

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Orientação Técnica 02/2010 (art. 2º da Res. PGJ nº 78/2005) - Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico do Ministério Público de Minas Gerais

Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Coordenador da Promotoria de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais
Especialista em Direito Ambiental (Universidade Gama Filho)
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidad del Museo Social Argentino)
Professor de Direito Processual Ambiental no Curso de Pós-Graduação do Centro de Atualização em Direito (CAD) - Belo Horizonte

EMENTA: TOMBAMENTO. MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA DO ENTE MUNICIPAL PARA TOMBAR BENS DE PROPRIEDADE DO ESTADO E DA UNIÃO. ART. 1º, § 2º, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41 (LEI DE DESAPROPIAÇÃO). INAPLICABILIDADE AO INSTITUTO DO TOMBAMENTO.

1. DOS FATOS

Têm sido reiterados os questionamentos dirigidos a esta Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais por parte de Promotores de Justiça de diversas regiões do Estado acerca da possibilidade jurídica dos Municípios promoverem o tombamento de bens de propriedade dos demais entes federativos, quais sejam: a União e o Estado.



Um dos casos concretos que chegaram ao nosso conhecimento diz respeito a Mandado de Segurança impetrado pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais em desfavor do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte, referente ao processo de tombamento de três imóveis estaduais pertencentes ao Conjunto Urbano Praça Raul Soares: Escolas Estaduais Olegário Maciel, Cesário Alvim e Pandiá Calógeras.

Sustenta a Advocacia-Geral do Estado que o Município de Belo Horizonte tem competência apenas para tomar bens de propriedade privada existentes em seu território ou os bens de seu próprio domínio, ressaltando que o tombamento de bens culturais de propriedade do Estado importa em severa intervenção em seu domínio, sendo impossível a sua

efetivação segundo aplicação analógica do Decreto-lei nº 3.365/41, que veda aos "entes menores" a desapropriação de bens dos "entes maiores".

Feita essa breve exposição fática, passa-se à análise jurídica da questão.

2. ANÁLISE JURÍDICA

A análise das competências administrativas e normativas acerca da proteção do patrimônio cultural em nosso país deve ser feita levando-se em conta, por primeiro, o disposto no artigo 216, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que estabelece em tom imperativo e cogente que o Poder Público (em todas as suas esferas, sem exceção), com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

O legislador constituinte determina, ainda, no artigo 23 da Carta Magna, ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o patrimônio histórico-cultural, não havendo qualquer menção de supremacia protetiva ou vedação da ação de uns sobre a dos outros.

Veja-se:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

Ainda segundo a Carta Magna, as competências dos Municípios estão expressas no artigo 30, dentre as quais se destacam:

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Consoante lembrado por Paulo Bonavides: *As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.*¹

Sobre a questão, leciona o eminente Carlos Frederico

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 311.



Marés de Souza Filho²:

Compreende peculiar interesse do Município e evidente interesse local o cuidar das coisas da cidade e é nela que estão concentrados os bens culturais ou locais, sejam federais, estaduais ou locais. Os bens móveis, as obras de arte, peças históricas, documentos e livros, estão em regra acondicionados em museus espalhados pela cidade. Os imóveis, com predominância dos conjuntos e prédios urbanos, mas também muitas vezes as paisagens notáveis e mesmo os sítios arqueológicos, paleontológicos, ou ecológicos, estão inseridos dentro das cidades, causando serviços e obrigações às autoridades municipais além da obrigação constitucional de protegê-los. A existência destes bens geram problemas 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 auto-organizar.

Vicente Gomes da Silva³ acrescenta que:

A manifesta vontade do legislador no sentido de que os poderes públicos, indistintamente, cooperem na execução das tarefas ambientais. Ou seja, a responsabilidade de zelar do meio ambiente não pode ficar submetida a questões relacionadas com limites jurisdicionais ou espaços territoriais de cada ente político. São todos, neste caso, compelidos a cumprir e fazer cumprir tais obrigações. Vemos que em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem ou o ente que legislou a respeito. Todos podem atuar na preservação das árvores, da fauna, da flora.

Hely Lopes Meirelles⁴, por seu turno, preleciona:

O fulcro da competência administrativa do Município é o inciso I art. 30 da CF, com a discriminação das matérias enumeradas nos incisos seguintes (II-IX). Podemos dizer que tudo quanto repercutir direta ou indiretamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de poderes estranhos sem ofensa à autonomia local.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ identicamente esclarece que:

O tombamento está regido pelo Decreto-lei federal n. 25, de 30.11.1937, sendo de notar que, na matéria, a teor do art. 24, VII, da Constituição Federal, a competência é concorrente da União, Estados e Distrito Federal, competindo a estas pessoas, e além delas aos Municípios, o encargo de proteger

os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, conforme dispõe o art. 23, III, da Lei Magna.

A jurisprudência do Egrégio TJMG não discrepa:

O Município tem competência, legislativa e administrativa, para dispor sobre a proteção do patrimônio histórico-cultural de interesse local (Constituição da República, arts. 23, III, e 30, II e IX). O interesse local, para o efeito do patrimônio histórico, diz respeito à proteção dos valores que não ultrapassem a estima pública do lugar ou em que esta seja muito predominante. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.198.640-5/00 - Relator (a): EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO, j. 21/12/2000. TJMG).

TOMBAMENTO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - IMÓVEL REPUTADO DE VALOR HISTÓRICO PELO MUNICÍPIO ONDE SE LOCALIZA - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DELE PARA AFERI-LO E TOMBÁ-LO. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, 'ex vi' do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele - Município, atribui a competência para fazê-lo. Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (TJMG - EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0000.00.230.571-2, Relator (a): EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI, j. 09/10/2003).

Assim, dúvida não resta quanto à competência administrativa do município para a efetivação do tombamento.

Disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37, a finalidade do tombamento é a conservação da integralidade dos bens acerca das quais haja um interesse público pela proteção de suas características especiais e pode ser aplicado aos bens móveis e imóveis, públicos ou privados, de interesse cultural ou ambiental.

O instituto do tombamento não se confunde, em momento algum, com o da desapropriação porque, como se sabe, na desapropriação o Estado no exercício de seu "poder de império" intervém na propriedade privando coativamente um bem de seu titular para cumprir um fim de utilidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em favor do expropriado.

Em relação ao tombamento, não há transferência compulsória da propriedade e sim uma forma especial de reconhecimento do interesse público do bem protegido enquanto bem de fruição para as presentes e futuras gerações e não enquanto bem de domínio. Há, aqui, limitação do direito de propriedade com o fim de assegurar o cumprimento de sua função sócio-cultural.

Ou seja, tombamento e desapropriação não se confundem.

² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999. p. 115.

³ SILVA, Vicente Gomes da. **Comentários a Legislação Ambiental**. Brasília: WD Ambiental, 1999.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p.840.



Nesse sentido, Sonia Rabelo de Castro⁶ ensina:

Através do ato administrativo do tombamento a administração pública insere o bem identificado na classe dos bens culturais, passando a tutelar o interesse público que a coisa detém, sem detrimento das suas relações de direito concernentes ao domínio. Entrementes, com o ato administrativo identificando o interesse cultural, o exercício das faculdades do domínio passa a estar modulado pelas limitações impostas pela administração pública, visando a conservação daquele bem; não tira, em momento nenhum, a exclusividade do proprietário sobre a coisa, mas condiciona a forma do exercício das faculdades do domínio.

Querer aplicar analogicamente ao instituto do tombamento a vedação prevista no art. 2º, § 2º, de o Decreto-Lei nº 3.365/41, que versa sobre o instituto da desapropriação, é medida, *data maxima venia*, totalmente descabida, pois se trata de dar interpretação extensiva a uma norma restritiva do direito de o poder público exercer suas competências constitucionais em prol da preservação do patrimônio cultural.

Tal interpretação fere de morte um dos mais comezinhos princípios de hermenêutica jurídica: *favoriblia amplianda, odiosa restringenda*.

A doutrina específica e mais tradicional sobre o tema assim se manifesta:

Com relação a tombamento de bens públicos, a dúvida geralmente levantada é quanto à possibilidade jurídica de Município tomar bens da União ou dos Estados, ou de Estados tomarem bens públicos federais. Há quem argumente quanto à impossibilidade de entidades políticas 'menores' procederem à proteção de bens públicos de entidades superiores, por analogia à Lei de desapropriação. Não cabe de forma alguma esse entendimento, pois seria estender a outro instituto uma interpretação restritiva, fazendo exceção onde a própria lei não o faz; não há qualquer razão de se fazer a transposição analógica restritiva de um instituto (desapropriação) para outro (tombamento).

Heráclito de Queiroz, de igual sorte, assim leciona:

Por outro lado, qualquer que seja o nível federativo em que seja efetuado, o tombamento é ato soberano, que se impõe ao respeito mesmo das pessoas jurídicas de direito público interno de nível hierarquicamente mais elevado na Federação.

Assim, o tombamento no âmbito municipal impõe-se ao respeito do Estado e da União, pois que nem a União, nem aquele - o Estado-membro - poderiam rever, cancelar ou tornar sem efeito ato legalmente praticado pela autoridade municipal, na esfera de sua competência.⁷

Sobre a possibilidade do tombamento municipal de bens de propriedade do Estado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO -

⁶ CASTRO, Sonia Rabelo de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

⁷ *Apud* PIRES, Maria Coeli Simões. p. 108.

COMPETÊNCIA MUNICIPAL. 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum - art. 23, III -, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. 4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado. 5. Recurso improvido. (RMS 18.952/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 266)

Eis o teor do elucidativo voto da Eminente Ministra Relatora:

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): Tombamento é a forma de o Poder Público proteger o patrimônio histórico-cultural, ato que não importa em transferência da propriedade. Portanto, não se confunde tombamento com desapropriação, porque na última existe a compulsória transferência da propriedade para o patrimônio do expropriado.

Se assim é, não se pode estender a vedação constante do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei 3365, de 21 de junho de 1941, específico para as desapropriações, à hipótese de tombamento. O dispositivo mencionado proíbe que o Município desaproprie bem do Estado, ou que o Estado desaproprie bem da União, devendo-se respeitar a hierarquia entre pessoas jurídicas.

Como não há dispositivo expresso proibindo a hierarquização para o tombamento, a solução que se afigura pertinente é partir de uma construção jurídica.

De acordo com a Constituição Federal, têm os Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local ou peculiar interesse, como constava na Constituição antecedente. E, em relação a tombamento, há competência comum às três unidades da federação, cada um dentro da sua esfera de atribuições.

Com efeito, estabelece a CF de 88:

Art.23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

Também está previsto na Constituição, no § 1º, do art. 216:

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

A respeito da competência municipal, ensina José Cretela Júnior, em *Dicionário de Direito Administrativo*, 3. ed., pág. 516:



Desse modo, todos os Estados Brasileiros, assim como todos os Municípios podem por direito próprio, outorgado pelo diploma maior, editar normas específicas a respeito dos respectivos patrimônios resultáveis do tombamento.

Como se vê, cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, na medida em que o tombamento pretende preservar e conservar um bem intacto, imune à destruição ou a qualquer tipo de modificação, em face do interesse da comunidade pela manutenção estética do bem, seja por razões históricas, artísticas, arqueológicas ou paisagística. É uma espécie de medida cautelar para preservação do patrimônio cultural e histórico local, sem interferir no direito de propriedade.

A conclusão a que se chega é de que cabe ao Município efetuar o tombamento, sem se limitar a sua competência à hierarquia havida entre os entes federativos, como ocorre em relação à desapropriação.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo o acórdão impugnado.

É o voto.

Corroborando tal entendimento colhe-se ainda da jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. CENTRO HISTÓRICO DE CUIABÁ. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DO MUNICÍPIO E AO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECRETO-LEI N. 25/37.1. O fato de a concessão de alvarás sobre os imóveis pertencentes ao Centro Histórico de Cuiabá ser função da Prefeitura não exclui a competência da União, prevista na Constituição (arts. 216, § 1º, e 23, III e IV), para tratar da preservação do patrimônio cultural. Além disso, o inciso IX do art. 30 faz a ressalva de que a ação do Município no âmbito do patrimônio cultural deve observar a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. 2. A r. sentença não constitui invasão da competência do Poder Legislativo. Ao determinar que o apelante se absteresse de emitir alvarás autorizativos de obras que importassem em descaracterização da área à época em processo ainda não concluído de tombamento, o eminente magistrado acertadamente adequou ao caso concreto o disposto no art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37. 3. Sentença mantida. Apelação e remessa oficial improvidas. (AC 1998.01.00.004255-6/MT, Rel. Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (conv.), Primeira Turma Suplementar, DJ p.133 de 05/06/2003)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal nº 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15,

II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 121140, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00272)

Ademais, causa espécie a tese defendida pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais não só pelo fato de que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA) fomenta e estimula o tombamento de bens por parte dos municípios mineiros (sem nenhum tipo de restrição), mas ainda também porque o próprio Estado já efetuou o tombamento de diversos bens de propriedade da União (sítios arqueológicos e espeleológicos - art. 20 da CF/88), tais como:

- Conjunto Arqueológico e Paisagístico de Poções, Município de Matozinhos - 1996,
- Lagoa e Lapa do Sumidouro, Municípios de Pedro Leopoldo e Lagoa Santa, Decreto nº 18.531/77;
- Sítio da Varginha do Lourenço, Município de Matozinhos, Decreto nº 29.399/89;
- Ponte Marechal Hermes, Município de Pirapora, Decreto nº 20.327/85;

Assim, *data maxima venia*, a tese sustentada pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais não encontra nenhum substrato, seja na legislação vigente ou na melhor doutrina e jurisprudência existentes sobre o tema.

3. CONCLUSÕES

Ante os argumentos acima expendidos, conclui-se:

1) O Município detém competência administrativa plena para a efetivação do tombamento de bens privados e públicos, sejam estes últimos próprios ou pertencentes ao Estado ou à União.

2) A regra prevista no art. 1º, § 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 tem aplicação restrita e específica ao instituto da desapropriação e não pode ser aplicada analogicamente ao instituto do tombamento.

São essas as conclusões e orientações técnicas desta Coordenadoria Estadual.

Belo Horizonte - MG, 21 de janeiro de 2010.