

é, independe de culpa. Ao Estado não cabe ação regressiva contra o juiz, pois ser ou nascer oblioso não é um defeito, mas uma inteligência. Se, ao contrário, o juiz afrontou a lei de caso pensado, "errou" de má-fé, cabe ao Estado indenizar a vítima e acionar o juiz delinqüente, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 107 da CP e art. 133, I, do CPC.

9. Há, finalmente, a hipótese da revisão criminal, prevista nos arts. 621 a 630 do CPP, em relação à qual todos estão de acordo em que o prejudicado ou vítima, por si ou através dos seus representantes, poderia pleitear a revisão da sentença condenatória, em qualquer tempo, pois a revisão criminal, ao contrário da rescisória civil, jamais fereça no obstáculo da coisa julgada para alcançar um novo julgamento elisivo do palmério. O art. 630 do Código citado é expresso em estabelecer:

"Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º. Por essa indenização, que será líquida no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça Federal ou do Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva Justiça.

§ 2.º. A indenização não será devida: a) se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio imputante, como a confissão ou contradição de prova em seu depoimento; b) se a acusação houver sido meramente privada."

O art. 630 concorda com o art. 107 da CP e, por isso, mesmo que o art. 630 não o diga, cabe ao Estado ação regressiva contra o juiz falioso ou de má-fé. Parece-nos, também, que o tribunal pode dar mais do que pediu o requerente, como, p. ex., absolvê-lo, quando se tenha pedido apenas a redução da pena. Há um interesse de ordem pública, no reconhecimento da liberdade do cidadão, razão pela qual o magistrado poderá, aparentemente, exceder os limites das suas atribuições, quando estiver em jogo a liberdade, que não é um atributo disponível do indivíduo, mas um bem sob a tutela do Estado. Daí, então, não entendermos por que a lei não incluiu os represen-

tantes do Ministério Público entre aqueles que podem reuener a revisão criminal. Estranhável a ressalva constante da letra "b" do § 2.º do art. 630: "a indenização não será devida... se a acusação houver sido meramente privada". Ora, quem julga é o juiz, é o Estado, pouco importando que a ação tenha se instaurado por iniciativa do Ministério Público ou queixa privada. A restrição, ao que parece, é de todo descabida.

10. Rematando, que nos seja lícito tecer algumas considerações sobre o grande obstáculo no pontal desempenho dos serviços da Justiça: a demora, a procrastinação, no andamento dos processos. O retardamento ocorre, em regra, pela ocorrência ou concorrência das seguintes causas: serviço mal aparelhado e desidia do magistrado, não sendo rara a conjugação dos dois fatores negativos.

Entendemos que, se a demora ocorre por conta exclusiva da negligência do juiz, a responsabilidade é do juiz, passível de sanções pecuniárias, administrativas e até penais, sem prejuízo do disposto no art. 133, II, e parágrafo único, do CPC. Se a procrastinação se dá por culpa do juiz e da "falta do serviço", como é frequente, responde o Estado, com ação regressiva contra o juiz negligente. Na hipótese de as autoridades incumbidas da fiscalização e correção das atividades forenses negligenciarem no desempenho das suas atribuições, haverá culpa in vigilando, que implica a responsabilidade do Estado e da autoridade faliosa (parágrafo único do art. 107). Na prática, nada disso funciona, como todos sabem. Mas é bom que se diga e proclamem, pois mais vale acender uma vela do que maldizer a escuridão.

#### NOTAS

1. RDA 90/149 e 150; RT 147/328 e 175/619; RTJ 64/695.
2. Ducz, *La Responsabilité de la Puissance Publique en dehors du Contrat*, 1938, p. 27.
3. RT 555/70.
4. *Traité Élémentaire du Contentieux Administratif*, 1971, pp. 234 e 401.
5. *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, 1946, p. 493.
6. *Cômo Não Nascem de Arinho*, Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
7. José Cereleia Junior, *Do Ato Administrativo*, pp. 332 e 333.
8. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2/594, art. 135.

## TOMBAMENTO Instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural

PAULO APONSO LEME MACHADO  
Promotor Público em Prática, SP — Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Eschbourg, França — Professor da UNIMEP e da UNESP — Membro do Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente

SUMÁRIO: I — Conceito de tombamento. II — Conceito de patrimônio natural: I. Legislação Brasileira — 2. Legislação comparada. III — Tombamento e planejamento nacional, estadual e municipal. IV — A vinculação como área protegida. V — Poder de polícia do patrimônio e atividade privada. VI — Estrutura dos organismos administrativos de proteção do patrimônio e participação social. VII — Previsão constitucional. Competência concorrente. Análise crítica. VIII — Desconcentração e tombamento. IX — Natureza jurídica do bem tombado: I. Bem tombado de propriedade privada: 1.1. Limitação ao direito da propriedade — 1.2. Servidão administrativa — 1.3. Domínio eminentemente do Estado — 1.4. Bem cultural como bem imaterial — 1.5. Propriedade com função pública. 1.6. Bem de interesse público — 2. Bem tombado de propriedade pública. X — Co-responsabilidade da Administração em conservar o bem tombado. XI — Espécies de tombamento. XII — Instância do tombamento: I. Instituição por lei — 2. Instituição por ato do Poder Executivo. XIII — Processo de tombamento. XIV — Tombamento provisório. XV — Área de proteção ambiental e tombamento. XVI — Parques e tombamento. XVII — Autorização para realizar obras. XVIII — Direito de preferência diante de alienação onerosa. XIX — A indenização e o tombamento. XX — Sanções administrativas: I. Multa — 2. Demolição — 3. Sanção reparatória: restaurar a coisa tombada. XXI — Sanções penais. XXII — Partilhação do público na defesa judicial do patrimônio. XXIII — Conclusões.

### I — Conceito de tombamento

Tombam um bem é inscrevê-lo em um dos livros do "Tombo" existentes no âmbito do patrimônio cultural, historicamente chamado "Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional" ou no livro apropriado da repartição estadual ou municipal competente.

É uma "intervenção ordenadora" criada do Estado na propriedade privada,

limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permitidamente enclausurada, destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico", segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto.<sup>1</sup>

O Dec.-lei Federal 35, de 30.11.37, em seu art. 5.º, permite alargar a conceitu-

ção acina expandida, abrangendo os bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios, e não somente à propriedade privada.

Com José Crevelle Junior podemos dizer: "Se tombar é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, tombamento é a inscrição de bem, móvel ou imóvel, no livro público respectivo".<sup>2</sup>

Os livros previstos pela legislação federal são os seguintes: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Livro do Tombo Histórico, Livro do Tombo das Belas Artes e Livro dos Livros das Artes Aplicadas. Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

## II — Conceito de patrimônio natural

### 1. Legislação brasileira

O Dec.-lei 25/37 preceitua: "Equivalerão-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que venham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana".

Protege-se a natureza não só pela sua beleza, pela sua parte estética ou ornamental, mas porque uma área ou um sítio apresenta ou passou a apresentar uma característica importante ou notável.

Portes de Miranda aponta, com sua habitual acuidade: "O mesmo raciocínio haveremos de fazer quanto a quaisquer monumentos artísticos, belezas naturais, incluídas as paisagens, as grutas, ou quaisquer outros locais que representem, bem que naturais, valores para a cultura humana. As belezas da natureza, associadas a qualquer fato, ou os próprios recantos, de beleza discutível, porém que tenham significação histórica ou literária, entram na mesma categoria. Presen-tem, porém, que mais longe vai o alcance do art. 180, parágrafo único. Não é preciso que haja qualquer ligação da beleza natural, em amplo sentido, à história humana, à vida do povo, para que possa o Estado protegê-la quanto ao que a destaca, a prejudique ou a alieira. A importância, a monumentalidade, a excepcionalidade do recanto, ou da arquitetura ou como ou da altitude, basta para que

o ato estatal protetivo — legislativo, ou executivo, de acordo com a lei — seja permitido".<sup>3</sup>

Resalte-se que a proteção da natureza está integrada no âmbito da cultura, integrando-se plenamente o parágrafo incluído e o caput do mencionado art. 180 da EC 1/69. Cultura visa "como processo global em que não se separam as condições do meio ambiente daquelas do fazer do homem, em que não se deve privilegiar o produto — habitação, templo, artefato, dança, canção, palavra — em detrimento das condições históricas, socioeconômicas, étnicas e do espaço ecológico em que tal produto se encontra inscrito".<sup>4</sup>

Os bens a serem protegidos são aqueles que "venham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana". Foi também feita a redação desse trecho do § 2.º do art. 1.º do Dec.-lei 25/37, pois evita qualquer discussão se os monumentos, sítios e paisagens são ou não autoctôneos. Assim, ainda que tenham sido objeto de intervenção e que não tenham caráter primitivo, podem merecer a proteção especial do tombamento.

### 2. Legislação comparada

Examinamos aqui o patrimônio cultural nacional. Contudo, se faz proveitoso colher também as conclusões acerca do patrimônio natural em Convenção Internacional aprovada pelo Brasil. "Pazem parte do patrimônio natural os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações; as formações geológicas e fisiográficas e as áreas nitidamente delimitadas que constituam o habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas e os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente delimitadas".<sup>5</sup>

A Convenção Internacional traz subsídios para dar os contornos dos monumentos naturais, sítios e paisagens a serem tombados no Brasil. Para o Dec.-lei 25/37 não é qualquer local que merece o tombamento, mas aquele que está dotado de notabilidade. E de se acenhar que sítios e monumentos naturais comuns em determinada época passam a ser diferentes em outros em outra época históricas, passando a merecer menção especial ou ser dignos de atenção.<sup>6</sup>

A lei francesa de 2.5.30 prevê que "será estabelecida, em cada departamento, uma lista de monumentos naturais e de sítios cuja conservação ou preservação, aparente, do ponto-de-vista artístico, histórico, científico, lendário ou pitoresco, um interesse geral". "De acordo com os trabalhos preparatórios da lei de 1890, os sítios de caráter científico são aqueles que contém riquezas pertencendo a um dos três ramos da natureza (mineral, vegetal e animal). Uma fauna rara, uma espécie em via de extinção habita um lugar determinado porque este reúne condições climáticas particulares, favoráveis à vida e à reprodução de certos animais; pode, pois, ser necessário assegurar a sua conservação. Um lugar pode ainda oferecer um valor único pela presença de uma jazida mineral, de uma estrutura geológica que contém preservadas e contra uma exploração inconsciente, que alteraria ou faria desaparecer esta fisionomia particular da terra".<sup>7</sup>

A legislação sueca (Ato de Conservação da Natureza — 1964: 823) prevê a conceitualização de monumentos naturais (art. 13) e reservas naturais (arts. 7.º — 12). São monumentos naturais quaisquer espécimes naturais pertencentes a uma propriedade, julgados dignos de proteção pela importância do conhecimento da história natural do país ou pelos seus predadores de beleza ou outras características. A área de terreno deve ser suficiente para a preservação do espécime.

A legislação italiana (Lei 1497, de 29.6.39) prevê, em seu art. 1.º:

"São sujeitos à presente lei por causa de seu notável interesse público:

"1.º, as coisas imóveis que tenham notável caráter de beleza natural ou de singularidade geológica;

"2.º, as quintas, jardins e parques não contemplados na lei de tutela das coisas de interesse artístico ou histórico, quando se distinguem por sua incomum beleza;

"3.º, os complexos de coisas imóveis que tenham característico aspecto de valor estético e tradicional;

"4.º, a beleza paisagística considerada como quadro natural e também o belvedere, acessível ao público, do qual se frua o espetáculo da beleza referida."

Foi apresentado projeto de lei governamental (tendo dado entrada na Câmara

dos Deputados aos 4.3.82) que dispõe sobre a tutela dos bens culturais. O bem cultural foi concebido como as coisas que, por seu interesse arqueológico, arqueológico, histórico, artístico, arquitetônico, literário, audiovisual, ambiental, naturalístico, demográfico, etnográfico, — individualmente ou em conjunto — "sejam naturalmente ou em conjunto — sejam naturalmente significativas da civilidade, do conhecimento, do costume, do trabalho do homem, do ambiente natural, histórico, geológico e paleontológico". Esse projeto foi elaborado por uma comissão presidida pelo Prof. Massimo Severo Giannini.

Vale também colocar-se em relevo o "decalogo da salvaguarda" sobre o qual a UNESCO deverá guiar-se (programa "O homem e seu ambiente" — MAB):

1) "A conservação do patrimônio cultural e natural é um dos elementos dos mais importantes da afirmação da identidade cultural dos povos. No plano nacional este patrimônio deve ser identificado, protegido, preservado e valorizado"; 10) "A proteção do patrimônio natural da humanidade, ao compreendido o capital genético das espécies vegetais e animais, deve ser considerada como um elemento essencial na utilização racional dos recursos do planeta".

## III — Tombamento e planejamento nacional, estadual e municipal

A proteção do patrimônio natural e cultural pode ser realizada tendo-se em vista somente um determinado imóvel ou um conjunto de imóveis. Seria, contudo, discriminatório e ilógico que, numa determinada área, de imóveis guardando semelhança em valor histórico, artístico ou natural, um só fosse tombado ou alguns, deixando outros com parecidas características ao desabrigo da tutela do Poder Público.

Encontram-se, felizmente, no Brasil, hábitos ou cidades íntimas que mereceram o tombamento. Daí se vê que o tombamento não pode ficar à margem dos planos nacionais, regionais, estaduais, metropolitanos e municipais. Pouco representativa e até deletívia seria a conservação natural se casuística e episodicamente se cuidasse da proteção de um ou outro monumento cultural.

De outro lado, não se pode esquecer do valor do tombamento como regime jurídico antecipativo e às vezes acessório do zoneamento urbano. A cobra e imprevisto de alguns, erige-se esse Instituto Jurídico como autolimitador do próprio Poder Público.

O planejamento pode ser entendido como "racionalização na tomada de decisões individuais e coletivas dirigida a ações sistemáticas com objetivo de conseguir-se o bem-estar público, abrangendo os aspectos sociais, econômicos, físico-espaciais-ambientais, ou outros de interesse público".<sup>8</sup>

O planejamento visa a "assegurar um equilíbrio apropriado entre todas as premissas de uso do solo, de maneira que este seja utilizado no interesse de todo o povo".<sup>9</sup>

Vemos que a nível federal e estadual se registra uma preocupação de planejamento da conservação do patrimônio cultural, como se constata das Portarias Interministeriais 19, de 4.3.77, e 1.170, de 27.11.79, assinada a primeira pelo Ministro da Indústria e do Comércio e pelo Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Educação e Cultura, sendo que os dois últimos também assinam a última portaria.

Os Estados e Municípios que desejam receber recursos federais nesta área deverão organizar "programa de preservação de bens culturais". Concomitantemente, os órgãos e entidades envolvidos deverão incluir a "inclusão nos Planos Diretores de Desenvolvimento Urbano de legislação de proteção às áreas de valor cultural".

Na elaboração de um plano nacional de proteção dos bens culturais e, particularmente de recursos naturais deve-se procurar o inventário de todos os interesses em confronto, para se saber se há outros interesses equivalentes ou superiores de importância nacional que se opõem à conservação. Nesse sentido a Lei Federal suíça de proteção da natureza e da paisagem n. 451, de 1.7.66. Contudo, parcerias de magna importância que, enquanto se discute a necessidade ou não do tombamento definitivo, deve-se iniciar o procedimento do tombamento, pa-

ra que o bem fique intocável até decisão definitiva. Caso contrário, as forças destrutivas, que, em geral, são mais rápidas, se põem em ação e apresentam o fato consumado da inexistência do bem ou o consumo de um projeto envolvendo o bem a ser tombado.

Não se pode pensar que só a elaboração do plano conservará todos os bens culturais ou que todos eles estarão automaticamente abrangidos. Alain Bascquet, Diretor de Arquitetura do Ministério dos Negócios Culturais Franceses, aponta que a "planificação é por sua natureza bastante rígida, pois visa a criar uma previsão exata e uma certa segurança jurídica. Ora, o inventário do patrimônio arquitetural diz-se de ser protegido não termina jamais, porque este patrimônio não é constituído, nem se revela de uma vez por todas. Conflitos são e serão sempre possíveis entre a planificação e a conservação. Conclui-se que uma legislação especial de proteção é indispensável para permitir a autoridade responsável intervir a qualquer momento, ainda que seja para suspender uma ação de demolição".<sup>10</sup>

O plano não esgota toda a ação conservadora do patrimônio cultural, como já foi salientado. Contudo, nem por isso o planejamento pode ser menoscabado ou colocado de lado. Após a preparação do inventário dos bens, realizado por uma equipe multidisciplinar, o planejamento visa a "sintetizar os diferentes conhecimentos proporcionados pelos inventários e recenseamentos; exprimir as opções de ação e de organização em matéria de conservação; integrá-las; assegurar uma proteção eficaz pela integração de meios legislativos de salvaguarda e o ordenamento do desenvolvimento diante das pressões econômicas e sociais; programar as intervenções de reabilitação e de restauração no tempo e no espaço; estabelecer a importância das contribuições financeiras estatais".<sup>11</sup>

A proteção da vizinhança ou do entorno do monumento tombado revela a necessidade de uma previsão principalmente a nível municipal dessa tutela jurídica, para que o art. 18 do Dec.-lei 25/37 não seja fonte de conflito entre o órgão de proteção cultural e o órgão licenciador de construções ou de atividades agrícolas ou florestais.

#### IV — A vizinhança como área protegida

A vizinhança da coisa tombada acarreta limitações ao direito de propriedade. A legislação Federal (art. 18 do Dec.-lei 25/37) estabeleceu: "Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção, que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes; sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto". A legislação paulista fixa um raio de 300 m em torno da coisa tombada (arts. 137 e 138 do Dec. 13.426, de 16.3.79).

Procurou-se proteger a visibilidade da coisa tombada, seja monumento histórico, artístico ou natural. O monumento ensina pela presença e deve poder transmitir uma fruição estética mesmo ao longe. Não só o impedimento total da visibilidade está vedado, como a dificuldade ou impedimento parcial de se enxergar o bem protegido. Nota-se que a vizinhança passou a ser tutelada a ponto de Pontes de Miranda ensinar: "Aí está, a favor do titular do direito de propriedade da coisa tombada, direito de vizinhança, não previsto no Direito das Coisas. Trata-se de direito público de vizinhança".<sup>12</sup>

Parceira-nos tímida a proteção do bem tombado, pois só se lhe resguarda a visibilidade, podendo a vizinhança deixar de apresentar homogeneidade com a coisa ou ser alterada de modo prejudicial a ela. Dúas situações podem ocorrer: as adições da coisa tombada já estão desfiguradas quando do tombamento ou passam a ser transformadas após o tombamento. Ora, com a legislação mencionada não se deram meios à Administração para impedir a alteração ou exigir a adaptação integrativa da vizinhança.

A legislação Federal não mencionou a área onde incidem as limitações de não edificar e de não se colocarem cartazes ou anúncios. Agiu acertadamente, pois depende da topografia do terreno para se saber qual a metragem a ser observada. Contudo, há uma lacuna a ser preenchida, pois não se previu a obrigatoriedade de um plano urbanístico ou

rural para apontar, em cada caso, a área abrangida. Dessa forma, flocos incerta a zona de proteção, gerando subfletismo da Administração Pública e até conflitos entre as licenças e autorizações municipais, estaduais e federais. Outra falha é a ausência de obrigação de ser transcrita a limitação no Cartório do Registro de Imóveis.

A legislação francesa estabeleceu: "Quando um imóvel está situado no campo de visibilidade de um edifício classificado ou inscrito, não se pode fazer, tanto por parte das propriedades privadas como das coletividades e estabelecimentos públicos, nenhuma construção nova, nenhuma demolição, nenhuma desmatação, nenhuma transformação ou modificação de natureza a afetar o aspecto, sem autorização prévia" (art. 13-bis da lei de 31.12.13, alterada pela Lei 66-10.2, de 30.12.66). E, com referência aos monumentos naturais, prescreve a legislação da França:

"Em torno dos monumentos naturais e dos sítios inscritos pode ser estabelecida uma zona de proteção, observando-se as seguintes condições:

"1. O prefeito (semelhante ao nosso governador), após parecer da comissão regional das operações imobiliárias, de arquitetura e dos espargos protegidos, estabelece um projeto de proteção, contendo o plano das parcelas, constituindo a zona a proteger, com a indicação das prescrições a serem impostas para assegurar essa proteção..."

A lei espanhola (Dec. 1.346, de 9.4.76 — texto refundido da Lei 19/75 sobre o regime do solo e ordenamento urbano) previu, em seu art. 73:

"As construções terão que adaptar-se, no essencial, ao ambiente em que existem situadas e para tal efeito:

"a) as construções em lugares inabitados ou que formem parte de um grupo de edifícios de caráter artístico, histórico, arqueológico, típico ou tradicional terão que harmonizar-se com o mesmo, ou, quando, sem existir conjunto de edifícios, houver algum de grande importância ou qualidade com os caracteres indicados;

"b) nos lugares de paisagem aberta e natural, seja rural ou marítimo, ou nas perspectivas que ofereçam os conjuntos

urbanos de características histórico-artísticas, típicos ou tradicionais e nas imediações de estradas e vias de tráfego público, não se permitia que a situação, massa, altura dos edifícios, muros e fechos ou a instalação de outros elementos, limite o campo visual para contemplar as belezas naturais, romper a harmonia da paisagem ou desfigurá-la por perspectiva própria da mesma."

Na legislação italiana, a Lei 1.080, de 1.6.39, estatui que o "Ministro para os bens culturais e ambientais tem a faculdade de preservar a distância, a medida e outras normas para evitar que seja posta em perigo a integridade da coisa imóvel sujeita à tutela histórica e histórica ou que seja prejudicada a perspectiva e visibilidade ou haja alteração das condições do ambiente e do decoro". Os autores mencionados assinalam tratar-se de "vínculo indireto que se insere no vasto quadro da categoria geral dos limites legais da propriedade". Acentuam ser considerado "constitucionalmente legítimo que o art. 21 não preveja indenização".

Ve-se, portanto, que as legislações estrangeiras referidas comportam oportunas e necessárias limitações ao direito de propriedade de imóveis situados na vizinhança da coisa tombada, não se restringindo a guardar-lhe a visibilidade.

No Brasil, a construção que está impedida é não só a obra totalmente nova, com a reforma (de reparação ou ampliação). O "fazer construção" previsto no art. 18 da legislação federal, não implica demolir o que existe no sítio do tombamento, mas é regra incidente a partir do ato protetor. As construções proibidas não são somente as privadas, como as públicas, sejam edifícios, arruamentos, viadutos etc.

Salientamos que podem reclamar administrativamente ou judicialmente não somente o próprio proprietário da coisa tombada (direito público de vizinhança) como os vizinhos ou qualquer cidadão (e, com a esperada reforma da legislação, as associações), pois todos têm um direito à fruição da coisa tombada.

#### V — Poder de polícia do patrimônio e atividade privada

Não é, como pode parecer, somente um programa ou uma elogiável declaração de

intenção o art. 180, caput, e seu parágrafo único, da EC 1/89. Ao apontar-se o dever do Estado de ampliar a cultura, subtrai-se essa atividade protetora da cultura da ação facultativa estatal. Ainda que não seja fácil balizar o conteúdo desse dever, pela sua magnitude e profundidade, a afirmação constitucional coloca mais uma obrigação para o Poder Público. Desamparar a cultura é estar omissa e faloso para com uma das faces de sua missão.

Além da existência do dever mencionado, o texto constitucional prevê uma "proteção especial" para os bens culturais especificados.

Encontram-se aí as bases do poder de polícia do patrimônio cultural. A intervenção estatal é obrigatória. Em decorrência dessa intervenção, o próprio Poder Público haverá de limitar-se, tomando seus próprios bens, e limitará os bens privados, dentro das fronteiras dessa mesma Carta. Importa ressaltar esse aspecto, decorrente, portanto, que a fiscalização e gestão da política cultural nacional, estadual e municipal não são delegáveis à ação privada.

Passamos logo ao exame da legislação existente a nível federal para aplicar o ponto-de-vista expandido. Pela Lei 6.857, de 17.12.79, foi criada a Fundação Nacional Pro-Memória, "com personalidade jurídica de direito privado, desvinculada a contribuir para o inventário, a classificação, a conservação, a proteção, a restauração e a revitalização dos bens de valor cultural e natural existentes no País". Foram transferidos para o domínio da Fundação os bens tombados, atuais e futuros, móveis e imóveis da União (art. 3º). Entretanto, vale acentuar que à mencionada Fundação cabe contribuir para a conservação do patrimônio cultural e natural, mas não fiscalizá-lo. Dessa forma, não foi extinto o órgão estatal encarregado de assessorar no tombamento, de autorizar modificações nos bens tombados, assim como de impor sanções administrativas. A própria Fundação fica sujeita à fiscalização da Secretaria da Cultura do Ministério da Educação e Cultura. Não se privatizou, pois, e nem seria constitucional, a ação "protetora especial" do Poder Público com referência aos bens mencionados no art. 180, parágrafo único, da EC 1/89.

Não se ignora o quão difícil é manter dentro da independência a própria ação dos organismos públicos encarregados do poder de polícia do patrimônio natural e cultural, dados a forma de recrutamento de seu pessoal e o regime jurídico que seu pessoal observa, com o escapismo para a contratação por via da CLT, e não do regime estatutário.

#### VI — Estrutura dos organismos administrativos de proteção do patrimônio e participação social

A Administração Federal esboçou, desde 1937, um modelo colegiado para declarar o bem objeto de tombamento. No Estado de São Paulo esse sistema administrativo também foi acolhido.

Como acentuamos em nosso *Direito Ambiental Brasileiro*: "O critério de escolha dos componentes do colegiado, os requisitos prévios dessa opção e composição, a duração do mandato, o processo de nomeação, a frequência das reuniões e o modo de convocá-las, entre outros dados, mostram a possibilidade de existência de um órgão coletivo". Importa saber se as deliberações do colegiado são públicas ou decorrem da sessão consultiva os votos serão tornados públicos. Disso dependerá a possibilidade de os administrados se intrometerem da maneira como as decisões foram tomadas e terem oportunidade de elogiar ou criticar o posicionamento dos que devem zelar pelos seus interesses."

Não basta, portanto, a existência de um Conselho Consultivo Federal, um Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico — CONDEPHAAT a nível estadual (em São Paulo) ou um conselho municipal. É preciso pesquisar-se o modo como seus componentes são recrutados e qual a sua liberdade de ação.

Como bem acentuou J. Untermaier "a proteção dos monumentos naturais e dos sítios é um domínio complexo onde se defrontam os interesses científicos e estéticos e os interesses financeiros e onde as considerações políticas às vezes têm um peso não negligenciável".

O Conselho Consultivo Federal é composto pelo Secretário da Cultura, Sub-

secretário do Patrimônio Histórico e Arqueológico Nacional, diretores dos museus históricos e artísticos de âmbito nacional e 10 membros, com mandato de três anos (Portaria MEC-635, de 25.11.81). Vem-se um lado positivo e outro negativo nesse Conselho: o mandato é previsto na sua duração e, assim, o conselho não pode ser demitido ao arbítrio do Ministro ou do Secretário da Cultura. No entanto, a seleção dos 10 especialistas fica a critério de quem os designa.

O Conselho Estadual em São Paulo, originalmente com nove membros, tem, atualmente, 13 membros. A sua composição merece elogios, pela diversidade de origem dos componentes, havendo, contudo, carência de maior número de representantes das áreas de Biologia, Ecologia, Botânica, Arqueologia, Espeleologia. Nota-se, também, a completa ausência das associações não governamentais da área dos recursos naturais, estando presentes validamente outras associações, como o Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo e o Instituto Histórico e Geográfico Guarulhos-Bertoga. O ponto altamente vulnerável na atuação do Conselho paulista é a possibilidade de seus membros poderem ser demitidos a qualquer momento e de as decisões do Conselho poderem ser avocadas pelo seu Presidente.

Colocando em relevo a participação das associações na política de conservação do patrimônio cultural e natural, Jean Larnarque, Professor na Faculdade de Direito de Bordeaux, aponta que a representação obrigatória das associações foi duplicada em 1981, salientando que a designação de personalidades de competência ficou mais difícil.

#### VII — Previsão constitucional. Competência concorrente. Análise crítica

A Constituição Federal de 1934 atribuiu à União e aos Estados a competência de "proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte" (art. 10, III). Como se vê, os Municípios não foram contemplados com essa missão protetora do patrimônio cultural.

A Constituição Federal de 1937 estatuiu que "os monumentos históricos, artísticos ou naturais, assim como as paisagens ou os locais, particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, do Estado e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional" (art. 134). O Município passa a ser abrangido e a proteção aos bens mesmo particulares passa a ser como se públicos fossem. Ainda que a Constituição não tenha sido explícita sobre a distribuição de competências concernente à proteção aludida, o Dec-lei 26, de 30.11.37 (editado já sob a égide dessa Constituição), concebia a legislação estadual sobre a matéria como complementar (art. 23). Parece-nos que tal assertiva chocar-se com a competência mais ampla do art. 134 da CF emanada, pois, consoante o espírito ferrenhato, as restrições aos Estados e aos Municípios devem ser previstas.

A Constituição Federal de 1946 previu que "as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público" (art. 175). O texto constitucional deixa em aberto a competência para a União, Estados e Municípios ao mencionar "Poder Público". Continuou a competência concorrente.

A Constituição Federal de 1967 previu, em seu art. 172, que "o amparo à cultura é dever do Estado". No parágrafo único dispôs: "Placem sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas". Os documentos e as jazidas arqueológicas ganharam expressa proteção. Retomou-se a linguagem da Constituição de 1937 e definiu-se a proteção como "especial", o que pode transpender a mera intenção, já mostrando a necessidade de uma maior intervenção fiscalizadora sobre a gestão dos bens tombados públicos e privados. Nada tendo sido esmialhado em contrário, as competências continuou concorrente.

A EC Federal 1/69 repetiu o disposto na Constituição de 1967, enquadrando a

matéria no art. 180, em seu parágrafo único.

Pontos de Miranda assevera: "Mas pode o interesse na conservação e guarda ser mais especialmente para o Estado-membro, o Distrito Federal, ou o Município. Qualquer delas, inclusive a União, pode tomar o que outra já tomara, para reforçar a eficácia do tombamento, ou para evitar que a outra se omita na fiscalização ou de permissões que tram o interesse revelado". José Afonso da Silva assinala que "as três esferas de competência podem, paralelamente, tomar o mesmo bem, sem que haja exclusão em face de qualquer delas. Não ocorre caso de competência só da União, ou só do Estado, ou só do Município, como se quis insinuar, em pareceres, no discutido caso da Chácara do Céu, situada no Leblon, no Rio".<sup>18</sup>

Como afirma o art. 13, § 1.º da EC 1/69, "aos Estados são conteúdos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição". Assim, não tendo sido explicitada ou deixada implícita, competência suplementar para os Estados e Municípios, estes podem utilizar de liberdade para legislar sobre a matéria de proteger o patrimônio cultural.

A matéria, contudo, mereceria outra previsão constitucional, estabelecendo-se uma hierarquia normativa, de forma a contemplar os Estados e Municípios com a competência subsidiária à da União, e não paralela. Com isto não se postula um centralismo protetor dos monumentos históricos, artísticos e naturais. As regras básicas merecem, entretanto, ser as mesmas para toda a Nação, para que não se criem vários regimes jurídicos de proteção, uns ale conflitantes com os outros. De outro lado, a abrangência da proteção pode variar, ex.: a legislação federal prevê muitas de 50%, a legislação paulista prevê de 30%, a circunvizinhança do bem tombado não é prevista em melhores na legislação federal e somente abrange 300 m na regulamentação do Estado de São Paulo). Dessa forma, compreende-se a jovem intenção de Hely Lopes Mello, mas não podemos compartilhar de sua opinião de que "competente à União, precipuamente, legislar e promover sobre o patrimônio histórico e artís-

lico nacional, por se tratar de atividade de interesse geral da Nação, mas os Estados-membros e os Municípios poderão secundar a ação federal nos limites de seus territórios, mediante acordo com o Governo central" (art. 23), ou mesmo isoladamente.<sup>19</sup>

Atualmente, para que a União possa estar certa de que um bem esteja protegido segundo a legislação federal, só há o meio do tombamento federal, pois se deixar o critério dos Estados ou dos Municípios, estes podem, inopinadamente, retirar a proteção ao bem tombado ou protegê-lo insuficientemente. Ora, é censurável e inelutável que a União tenha que se preocupar com toda a proteção cultural do País, principalmente quando o bem só tenha valor local ou regional, acarretando, inclusive, às vezes, multiplicidade de despesas.

A União deveria ter, mas ainda não tem, diante do texto da EC 1/69 vigente, a tarefa essencial ou principal de legislar sobre o tombamento. A matéria está merecendo contar, no texto constitucional, disposição nesse sentido.

#### VIII — Desconcentração e tombamento

A tarefa da conservação do patrimônio natural e cultural não é somente obrigação dos especialistas. Sem o apoio das populações locais dificilmente se conseguirá o êxito da ação oficial conservadora.

A repartição do dever de tomar entre os três níveis políticos de Poder deve levar em conta a importância do bem conservado no presente e no futuro para o Município, Estado ou região e para a Nação. Se não é aconselhável passar para a responsabilidade dos Estados ou, mesmo, da União monumentos naturais, históricos ou artísticos de expressão somente local, não se pode olvidar as dificuldades financeiras de muitos Municípios que scabramo tendo que cancelar o tombamento por falta de verbas para reparar os bens tombados.

De outro lado, não se pode por de lado que, a nível local, as pressões e as influências das anteadas e do clientelismo eleitoral se fazem sentir mais de perto, levando um expente da conservação cultural na Itália, o jurista Massimo Se-

veno Gianini, a afirmar que a aplicação das normas revela a procedência de diversas críticas, pois "o procedimento de "declaração" da beleza de um conjunto paisagístico é contuso e missa intervenção comissões provinciais, as quais, no passado, eram compostas de um ineficaz número de patões (eletros) e de representantes de grupos de interesse privado".<sup>20</sup> Na França, igualmente, existe essa mesma preocupação, dizendo o Prof. Untermaier: "Quando os Municípios e os Departamentos tiveram plena consciência da importância de suas riquezas artísticas ou naturais, quando estabeleceram seus monumentos tanto quanto certos privilegiados econômicos e financeiros — situação dificilmente conceitual há 10 anos, mas certamente plausível num futuro próximo — eles estavam, sem dúvida, em melhor condição de assegurar a salvaguarda desses monumentos do que uma comissão parisiense".<sup>21</sup>

#### IX — Natureza jurídica do bem tombado

##### 1. Bem tombado de propriedade privada

Como já se acenhou, um dos objetivos do tombamento é a conservação da coisa. O tombamento vai possibilitar que não se transfira o domínio do particular, evitando-se a estatização de todo o patrimônio artístico, histórico e paisagístico. Entretanto, sobre o bem privado passa a haver um regime jurídico de tutela pública.

Diversas teorias jurídicas têm sido expostas para caracterizar tal regime jurídico: limitação administrativa da propriedade privada, serviço administrativo, propriedade coletiva domínial, domínio em parte estatal, bem cultural como bem material, propriedade privada como função social, bem de interesse público.

##### 1.1. Limitação ao direito da propriedade

José Cretella Junior cita Zarobkin, dizendo: "As limitações de Direito Privado são objeto das cogitações civilísticas, as de Direito Público são objeto de considerações, principalmente, do Direito Administrativo". Acrescenta o Professor paulista: "As limitações de Direito Privado têm por fim a compatibilidade do direito de cada proprietário com os direitos e com os interesses dos outros

sujeitos e sobretudo com os outros proprietários, as de Direito Público têm por objetivo a compatibilidade do direito do proprietário com os direitos subjetivos públicos do Estado.<sup>22</sup>

Marcello Caetano classifica como restrições de utilidade pública ao direito de propriedade "os poderes conferidos às autoridades, para imporem modificações necessárias à defesa da saúde pública ou da conservação do patrimônio artístico".<sup>23</sup> Entendem, também, o tombamento como limitação ao direito de propriedade Theotônio Brandão Cavalcanti<sup>24</sup> e Maria Sylvia Z. Di Pietro.<sup>25</sup>

### 1.2. Servidão administrativa

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, "sempre que seja necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, por consequente criando uma situação nova, alheia ao próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão". Cataloga o tombamento como servidão.<sup>26</sup> Ruy Cirne Lima também classifica o tombamento como servidão administrativa.<sup>27</sup>

### 1.3. Domínio eminente do Estado

Helv Lopes Meirelles acredita que o "poder regulatório do Estado se exerce não só sobre os bens de seu domínio patrimonial como, também, sobre as coisas e locais particulares, de interesse público. Nessa última categoria se encontram as obras, monumentos, documentos e recantos naturais que, embora de propriedade privada, passaram a integrar o patrimônio histórico e artístico da Nação, como bens de interesse da coletividade, sujeitos ao domínio eminente do Estado".<sup>28</sup> Diogo de Figueiredo Neto subtrai esse enquadramento.<sup>29</sup>

### 1.4. Bem cultural como bem material

Massimo Severo Giannini concebe o "bem ambiental como um complexo de coisas que tenham valor coletivo, individualizado como objeto de tutela jurídica. A esse bem se reconhece a natureza de bem material, o que explica a razão de que o complexo de coisas possa mudar, sem que se perca a consistência do bem ambiental", acrescentando o Professor da Universidade de Roma que as coisas compoem o complexo possam, "de

acordo com certo limite, variar segundo o bem — sofrendo modificação física, crescer, decair, ainda desaparecer e surgir de novo, sem que isso mude o caráter do bem ambiental".<sup>30</sup> O bem cultural, segundo a concepção de Giannini, "alheia a coisa como testemunho material de civilização, sobrepondo-se ao bem patrimonial que impregna a mesma coisa, não infringindo o regime de propriedade (Direito Privado ou Público) sobre os traços essenciais do bem cultural como objeto autônomo de tutela jurídica".<sup>31</sup>

### 1.5. Propriedade com função social

A EC 1/69 apontou como um dos princípios para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social a função social da propriedade (art. 180, III). Como ensinava Giannini, há uma grande corrente doutrinária que concebe o bem material como uma "forma positiva de funcionalização social da propriedade pública ou privada".<sup>32</sup> O Prof. Aldo Sandulli observa que a "função social da propriedade se traduz essencialmente na imposição ao titular do direito sobre a coisa de certa obrigação pessoal (mas ob rem), tal como de tornar socialmente útil a utilidade privada do próprio direito (obrigação de produzir, de melhoramento, de benefício etc.)", salientando que, contudo, "não se traduz em um regime especial da coisa em si mesma. Ao contrário, quando se tenha em mira a configuração de uma categoria de bem privado com especificação pública, se presuppõe um regime especial para esse bem".<sup>33</sup>

### 1.6. Bem de interesse público

Segundo a lição do Prof. Aldo Sandulli, vemos que o bem de propriedade privada pode adquirir institucionalmente a finalidade de interesse público (correspondente com aquele que tem o bem público) e sujeitar-se a um regime particular com relação à disponibilidade (vinculo de destinação, de imodificabilidade, direito de preferência da Administração etc.), como, também, a um particular regime de política de intervenção e de tutela pública. Poderes que a Administração passa a ter in rem. Precisamente, classifica como na categoria de bem de interesse público os

bosques e florestas privadas, os bens tutelados pela beleza natural, os bens privados de interesse histórico, artístico, arqueológico, paleontológico e a pesquisa privada de objetos de arte e de documentos.

Perfilhamos esta teoria na liustre compilação do Prof. José Afonso da Silva.<sup>34</sup>

Interessa ressaltar que a finalidade de interesse público do tombamento dos monumentos naturais, dos sítios e paisagens é, como aponta o Dec.-lei 26/37, conservação e proteção — objetivo, esse, relacionado pelo jugado do STF ao tratar de tombamento compulsório atingindo bem privado — a finalidade do ato é "conservar a coisa com sua fisionomia característica".<sup>35</sup>

### 2. Bem tombado de propriedade pública

Seria de indagar-se, desde o início, qual a finalidade que acrescentaria ou mudaria no bem público o regime do tombamento. Além da inalienabilidade (art. 11 do Dec.-lei 26/37), temos a acenar que esse tipo de tombamento visa primordialmente a possibilitar a fruição do bem por parte do público.

O aproveitamento cultural do bem tombado nem sempre pode ser feito integralmente pela população quando o bem é privado. Nesse caso, conserva-se o bem mas não se subtrai do proprietário totalmente a sua utilização econômica.

O bem público tombado tem uma função "dinâmica de instrumento de civilização e positiva a divulgação, a difusão de arte. Tal sistema responde a um mais moderno e real conceito de cultura, que a identifica não somente com o patrimônio nacional do bem cultural, mas concretamente com a formação intelectual do cidadão através de um processo educativo intenso no sentido mais amplo, compreendendo ainda a aquisição de todo o valor, ainda puramente estético, suscetível de enriquecer espiritualmente a personalidade humana".<sup>36</sup>

Como ficou salientado nas Diretrizes para a Operacionalização da Política Cultural do MEC,<sup>37</sup> "o caminho mais indicado para sairmos de uma insólita situação de dependência cultural será dar toda atenção às potencialidades, aos valores, às características dos brasileiros de

cada região, assim como ao contexto específico em que se encontram, reconhecendo-lhes respeitabilidade como componentes". "Há que se compreender, basicamente, que a cultura brasileira, deve ser matéria-prima da educação e há de se refletir sobre como desenvolver uma estratégia que concretize esse princípio."

A utilização dos bens públicos tombados há de ser direcionada não só no sentido de sua conservação, mas de sua permanente fruição por toda a coletividade, procurando-se conciliar o uso normal dos bens com sua visitação e estudo, ou, então, a sua plena destinação para o desenvolvimento cultural de todas as regiões.

### X — Co-responsabilidade da Administração em conservar o bem tombado

Não só o proprietário da coisa tombada é responsável pela sua conservação e reparação. Inevitável a co-responsabilidade do Poder Público que tenha tombado a coisa, desde que se comprovem dois requisitos: que não tenha sido o proprietário o causador do dano e que a reparação seja necessária.

O tombamento como medida protetora incorpora o Poder Público na gestão do bem, a ponto de associá-lo nas despesas de sua manutenção. Conservação que não se faz somente a posteriori, com a ocorrência de danos, mas preventivamente. A Administração Pública pode, pois, conceder auxílios também para a manutenção do bem tombado, visando à conservação da finalidade do tombamento (do contrário, haveria um enriquecimento ilícito do proprietário).

Como já salientamos, os danos causados pela omissão ou pela ação do proprietário não acarretam dever jurídico de reparação para a Administração. Há ainda uma lacuna na legislação federal no sentido de possibilitar ao Poder Público cobrar do proprietário essa restituição.

A co-responsabilidade conservativa do bem tombado vai acarretar para a Administração Pública o dever de se pronunciar sobre os reparos solicitados pelo proprietário. A Administração Pública deverá se manifestar motivadamente sobre a necessidade ou não das obras de "conservação e reparo" (art. 19 do Dec.-lei

25/37). Os motivos alegados poderão ser verificados pelo Poder Judiciário, havendo ação judicial do proprietário. O Poder Público não pode escusar-se de fazer ou subvencionar as obras, alegando ausência de recursos. A desnecessidade é a única escusa possível.

O § 2º do art. 1º estabeleceu o prazo de seis meses para as "providências previstas no parágrafo anterior", podendo o proprietário, à falta das mesmas, requerer o cancelamento do tombamento da coisa, que providências seriam estas? Primeiramente, a manifestação da Administração sobre a necessidade ou não das obras; depois, a ordem do início das obras ou providência para a desapropriação da coisa. O prazo referido não é de concessão das obras, mas de seu início. Entretanto, se as obras forem interrompidas, parece-nos que assiste direito ao proprietário de solicitar o seu retorno imediato e, em caso de recusa, valer-se do pedido de cancelamento do tombamento.

#### XI — Espécies de tombamento

O tombamento poderá atingir bem pertencente a pessoa pública ou a pessoa privada (física ou jurídica). No primeiro caso, o tombamento é comunicado "à entidade a quem pertencer ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada", a fim de produzir os necessários efeitos" (art. 5º). O Dec-lei 25/37 não prevê recurso contra o ato administrativo que delimitar o tombamento. Ainda que não se utilize a nomenclatura de tombamento "compulsório" e "voluntário", emprega-se para as pessoas privadas, parece-nos da parte de seus administradores, a expressão "compulsório" e "voluntário", empregada para se decair admitir que a entidade atingida pelo tombamento possa impugná-lo perante o Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Seria útil que as razões contrárias fossem expostas, para que, também, os interesses acaso divergentes da própria Administração Pública sejam considerados expressamente e devidamente ponderados.

Tratando-se de bem de pessoa privada, divide-se o tombamento em voluntário e compulsório.

Será compulsório se o proprietário pedir o tombamento ou se o proprietário vier a muir, por escrito, à notificação.

Deixou-se, pois, meio administrativo para o proprietário pedir o tombamento, o que está a mostrar que não se pode de atenção visualizar esse instituto jurídico como desautorizador da propriedade, pois sua grande função é valorizar socialmente a coisa tombada.

O tombamento compulsório pode ocorrer sob duas espécies: a) o proprietário é notificado e deixa de anuir por escrito ou não impugna no prazo de 15 dias (art. 9º, I e 2, do Dec-lei 25/37). A não manifestação em tempo hábil ou a anuência tácita acarretará o tombamento compulsório; b) o proprietário impugna temporariamente, sendo a decisão do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mantida ou não pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Eleitor-se, então, o tombamento compulsório.

#### XII — Instituição do tombamento

##### 1. Instituição por lei

Não há nenhuma vedação constitucionai de que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. Como acienta Fontes de Miranda, "basta que o ato estatal provier — legislativo, ou executivo, de acordo com a lei — seja permitido".<sup>28</sup> O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais.

O tombamento não é medida que implique necessariamente despesa e, caso venha o bem tombado a necessitar de conservação pelo Poder Público, o órgão encarregado da conservação efetuará tal despesa com recursos provenientes de seu orçamento.

Com todo o apelo ao ilustrado jurista Hely Lopes Meirelles, só podemos entender sua afirmação de que o tombamento "é um ato administrativo do órgão competente, e não função abstrata da lei", e de que esta "não o realiza em cada caso", como mera preferência de que o tombamento seja sempre realizado por ato administrativo, e não uma posição doutrinária tomada. Seguindo nos par-

tes, não há proibição de legislar-se casualmente sobre o tombamento, pois, se tal se admitisse, seria praticamente amputar-se uma atividade legislativa, sem qualquer amparo constitucional.

Poder-se-ia argumentar que não houve consulta a órgão técnico para a classificação conservativa pretendida. Parece-nos mais importante a intervenção de um corpo técnico na gestão do bem tombado do que na instituição dessa medida. Não é preciso ser um perito de nomeada para ter sensibilidade de que um bem deva ser conservado. Além disso, o Legislativo, nos seus três níveis, pode ser assessorado, como em outras matérias, também relevantes para o País, por especialistas de notória sabedoria e idoneidade.

A vantagem do tombamento originado de lei é que o desatamento da medida somente pode vir através de ato do Poder Legislativo. Maior o consenso de vontades tanto no incitar-se a conservação de um bem como no cancelamento da proteção, em sendo necessária. Ademais, o tombamento provisório já existente por ato da Administração não perderá seu cabimento, funcionando até que o Poder Legislativo deliberasse.

##### 2. Instituição por ato do Poder Executivo

Quando não se optar pela via legislativa para a instituição do tombamento, a nível federal, estabeleceu-se um procedimento para a medida protetiva: manifestação através de parecer do Conselho Consultivo e homologação do Ministro de Estado da Educação e Cultura, conforme o art. 1º da Lei 6.292, de 15.12.75.

Essa lei modificou o sistema federal de tombamento. Anteriormente, tombamento compulsório poderia ser feito por ato do Diretor do "Serviço do Patrimônio Histórico, Artístico Nacional" (quando não houvesse impugnação pelo proprietário) ou pelo Conselho Consultivo (no caso de impugnação) — art. 9º do Dec-lei 25/37. Inicialmente a decisão era irrecorrível, passando a caber recurso em 1941, pelo Dec-lei 3.866, de 29 de novembro.

O Conselho Consultivo continuou com suas funções. A terminologia é que mudou, pois no Dec-lei 25/37 se falava em

"deleição" e agora, pela Lei 6.292/75, se fala em "parecer".

"Parecer é ato administrativo unilateral pelo qual se manifesta opinião acerca da questão submetida para pronunciamiento. Diz respeito a problema jurídico, técnico ou administrativo."<sup>29</sup> Auxíliam e prepara os "órgãos ativos ou de controle na consecução dos seus cometimentos". No caso do tombamento federal, esse parecer é indispensável e é causa de nulidade se o órgão não se manifestar.

O Regimento Interno da Secretaria de Cultura (Portaria 626, de 25.11.81) estabelece, no art. 6º:

"Art. 6º. Ao Conselho Consultivo, como órgão de apoio ao Secretário da Cultura compete:

"I — ajuizar:

"a) dos requisitos necessários para que o bem imóvel ou imóvel deva constar parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e como tal seja tombado nos termos do decreto-lei de 30.11.37..."

O Ministro de Educação e Cultura é o agente ou órgão de controle que poderá ou não homologar a opinião do Conselho Consultivo. Homologação é "ato administrativo que convalida ou referencia ato legítimo anterior, reconhecendo-lhe validade e eficácia, como, p. ex., manifestação de congruação de faculdade de ensino oficial, referendando parecer de comissão examinadora a respeito de julgamento de concurso".<sup>30</sup> Contudo, a função do Ministro, no caso do exame do parecer do Conselho Consultivo, é aceitar ou rejeitá-lo. Isto é, se o Conselho sugerir o tombamento, o Ministro poderá concordar com a opinião ou rejeitá-la, deixando de homologar. Contudo, se o parecer for contra o tombamento e se o Ministro entender necessário o tombamento, não poderá fazê-lo contra a vontade desses colegados, como bem esclarece Hely Lopes Meirelles, afirmando que a "homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante".<sup>31</sup>

O fato de o Conselho Consultivo ter iniciado o processo de tombamento já ocasionou o tombamento provisório, medida de alto valor de tutela. Posteriormente,

mente, o juízo definitivo do Conselho pode ser favorável ou não ao tombamento. Se for favorável ou negativa sua posição, permanece o tombamento provisório. Contudo, se o Ministro deixar de homologar o parecer favorável ao tombamento, o tombamento provisório deixa de ter eficácia.

O tombamento só se torna definitivo com a homologação. Como bem aconteceu o hoje Ministro do STF Luiz Raulat Mayer, "a transcrição e a averbação não constituem elementos do processo de tombamento, não o aperfeiçoam, nem condicionam os seus efeitos, sendo em um plano e para fins estritos e especiais".<sup>14</sup> A nível estadual e municipal, outro modo de ser o tratamento da matéria, uma vez que a legislação é autônoma e concorrente. Ainda que seja recomendável a utilização de um colegiado técnico para opinar previamente sobre o tombamento, os Estados a isso não estão obrigados. Conforme a legislação estadual, o tombamento poderá ser através de decreto, resolução de secretário de Estado ou ato de funcionário público a que se der competência.

No Estado de São Paulo rege a matéria a Lei 10.247, de 22.10.68, que dá ao Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado competência para propor às autoridades competentes o tombamento (art. 2º, parágrafo único, I). O Conselho mencionado não realiza o ato de tombamento, mas, na esfera administrativa, é o único órgão que pode opinar previamente sobre o tombamento. Além de poder opinar, tem também o dever de opinar, pois a autoridade administrativa não pode emitir o tombamento sem a proposição vinda desse órgão. (art. 139 do Dec. 13.426, de 16.3.70). O tombamento se efetua por resolução do Secretário da Cultura se houver recebido a manifestação favorável do colegiado referido, podendo, contudo, rejeitar a proposição.

A nível municipal, livre também é o estabelecimento de normas sobre o tombamento, enquanto persistir a competência concorrente. Acenselável, entretanto, que o ato do Poder Público municipal se alicee em dados técnicos para motivar o tombamento, através de um colegiado ou de um órgão público especializado.

### XIII — Processo do tombamento

A legislação federal refere-se a diversos atos que vão formar o que é denominado no Dec.-lei 25/37 de "processo". O processo administrativo de tombamento deve ser iniciado a nível federal pela manifestação do Conselho Consultivo, pois a ele cabe ajuizar do interesse ou não dessa medida.

O processo de tombamento pelo Estado de São Paulo, na fase administrativa, só pode começar se proposto pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado — CONDEPHART (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 10.247, de 22.10.68).

A peça inicial do processo não está claramente apontada. Evidentemente, deve conter a indicação do imóvel ou móvel que se pretenda tomba. Parece-nos que a deficiência na indicação das fronteiras não gera nulidade, pois o documento veicular deverá servir no mínimo para possibilitar ao proprietário saber quais partes de seu domínio serão abrangidas pelo ato administrativo. Na instauração do processo não haverá necessidade da fundamentação ou apresentação dos motivos do tombamento, que é matéria final.

Institui-se a "notificação" do proprietário "para anuir ao tombamento ou para o impugnar".

Não se previu um sistema para intimar o proprietário. Carlos de Medeiros e Silva<sup>15</sup> afirma que a "notificação ao proprietário não se faz através do processo judicial adequado".

Os regimentos dos órgãos competentes para realizar o processo podem e devem prever o sistema de intimação. Contudo, não há nenhuma obrigação jurídica em se assimilar os Códigos de Processo Civil ou Penal.

Importa que haja possibilidade de defesa diante da Administração, e por isso deve ser procurada a intimação pessoal do proprietário ou de seu representante legal, notadamente quando o proprietário seja pessoa jurídica. Parece-nos que, ao mesmo tempo em que se procura a localização do proprietário, se deve fazer sua intimação pelo Diário Oficial. Essa concomitância não encontra nenhuma proibição constitucional e nem se inviabiliza a defesa. A simultaneidade de in-

timações aqui proposta difere do processo civil e penal, mas tem uma relevante razão para ser recolhida: evita-se a ocultação do proprietário, tentando-se à intimação pessoal, muitas vezes com ordens para destruir o bem que se pretende tomba. Ora, basta a "notificação" pessoal ou por edital do proprietário e ocorrer o tombamento provisório, possibilitando à Administração Pública proteger o patrimônio cultural ou natural, como se asserem em outro tópico do estudo.

Estabeleceu-se um sistema de prazos, que deverão ser certificados. A legislação federal se refere a "recebimento da notificação". Como já acenhamos, essa recepção tanto pode ser direta como indireta, pela imprensa. Decorre, contudo, da intimação a fluência do prazo para impugnar e apresentar razões contra o tombamento. É de 15 dias o prazo para o proprietário contestar (Dec.-lei 25/37). Na lei do Estado de São Paulo o prazo é o mesmo.

A contestação pode versar principalmente sobre o valor cultural e natural do bem tombado e a necessidade da medida. Faz-se mister que a Administração pública responda aos argumentos levantados pelo proprietário, não se esquecendo, contudo, de que o tombamento é uma atividade reestrada de discricionariedade técnica. Não se escolam, porém, perante a Administração os meios de defesa do proprietário. Em ação judicial ele pode suscitá-la inexistência de motivos para tomba, pois, como assinala com justiça Creteia Junior, "seria ilusório que o Poder Judiciário se entregasse a uma fiscalização abstrata e epidérmica da legalidade. Exige o rigor jurídico que se aprecie, de modo concreto, a natureza intrínseca do bem tombado".<sup>16</sup>

Não havendo impugnação ou a mesma sendo apresentada a desleixo, poderá ser ordenado o tombamento pelo Ministro de Educação e Cultura.

Havendo impugnação à intimação da Administração, também o Conselho Consultivo terá prazo de 15 dias para manifestar-se.

Não se previu expressamente, mas também não se descartou, a possibilidade de serem ouvidos peritos sobre a matéria ou

injuizados pareceres no processo, tanto pelo proprietário como pelo Conselho.

Como já se salientou, houve alteração do Dec.-lei 25/37 e a decisão do tombamento não é mais tomada pelo Conselho, mas pelo Ministro da Educação e Cultura. Nos tombamentos estaduais em São Paulo é o Secretário da Cultura o competente para decidir o tombamento.

A nível federal, da decisão do Ministério da Educação e Cultura poderá haver recurso para o Presidente da República (art. único do Dec.-lei 3.866, de 29.11.61). Inicialmente, o Dec.-lei 25/37 (art. 9º, 3º, expressamente afirmava, não caber recurso da decisão do Conselho Consultivo, o que, por si só, não era um absurdo, pois se tratava não de uma decisão singular, mas de um colegiado (até hoje o colegiado do Tribunal do Juri vem a soberania para julgar. A segunda instância só pode reformar a decisão ou mandar a novo julgamento ou para mudar a pena). Instaurou-se um grau de recurso — para o Presidente da República — com a grave lacuna da inexistência de prazo expresso para o recurso. É razoável entender-se que o prazo é de 15 dias, pois é esse o prazo máximo para a contestação a notificação do tombamento.

O decreto-lei instituiu também o cancelamento de ofício pelo Presidente da República. Com inteira procedência, Hely Lopes Meirelles critica a possibilidade desse tipo de cancelamento, dizendo: "Não é de se louvar o poder discricionário que se concedeu ao Presidente da República em matéria histórica e artística, sobrepondo-se o seu juízo individual ao do colegiado...".<sup>17</sup> Referindo-nos, em outro trecho do estudo, às vantagens de o tombamento ser instituído por lei, pois somente com outra lei, feita por um colegiado (ainda que não técnico), é que pode ocorrer o cancelamento.

No Estado de São Paulo, pelo art. 143, § 3º, do Dec. 13.426, de 16.3.70, pode haver recurso para o Governador do Estado da decisão do Secretário da Cultura. Interessante salientar que o recurso só será admissível nos casos em que tenha ocorrido impugnação, após a notificação. Assim, diz o referido § 3º: "Da decisão de tombamento em que houve impugnação caberá recurso ao Governador do



"Estado". Logo, portanto, concluir que, se o proprietário tenha deixado o prazo da impugnação sem se pronunciar ou que se tenha manifestado favoravelmente, não poderá, após a decisão do Secretário da Cultura, apresentar recurso.

Na legislação estrangeira, p. ex., na França, é interessante notar que a classificação total ou parcial do bem somente pode ser realizada através de decreto em Conselho de Estado (Dec. 58-89, de 7.1.59, que deu nova redação ao art. 13 da lei de 31.12.13), sendo que para a desclassificação do patrimônio natural não só é preciso decreto em Conselho de Estado como o parecer prévio das comissões departamentais ou superiores (art. 14 da lei de 2.5.30).

#### XIV — Tombamento provisório

Um dos meios mais rápidos e eficazes previstos desde 1937 para deteção a natureza é o tombamento provisório. Mesmo antes de se chegar à decisão final, antes de se entrar no mérito se o bem vai ou não ser tombado, passa a ser preservado. É um Instituto Jurídico que merece ser transplantado e inserido em outros setores em que se trata da conservação do patrimônio natural.

O que geralmente se encontra, principalmente no planejamento urbano, é que, enquanto se discutem os planos e se engendram soluções, os interessados em ter direitos adquiridos procuram licenciar seus projetos de obras e de instalações, dificultando a futura ação administrativa, que deverá, então, revogar seus atos, mas despende com indenizações, pagando o que já foi realizado. Não temos, ainda, no nosso Direito Urbanístico um Instituto Jurídico como o francês, que consagra o *statut à statuer*.

O tombamento provisório dá uma razoável oportunidade de defesa rápida para o bem que se pretende proteger. Prevê o art. 10 do Dec.-lei 25/37:

"Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela injeção dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

"Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipara ao definitivo."

A regulamentação paulista prevê a matéria nos arts. 142 e 146 do Dec. 13426, de 16.3.'79, dizendo:

"Art. 142. O tombamento de bens se inicia pela abertura do processo respectivo, por solicitação do interessado ou por deliberação do Conselho, tomada ex officio.

"Parágrafo único. A deliberação do Conselho ordenando o tombamento ou a simples abertura do processo assegura a preservação do bem até a decisão final da autoridade, pelo que o fato será imediatamente comunicado à autoridade judicial sob cuja jurisdição se encontre o bem em causa, para os devidos fins."

"Art. 146. A abertura do processo de tombamento, quando da iniciativa do proprietário, ou a notificação deste, nos demais casos, suscita desde logo qualquer projeto ou obra que importe mutilação, modificação ou destruição dos bens em exame."

O processo de tombamento compulsório haverá de ter início com o despacho da autoridade competente no nível Federal, anteriormente Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — art. 9º, 1º, do Dec.-lei 25/37 — atualmente a Subsecretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — SPHAN da Secretaria da Cultura do Ministério da Educação e Cultura — arts. 2º, 3º e 6º da Portaria MEC-626, de 26.11.81; em São Paulo o processo se desenvolve perante o CONDEPHAAT.

A notificação visa a cientificar o proprietário da pretensão do tombamento. Mas tem ainda um outro efeito: com a ciência do proprietário, este não pode mais realizar modificações no bem a ser tombado.

O tombamento provisório acarreta, para a Administração o dever de proteger o bem, aplicando sanções administrativas. Multas, demolição, obrigação de restituir, nos casos estudados noutra parte deste trabalho.

O bem tombado provisoriamente também está protegido penalmente. Com

muita acuidade, assinala Magalhães Noronha: "Se, para todos os efeitos, o tombamento provisório é equiparado ao definitivo, parece-nos que também o será para os efeitos penais. O contrário, aliás, seria incoerente, muita vez, o proprietário da coisa, durante o processo de tombamento, a danificá-la parcialmente, tirando, p. ex., o seu valor histórico, sem grave dano para o valor material, a fim de furta-la ao tombamento".<sup>14</sup> Dessa forma, o tombamento provisório, ocorrido tão somente com a notificação do proprietário privado ou público, dá o direito ao Poder Público não só de processar criminalmente o infrator como enseja a prisão em flagrante de quem danifique ou altere, de qualquer modo, o bem protegido, devendo essa prisão em flagrante ser efetuada por "qualquer pessoa ou elemento do povo e autoridades policiais e seus agentes" (art. 301 do CPP).

#### XV — Área de proteção ambiental e tombamento

Os fins colimados pelos dois institutos são semelhantes, mas não se confundem. Nas áreas de proteção ambiental, segundo a Lei Federal 6.902, de 27.4.81, estão previstos os tipos genéricos de limitações ou proibições, enquanto que no tombamento essas regras são estabelecidas a medida das necessidades, sem prévia previsão legal ou regulamentar.

Destarte, para a criação de uma área de proteção ambiental não se exige a excepcionalidade dos valores a proteger, mas a consecução do "bem-estar das populações humanas" e a conservação ou melhoria das "condições ecológicas locais" (art. 8º da Lei 6.902). Não foram previstas expressamente áreas de proteção ambiental de âmbito municipal. Entretanto, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79) prevê "áreas de interesse especial" (art. 13, I), tais como "as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico", onde os Estados exercem fiscalização sobre os Municípios.

Parece-nos oportuno que haja instituições semelhantes para a proteção da natureza, como os aludidos, principalmente porque têm administrações diferentes. No caso, se um desses organismos se omi-

tir ou agir com deficiência, restará espaço para a ação administrativa do outro. Sublinhe-se que a área de proteção ambiental — APA, consoante sua estrutura legal não exige nenhuma obra de conservação ou de reparação como encargo público, como subsidiariamente ocorre no tombamento. Dessa forma, a APA é menos onerosa para o Poder Público.

As limitações possíveis de serem exigidas nas APA são: proibição de implantação de indústrias potencialmente poluidoras; proibição de funcionamento de indústrias potencialmente poluidoras (visando ambas as vedações à preservação dos mananciais de água); proibição ou limitação de obras de terraplenagem; de abertura de canais; de atividades capazes de provocar erosão das terras; de atividades que possam provocar acúmulo do assoreamento das coleções hídricas; de atividades que ameacem extinguir espécies raras da biota regional.

As APA não vão atingir somente terras privadas, como se pode, à primeira vista, pensar. Estando no seu perímetro terras de domínio público, fixação também sob o crivo da fiscalização e das limitações acima previstas.

As punições administrativas das infrações cometidas nas APA são mais amplos que as do tombamento, pois prevêm "apreensão do material e das máquinas usadas e obrigação de recomposição e reconstituição". O art. 166 do CP dá também proteção às APA, com as defliências apontadas noutro tópico do estudo.

O tombamento conserva uma vantagem no tocante à ação municipal, cuja competência não sofre qualquer dúvida e que pode pesar decisivamente em casos de conservação de interesse local.

#### XVI — Parques e tombamento

O regime jurídico dos parques nacionais, estaduais e municipais acarreta a proibição total de "exploração dos recursos naturais" (art. 5º do Código Florestal). Diferentemente e com outro sistema jurídico criou-se o "parque de categoria", onde o exercício da caça será permitido de forma parcial ou total (art. 5º, "b", da Lei Federal 5.187/67). O tombamento já não vai ocasionar o total

impedimento das atividades, permitindo o chamado "manejo" ou gestão ordenada dos recursos.

Outra diferença a ressaltar é que não foram previstos parques de domínio privado, enquanto o tombamento poderá atingir tanto bens públicos como privados.

#### XVII — Autorização para realizar obras

A grande inovação do tombamento é que transforma o Instituto Jurídico da licença para construir em autorização para construir, modificar e alterar. Assim, não é um Instituto Jurídico que somente tenha como consequência a inscrição do bem, como pretende a Ilustre Jurista Lúcia Valle Figueiredo.<sup>17</sup> Dessa forma, a Administração Pública passa a ter em suas mãos o juízo da conveniência e da oportunidade da modificação do bem tombado, não estando mais vinculada a critérios preordenados, como no caso da licença.

Não estão previstas quais as normas para a outorga da autorização ou sua negação. O art. 17 do Dec.-lei 25/37 faz uma divisão realmente importante na atuação do órgão estatal protetor do patrimônio cultural e natural (na primeira parte e na segunda parte desse artigo). Assim, o Poder Público está vinculado a não autorizar atividades que conduzam à destruição, demolição e/ou à mutilação do bem. O texto da lei federal diz "em caso nenhum". Portanto, em caso de ação judicial o juiz pode apreciar prejuízos à coisa tombada. Somente surge discricionariedade quando se trata de "reparação, pintura ou restauração". Nesses casos trata-se de medidas conservadoras não "destrutivas, mutiladoras ou demolidoras" do bem. A concessão de licença suspendendo a autorização pelo Judiciário, em ação judicial utilizada pelas cidadãs e pelas associações (quando tal for previsto em lei), será importante para que se examine, depois, em primeira instância, se o ato administrativo não está mascarando uma ação inremediavelmente multadora do bem a ser protegido.

No caso dos monumentos naturais, o proprietário deve pedir autorização para plantar espécies vegetais, para avançar

ou colher vegetais ou capturar animais, ou alterar o local (isto é, para fazer aterros, escavações, canais, construir ou modificar construções existentes).

A interdição de modificação do bem tombado sem prévia autorização é entendida ao proprietário, possuidor ou detentor a qualquer título, alcançando o gerente ou preposto.

Como salientam Tommaso Alibrandi e Piergiorgio Ferri, "l'autorizzazione si sostanzia in un apprezzamento tecnico discrezionale che muove da una comparazione tra lo stato attuale dell'immobile e quello che potrà assumere in seguito alle opere progettate in funzione di verità non menomamente di questi aspetti estetici ai quali è collegata la protezione ambientale".<sup>18</sup>

O Prof. José Canali, da Universidade Nacional de Buenos Aires, é da mesma opinião que os autores italianos mencionados, salientando que, "na apreciação dos limites e restrições à propriedade privada no exclusivo interesse público se evidencia certa discricionariedade técnica de caráter cultural, científico, histórico etc., que exercem as respectivas comissões encarregadas de tal tarefa. Está claro que há possibilidade de a apreciação degenerar em arbitrariedade...".<sup>19</sup> Por isso salientamos a necessidade de a autorização ser ampla e cientificamente motivada, seja negativa ou positiva.

É preciso acenar que qualquer cidadão bem como as associações ambientais (quando tal for previsto em lei) têm direito de se informar sobre os motivos da autorização concedida, podendo, inclusive, acionar judicialmente, confrontando os fundamentos mencionados no ato administrativo, que, mesmo sendo discricionário, poderá ter sua finalidade fiscalizada pelo Poder Judiciário.

Suponhamos que o organismo administrativo negue a autorização pretendida. Como o proprietário não pode agir sem essa autorização, sob pena de cometer um ilícito administrativo e penal, qual a atitude a ser tomada?

O uso, o gozo e a disposição da coisa, direitos da propriedade plena (art. 524 do CC), foram limitados pelo ónus real do tombamento (art. 525 do CC). O proprietário poderá administrativamente ou

judicialmente tentar provar a desnecessidade da limitação decretada ou que a sua imposição anula por completo ou em grande proporção o direito de propriedade. Judicialmente seria proposta ação indenizatória, pois a ação do Poder Público estaria concretizando desapropriação indireta.

O CONDEPHAAT (São Paulo) previu, em caráter de recomendação, em sua reunião de 14.5.62, a necessidade de serem realizados "estudos específicos que incluam a demarcação e os correspondentes planos de manejo das áreas cujo tombamento está em discussão, podendo levar a propostas que impliquem usos variados em função de sua caracterização".

#### XVIII — Direito de preferência diante de alienação onerosa

A alienação a título oneroso abrangem não só o contrato de compra e venda como a cessão de direitos. No contrato de compra e venda o alienante se compromete a transferir o domínio de certa coisa (art. 1.122 do CC). "Domínio é a propriedade das coisas corpóreas. A alienação dos outros direitos denomina-se, antes, cessão."<sup>20</sup>

O Dec.-lei 25/37 estabelece duas salvaguardas do interesse do patrimônio histórico, artístico e natural: a obrigatóriaidade do proprietário de oferecer o bem tombado para ser adquirido pela União, Estados e Municípios e a sanção de nulidade da venda caso não tenha ocorrido a possibilidade do exercício do direito de preferência na compra.

Há questões que merecem ser suscitadas: o exercício do direito de preferência; a notificação da vontade de venda do quinhão e a nulidade da alienação.

A lei não exige que as três pessoas jurídicas de direito público interno tenham — as três — o bem. Gerárcia-mente, fala em "bem tombado". Assim, imaginamos que somente a União tenha o bem. A notificação da alienação não se fará somente à União, mas também ao Estado e ao Município, onde o bem se encontra. Da mesma forma, se o bem tiver sido tombado pelo Estado ou somente o Município, a União também será notificada. Não exigiu a lei que o exercício do direito de preferência esteja jun-

gado ao tombamento por quem exerce a preferência. Assim, as pessoas de direito público interno poderão exercer o direito de preferência, ainda que somente uma delas tenha previamente tombado o bem. Exerçta a preferência, a coisa permanecerá tombada, e de propriedade pública.

O prazo previsto na lei não foi feliz. Trinta dias para exercer a preferência ou preferência é tempo muito curto, uma vez que, notificados os titulares da preferência, estes passarão o exame do caso para o órgão defensor do patrimônio cultural, que, em geral, sendo de natureza colegiada, não pode decidir de imediato.

A norma legal é explícita: "O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de 30 dias, sob pena de perdê-lo" (art. 22, § 1º, do Dec.-lei 25/37). Assim, é de se perguntar: o condômino deve primeiro oferecer seu quinhão ao Poder Público ou aos demais condôminos, como prevê o art. 1.139 do CC brasileiro? Não só pelo interesse social da coisa tombada (de que o quinhão faz parte) — art. 5º da Lei de Introdução ao CC brasileiro — como também pelo fato de a lei posterior ter previsto regra diversa da anterior: é razoável entender-se que o condômino deve oferecer sua parte ao Poder Público antes de oferecê-la aos demais co-proprietários.

Deixando de haver a regular notificação do Poder Público para que pudesse exercer sua preferência na alienação, esta é nula. Por um significativo avanço da legislação, não é anulável o ato, mas nulo. Portes de Miranda ensina que a alienação é inofensa. O negócio jurídico entre o alienante e o adquirente é que é nulo, por ilicitude do objeto (CC, art. 145, II).<sup>21</sup> Prevê, pois, publicisticamente, deixando de lado o entendimento privativista de que somente seriam exigíveis perdas e danos pelo não cumprimento da obrigação de ser oferecida a coisa.

#### XIX — A indenização e o tombamento

Essa questão constitui o ponto divergente dos sistemas legais e doutrinários no mundo jurídico.

No Brasil, podemos situar duas posições diversas: uma defendendo a equivalência

do tombamento (Hely Lopes Mello, Diogo de Figueiredo, José Creteia Júnior e Maria Silva Z. Di Pietro), a outra entendendo que o tombamento deve ser indenizado (Celso Antônio Bandeira de Mello, Ruy Cirne Lima, Lúcia Valle Figueiredo).

Na legislação estrangeira encontramos países que negam qualquer indenização nos casos de tombamento (Itália — art. 16 da Lei 1.497, de 29.6.39), outros que concedem indenização (França — arts. 5.<sup>o</sup> da lei de 31.12.13, com a modificação da Lei 1.043, de 30.12.66, e 8.<sup>o</sup> da lei de 2.5.30, com a modificação da Lei 1.174, de 28.12.67, quando há prejuízo direto, material e certo). Soluções intermediárias são previstas na legislação da Suécia (art. 12 do Ato 822/64, que trata da conservação da natureza) e pela República Federal da Alemanha, onde a indenização é mitigada pela interpretação do art. 14 de sua CF, que, em seu § 2.<sup>o</sup>, afirma que "a propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve servir ao bem-estar do público".

O dever de indenizar do Poder Público nasce quando diretamente é explorada a propriedade do particular. Ninguém discute a questão. Entretanto, quando surge a limitação a um ou vários direitos parciais componentes do direito da propriedade, conegant a surgir as questões.

No caso da limitação à propriedade tombada parece-nos que a primeira questão a ser debatida é a da "igualdade de todos perante a lei", princípio inscrito na EC 1/69, art. 153, § 1.<sup>o</sup>, Sampaio Dória, comentando a Constituição Federal de 1966, que continha idêntico princípio, afirma: "A igualdade perante a lei é o direito à mesma aplicação da lei a todos os que se achem em situações iguais". "A identidade das concessões de cada um ao todo social é a substância da igualdade". Cilia Raul Barbosa, que assinou: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desígnios na medida em que designam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrantemente e não igualdade real".<sup>28</sup> Além da expli-

cação desse princípio em nível constitucional, outro semelhante no plano do Direito Administrativo tem sido afirmado: "A igualdade dos ónus dos administrados em face do Estado".

O bem comum deve ser buscado através de igual proteção dos cidadãos. Essa igualdade não é, na prática, fácil de ser concretizada, diante da desigualdade de situações. No caso em exame, as restrições ao direito de propriedade, "para serem legítimas, não de constituir limitações gerais". "Sendo assim, não importam ónus para o Poder Público, pois, por princípio, as restrições não são indenizáveis. Quando tais limitações não retem os caracteres de generalidade, repetam-se verdadeiras servidões e, então, por lei, se tornam indenizáveis".<sup>29</sup>

Como fundamento da validade da limitação à propriedade encontra-se, pois, a sua generalidade. Em que consiste uma limitação geral? É aplicável para todos os proprietários em todo o País? E a que ônus semelhantes no procedimento e no conteúdo em todos os casos aplicados?

A generalidade sugere também questões como a generalidade temporal e a generalidade espacial.

As leis e os regulamentos que atingem a propriedade não são os mesmos em todos os tempos, épocas e regiões. Dessa forma, surgem as desigualdades. Em época passada, podiam ser construídas casas sem telhado frontal. Hoje, na maioria das cidades, exige-se um telhado. Em tempos pretéritos não se fazia conta do índice de ocupação do solo, podendo o proprietário constituir sobre todo o terreno. Atualmente, a situação é outra.

O zomamento veio dar um novo enfoque ao critério de generalidade das restrições à propriedade.

Como preconiza Carrasco Canals, a "propriedade se tipifica através da atividade administrativa, planos e atos administrativos concretos, incluindo-se a finalidade normativa da Administração".<sup>30</sup> Conforme a zona em que a propriedade está situada a limitação poderá ser diferente. Além disso, vem-se diferenciando as parcelas pela própria localização física da propriedade, como, p. ex., se a mesma é cortada por um curso d'água ou se situa numa montanha, decorrendo

daí que as limitações não serão as mesmas para as propriedades não cortadas por rios e situadas numa planície.

De outro lado, é de se indagar a quem e de que forma beneficia a limitação: diretamente ao proprietário ou indiretamente à comunidade e indiretamente ao proprietário. E, alargando-se o tema, pergunta-se: e a limitação abrange o proprietário ou também seus vizinhos, e em que proporção?

Parce-nos que outras argumentações poderiam ser aduzidas. Por amor à brevidade, nos detemos aqui, para passar ao cerne da questão discutida.

O proprietário de uma casa ou de um recurso natural deve socinho arcar com o ônus de ter sua propriedade limitada ou vinculada em benefício da sociedade? Devemos distinguir dois casos: quando a propriedade vinculada está inserida num contexto de outros bens vinculados ou limitados; quando a propriedade é esolvida individualmente para ser vinculada, não havendo mais bens a serem preservados na vizinhança ou os bens existentes na vizinhança estão sujeitos a outro regime jurídico.

1. Não é de ser desprezado o contexto em que o bem está inserido. Uma propriedade situada em uma quadra em que os outros imóveis têm aproximadas características históricas ou arquitetônicas inserem-se, naturalmente, no mesmo corpo de prescrições. Assim, se todos os bens dessa quadra ou das quadras vizinhas forem sujeitos aos mesmos gravames de conservação, ineditabilidade, preempção para a venda, com pequenas diferenças sobre futuras modificações, nada há de discriminatório. Assim, a propriedade imóvel, no caso, não está sendo sujeita a gravames e ónus de natureza desigual a outras situadas em igual situação. Nesse caso, corre a possível generalidade da limitação (ainda que não absolutamente geral, pois poderia haver zonas diferenciadas numa mesma cidade) e nada há a impedir pelo Poder Público.

Exemplo de propriedades situadas em cidades históricas como Ouro Preto, Olinda etc., onde a exceção é a não conservação. Como setores tombados, onde se guarda a homogeneidade de tratamento jurídico, pode-se citar o Pelourinho. No setor dos recursos naturais, exemplifique-

se com uma parte tombada em relação a uma outra propriedade ou várias propriedades compondo um conjunto natural de relevante valor, pela raridade ou beleza.

No caso, trata-se de limitação de alguns direitos componentes do direito de propriedade; assim, a propriedade continua privada. Do contrário ocorreria o desapossamento direto ou indireto do bem e já não seria o caso de tombamento, mas de expropriação.

2. Diferente é a situação quando uma propriedade é escolhida solitariamente para ser conservada. Muitas vezes, pretende-se que ela fique como testemunha de uma determinada época ou padrão cultural. Diante dos ónus da conservação de propriedades semelhantes e vizinhas, opõe-se pela conservação de um só ou de poucos bens em relação ao conjunto existente. Ora, de imediato, é de se constatar que a limitação não está sendo geral no mesmo espaço geográfico.

Charles Debbasch aponta como prejudicial indenizável o prejuízo especial, isto é, "aquele que deve atingir um número limitado de indivíduos. De outro lado, o prejuízo geral, abrangendo o conjunto de cidadãos ou uma categoria de cidadãos, não é indenizável. Os cidadãos devem, com efeito, suportar cargas normais da vida social". O Professor de Aix-Marseille cita dois julgados do Conselho de Estado franceses em que se aponta a obrigação dos proprietários vizinhos de Vilas públicas de suportar os incômodos causados pelo entretenimento desses Vilas, e a não indenizabilidade de prejuízos suportados por um proprietário em decorrência de trabalhos contra imundações, uma vez que esses prejuízos eram suportados pela generalidade dos interessados.<sup>31</sup>

Havendo um certo grau de especialidade na limitação ao direito de propriedade, abre-se o direito à indenização do proprietário, "a menos que o legislador tenha expressa ou tacitamente retirado essa possibilidade".<sup>32</sup> Ora, o legislador Federal Brasileiro não retirou expressa ou tacitamente a possibilidade de o proprietário ser indenizado em caso de tombamento. A interpretação que o STJ deu ao Dec.-Lei 26/37 foi a de que o mesmo poderia ser aplicado "sem desapropriação".<sup>33</sup> Ora, a indenização que postulamos aqui não é a indenização por

expropriação da coisa tombada, mas simplesmente indenização pelo prejuízo ocorrido, continuando a coisa na propriedade do particular. Suinge, portanto, uma consequência jurídica: as propriedades que não foram tombadas poderão ter uma destruição e um modo de ocupação completamente diferentes das propriedades tombadas. É um tratamento desigual para casos iguais. A Administração Pública tem o direito de escolher o bem a ser tombado, mas nesse caso passa a ter o dever de indenizar, pois a limitação passa ser singular e não geral, ainda que o gravame imposto seja de pequenas dimensões. A indenização será pelo prejuízo direto e material ocorrido, mesmo que o direito de propriedade não tenha sido totalmente anulado. Muitas vezes, contudo, o proprietário poderá optar por receber auxílio do Poder Público para conservação do bem e o numerário recebido entrará na conta total ou parcial do ressarcimento devido, conforme saírem o Prof. Michel Priour e Guy-Henriam e Prof. Michel Priour e Guy-Henriam. A Alemanha do direito de construir não utilizado ou o direito de construir em outro local, a isenção de impostos, são também outras formas de compensação outorgadas pelo Poder Público.

3. O exemplo espanhol: a legislação do uso do solo na Espanha está a nos mostrar um sistema de repartição das cargas e benefícios urbanísticos, regularizando a configuração das propriedades situando seu aproveitamento em zonas aptas para a edificação de conformidade com o plano. O sistema de reparcelamento previsto no art. 97 do Dec. 1346/76 não trata da classificação e inscrição de bens (nosso tombamento), mas precellua "o agrupamento de propriedades compreendidas em um polígono ou unidade de atuação com sua nova divisão ajustada ao plano, com a adjudicação das parcelas resultantes aos interessados, em proporção a seus direitos".

#### XX - Sanções administrativas

O Dec.-lei 25/37 estabelece mais do que uma faculdade de punir para a Administração, prescreve um dever de sancionar. Utiliza as expressões "sob pena" e "ser-lhe-á imposta", uma correspondência entre ação infratora e punição, retirando,

pois, a discricão do ato sancionador. E, com isso, fortalece a proteção do patrimônio cultural e natural. O administrador ou órgão da Administração que deixa de punir, em se constatando que infrigiu, ele próprio comete um ilícito.

#### 1. Multa

O texto Federal prevê como penas administrativas a multa, a demolição e a restauração obrigatória.

Multa de 100% do valor da coisa tombada será imposta no caso de reincidência em exportação ou tentativa de exportação.

Multas de 50% do valor do bem tombado estão previstas: 1) exportação ou tentativa de exportação de coisa tombada sem pedir prévia autorização ou tendo sido negada a autorização (primariedade do infrator); 2) construção ou colocação de anúncios ou cartazes que impeçam ou reduzam a visibilidade do bem tombado; 3) ausência de autenticidade de objetos considerados como "antiquidades, obras de arte de qualquer natureza, manuscritas e livros antigos ou raros"; 4) ausência de apresentação da relação dos objetos, antes da venda, ao órgão estatal competente.

Multa de 50% do dano causado em caso de destruição, demolição, mutilação, e multa do mesmo valor no caso de reparação, pintura ou restauração sem prévia autorização do órgão competente. A autoridade responsável, no caso de bem público, incorrerá pessoalmente na multa.

Multa de 10%: 1) quando o adquirente do bem tombado deixar de fazer, dentro do prazo de 30 dias, o registro no Cartório do Registro de Imóveis, "alinda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis"; 2) quando o proprietário de uma coisa tombada deixar de comunicar, no prazo de 10 dias, o seu extravio ou furto.

No cálculo das multas deverá levar-se em conta não somente o valor comercial ou de compra e venda do mercado, mas devem-se ponderar os valores que são protegidos na coisa tombada onde há uma estimativa para o futuro, da necessidade de sua conservação. Portanto, um prejuízo em ruínas ou uma multa em decadências não podem ser avaliados simplesmente pelos seus valores atuais (as ve-

zes reduzidos), mas pelo significado cultural e natural da continuidade desses valores.

Multa indeterminada, dependendo do dano sofrido pela coisa, quando o proprietário deixar de comunicar ao órgão competente a necessidade de serem feitas obras de conservação e de reparação e sua dificuldade de fazê-las às suas expensas.

Palton à legislação mencionada uma clara disposição sobre o tipo de culpa do proprietário na prática dos ilícitos referidos e qual o critério de responsabilidade a que está sujeito (objetiva ou subjetiva). Assim, é de se perguntar: se os danos forem cometidos pelos defensores das coisas tombadas, pelos locatários ou por terceiros, sem que se prove a culpa in vigilando do proprietário, seria ele punível? Para solucionar o impasse melhor seria um aperfeiçoamento da legislação, exigindo-se cargo dos usuários que não os proprietários, garantindo-se o pagamento da multa. Evita-se, destarte, que os proprietários se acumulem com terceiros para causar prejuízos ao bem tombado, levando-se ao cancelamento do tombamento.

Hay Lopes Meirelles salienta que "a multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida, independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator".<sup>18</sup>

Dúvida, contudo, não há de que, com referência ao patrimônio natural tombado, a responsabilidade é objetiva, frente à nova disposição do art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81.

A multa pode ter um salutar efeito preventivo, pois, se for costumeiramente aplicada, levará a possíveis infratores a se acanhararem, pois sujeita-os ao risco de perda da coisa tombada diante da execução fiscal, caso não liquidem o débito.

#### 2. Demolição

No poder de polícia do patrimônio cultural e natural está implícito que a Administração pode determinar ao proprietário que faça demolição do que houver edificado sem sua autorização ou ela mesma, baseada no princípio da auto-restricção, faça, por si mesma, a

demolição, diante do conteúdo dos arts. 17 e 18 do Dec.-lei 25/37.

Importante comparar esses dois artigos citados para que se possa extrair o sentido da lei. No art. 17 proíbe-se totalmente a "destruição, demolição ou mutilação" da coisa tombada. O legislador não proibiu expressamente a construção na coisa tombada ou ao seu lado, quando faça parte do próprio imóvel tombado. Mas essa proibição está na própria vedação de mutilação da coisa tombada. Além disso, no art. 18 se proíbe a construção na "vizinhança" da coisa tombada, sem prévia autorização. O decreto-lei foi inteligente ao falar em "vizinhança" e não em "propriedade vizinha". Dessa forma, mesmo que os autores ou em torno pertençam ao mesmo proprietário, este está impedido de construir se não houver autorização.

Há de se perguntar a menos feita para que se veja estar proibida a construção não só na vizinhança da coisa tombada como, também, destruir, mutilar ou demolir para, aí construir. Os arts. 17 e 18 se completam ao prever-se a sanção de "destruir a obra" construída sem prévia autorização.

Esse, também, o posicionamento das legislações estrangeiras.

Na Itália, pela Lei 1.497, de 29.6.30, estabeleceu-se, no seu art. 15, a demolição da obra construída abusivamente. Na França, na lei sobre monumentos históricos (31.12.13), em seu art. 30-bis, como na lei de proteção aos monumentos naturais, de 2.5.30, em seu art. 21, foi estatuída a sanção de mise en concordância des lieux, de acordo com o preceito da Administração competente. A lei do Estado de Hesse, na República Federal da Alemanha (23.9.74), no seu § 12, afirma que, "se o proprietário ou locatário não cumpre suas obrigações e o monumento está em perigo, as autoridades podem tomar todas as medidas necessárias para a proteção contra o perigo imediato".

3. Sanção reparatória: restaurar a coisa tombada

Não se previu, e é uma grave lacuna, a possibilidade de o Poder Público exti-

gru a restauração do bem tombado quando houver sido constatada a comissão do proprietário. A *Relazione In-Pristino* ou a *renas-en-état* dão ao Poder Público um eficiente meio de adotar a penalidade a atividade modificadora do bem protegido, pois a multa não só está prevista em limite máximo como, ao ser combinada, pode não ser suficiente para enfrentar todas as despesas da restauração integral do ato ilícito.

#### XXI — Sanções penais

O art. 166 do CP protege os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens do art. 1.º e 2.º do Dec.-lei 25/37.

Preceitua o art. 166:

“Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

“Pena: detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 40.000,00.”

O objeto da tutela penal do art. 166, mencionado, não é somente a coisa tombada. Esta pode ser também defendida se não houve destruição, inutilização ou deterioramento. O bem natural é também aqui tutelado, pois no art. 166 o legislador delimitou a proteção à coisa tombada de “valor artístico, arqueológico ou histórico”, observando o bem natural. Nada impede, contudo, que o sítio e a paisagem sejam tombados por seu valor arqueológico, sendo verificado o caso.

O local especialmente protegido por lei não precisa ter sido tombado definitivamente. Basta, como já reiteramos, o tombamento provisório.

Oportuna a lição do Prof. Ferrando Mantovani<sup>10</sup> da Universidade de Florença: o crime ocorre: “1) na alteração da relação de equilíbrio e harmonia entre o bem artístico e o contexto arquitetônico, artístico, urbanístico, paisagístico, em que tal bem harmonicamente está colocado, através da ação, principalmente na atualidade, modificadora da estrutura edificada, do destrutivismo irracional dos recursos naturais e turísticos (instalações urbanas e industriais, abertura de estradas, demolições de contexto artístico, desmatamento etc.); 2) na alteração do ambiente natural em que o bem se coloca, devida, hoje, assinalada-

mente, aos fenômenos de poluição atmosférica e terrestre ou ação atingindo a estabilidade do bem protegido através do tráfego automobilístico, ferroviário, do voo”.

Com multa perfunctória, assinala Magalhães Noronha: “Não é mister também a alteração total, pois a modificação parcial pode produzir o evento que a lei prevê. Muitas vezes, um simples sendo, introduzido numa paisagem, num local, é bastante para quebrar a harmonia do conjunto ou ferir a estética do local protegido”.

O ônus da prova da licença cabe ao infrator da alteração do local. Se houver licença da autoridade competente, deixa de haver o crime. Insiste-se na observância da lei penal “da autoridade competente”, não bastando o agente ter a licença, pois para a alteração do local podem ser necessárias várias licenças. Autoridade competente é aquela que especialmente protege o local. Não escusa o agente uma licença de construção, ter o agente uma licença de obras de uma P. ex., do departamento de obras de uma Prefeitura Municipal se não obteve o consentimento do organismo encarregado de proteger o bem, seja no mesmo nível municipal, ou então estadual e federal.

O local pode estar protegido tanto por lei federal como por lei estadual ou municipal. Contudo, não é necessário que haja uma lei específica de proteção do local alterado, mas que sua proteção seja feita em decorrência da aplicação de uma lei (p. ex., decreta lei de proteção ao patrimônio histórico, artístico e natural, código florestal, lei de proteção à fauna, lei de parcelamento do solo urbano, lei de zoneamento urbano nas áreas críticas de poluição, lei sobre as estações ecológicas e áreas de proteção ambiental etc.).

É de se indagar se a tipificação do crime exige ou não a existência de um ato administrativo que concretamente consigne o local digno de proteção. A questão está relacionada com a possibilidade de o agente ter conhecimento do protegido e de um determinado local. Não se pode generalizar, pretendendo-se que para cada área ou local tutelado haja um ato administrativo explícito. Basta atentar para o art. 2.º do Código Florestal, que prevê florestas de preservação permanentemente ao longo dos cursos d'água, nas

montanhas etc. Como salienta Nelson Hungria, tratando-se de “parques nacionais, estaduais ou municipais” é suficiente lei ou decreto executivo que os consigne como tais.<sup>11</sup>

O legislador brasileiro, consoante e inteligentemente, optou, em matéria de responsabilidade civil para danos ao meio ambiente, pela responsabilidade objetiva: é o agente que deve acatar-se para saber se está ou não alterando local protegido (art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81), pois, praticamente, é impossível serem assinalados os permissos ou colocarem-se avisos em todos os locais protegidos desta Nação continental. Dessa forma, com respeito aos entes penais Heleno Cláudio Pragas<sup>12</sup> e Magalhães Noronha,<sup>13</sup> parece-nos que, para configurar o crime, basta o dolo, genérico ou eventual, ou seja, a vontade e a consciência de alterar o local protegido ou de não se abster da ação, assumindo o risco do que possa acontecer. Importa é que o agente tenha querido ou tenha a previsão de alterar o local. Se a alteração advier de imprudência, negligência ou imperícia não há fato criminoso, pois a lei não o prevê.

Incumbrir ao sujeito ativo da alteração do local provar a ocorrência de erro de fato, isto é, que desconhecia a circunstância de o local ser protegido por lei.

Vale acrescentar que a área de proteção dos monumentos ou zona de entorno da coisa tombada encontra proteção penal no art. 166, em estado. Poderá surgir alguma dúvida em se concluir essa zona, pois o art. 18 do Dec.-lei 25/37 não se refere a ela em termos de metros ou distância, mas deixa ao critério do antecio “Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” mensurar a área protegida e autorizar ou não a atividade pretendida. Além disso, como a legislação sobre tombamento é da competência concorrente dos três níveis de Poder, poderá não haver concordância na metragem da área de entorno nas três legislações. Portanto, que se deva perguntar, preliminarmente, qual o Poder Público que ordena o tombamento, e então aplicar-se a sua específica legislação.

Conclusão parcial: duas reformas merecem ser feitas na proteção penal do patrimônio natural. O crime culposo de al-

teração de local protegido merece ser incluído no Código Penal. De outro lado, a pena de detenção é alternativa e não cumulativa com a multa, o que entretanto ocorre enormemente a punição. A pena de detenção é insuficiente (um mês a um ano), levando facilmente à prescrição. A sanção pecuniária é inexpressiva, diante do valor do espaço natural a ser protegido (Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 40.000,00).

#### XXII — Participação do público na defesa judicial do patrimônio

A conciliação do bem privado como bem de interesse público, quando venha a ser tombado, tem diversas consequências. Uma delas é a legitimidade processual do cidadão para acompanhar perante a Administração ou de peticionar perante o Judiciário.

Desde o Dec.-lei 25/37 acentuou-se a noção de interesse público da coisa privada, tombada, ao ser utilizada a expressão “patrimônio histórico e artístico nacional” (art. 1.º). Dessa forma, sem se estabelecer, devida-se, contudo, o interesse de toda a coletividade pelo bem protegido. E esse noção veio a ser reiterada na Lei 6.938/81, considerando-se “meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

O relacionamento jurídico do proprietário privado com a Administração não se fecha nesse binômio. Interessam ao cidadão comum e às associações, que objetivam preservar e conservar o ambiente, o procedimento e as decisões referentes ao bem tombado.

Oportunamente, o programa “O homem e seu ambiente” da UNESCO, adota como um dos seus princípios: “A coletividade nacional integralmente deve participar da proteção e da valorização do patrimônio cultural”. “Essa preservação e valorização implica uma participação de todas as categorias sociais e uma ação propulsora constante e imaginativa”.

Daí decorrem princípios de prática administrativa que merecem ser apontados: o tombamento é um procedimento público, e não sigiloso. O fato de o Dec.-lei 25/37 prever somente a notificação do proprietário não quer dizer que a comu-