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na Lei 9605/98. In: BENJAMIN,



Antônio Herman; CAPELLI, Sílvia; LECEY, Eládio (Org.). **Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres – Impactos nas Cidades e no Patrimônio Cultural**. Congresso Internacional de Direito Ambiental, 13, São Paulo, 2009.V. 1. p. 205/213.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do Poder Público. **Revista de direito ambiental**. Coordenação: Sílvia Cappelli e Eládio Lecey. RT. Número 51, Ano 13, jul/set 2008.

DIAS, Edna Cardozo. Política Nacional de Turismo e Patrimônio Cultural e Turístico brasileiros. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. Editora Magister Ltda. V. 21, dez/jan de 2009. p. 85/98

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. (coord. e co-autores). **Direito urbanístico: Estudos brasileiros e internacionais**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2006.

\_\_\_\_\_. (coord. e co-autores). **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2003.

LECEY, Eládio. Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na Lei 9605/98. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPELLI, Sílvia; LECEY, Eládio (Org.). **Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres – Impactos nas Cidades e no Patrimônio Cultural**. Congresso Internacional de Direito Ambiental, 13, São Paulo, 2009.V. 1. p. 107/122

MARCHESAN, Ana Maria. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Livraria do advogado, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise; CAPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. Editora Verbo Jurídico, 5 ed., 2008.



RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto da cidade. In: MILARÉ, Édis (Coord.) **A ação Civil Pública**. RT. 2005. p. 269/295

\_\_\_\_\_. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. 98. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPELLI, Sílvia; LECEY, Eládio (Org.). **Mudanças Climáticas, biodiversidade e Uso sustentável de Energia**. Congresso Internacional de Direito Ambiental, 12, São Paulo, 2008.V. 1. p. 285/303

\_\_\_\_\_. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. **Revista de direito ambiental**. RT. Número 11, Ano 3, jul/set 1998. p. 25/43

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Daisy Rafaela da. Patrimônio cultural imaterial – a tutela em face do direito ambiental brasileiro. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Leituras Complementares de direito ambiental**. Jus Podvm, 2008. p. 57/85

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e Proteção jurídica**. Unidade editorial, Porto Alegre, 1997.

