

# A atuação do Ministério Público na Tutela Jurisdicional do Patrimônio Histórico e Artístico brasileiro

Marcelo Veiga Franco e Tiago da Silva Fonseca

**SUMÁRIO:** 1. Intróito - 2. A disciplina dos interesses difusos no ordenamento jurídico positivo 3. O Patrimônio Histórico e Cultural da coletividade brasileira: interesse difuso de natureza indisponível - 3.1 Arcabouço jurídico - 3.2 O tombamento 4. O papel do Ministério Público na defesa do Patrimônio Histórico e Cultural brasileiro. 5. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo pretende traçar, em linhas gerais, os principais pontos de atuação do Ministério Público na tutela jurisdicional do Patrimônio Histórico e Artístico brasileiro, reputado interesse difuso de natureza indisponível de nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, procura discorrer acerca da disciplina jurídica dos direitos coletivos e do instituto do tombamento, bem como apontar os principais instrumentos legais de que se utiliza o *Parquet* para a proteção dos acervos patrimonial e cultural pátrios

**ABSTRACT:** The present article intends to trace, in general terms, the main aspects of Ministério Público's role in the jurisdictional guardianship of Brazilian artistic and historical heritage. In this sense, the Law on collective rights and the legal institute of heritage inclusion – “tombamento” – are demonstrated, as well as the main legal instruments that the *Parquet* – “Ministério Público” – may use to protect the cited cultural heritage.

## 1. Intróito

A tutela do patrimônio histórico e cultural qualifica-se, em sede de doutrina contemporânea, como direito de terceira geração ou interesse difuso, porquanto transcende a esfera jurídica meramente individual. Com vistas a compreender dita classificação, mister que se reconstitua aqui, ainda que brevemente, os diferentes tratamentos dados aos direitos fundamentais ao longo da evolução histórica dos Estados Constitucionais<sup>1</sup>.

Primeiramente, com o advento do Estado Liberal, que teve sua gênese na França a partir da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, surgem as chamadas garantias fundamentais, centradas nos

---

1 - Para conhecer a evolução dos paradigmas e Estados constitucionais, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos e Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG, v.3, p.473 et - seq.

direitos de igualdade e de liberdade. O período histórico em que se desdobra o Estado Liberal, notadamente marcado pelo início da produção industrial em larga escala, limita os direitos de igualdade e de liberdade a um conteúdo estritamente formal, em que não há a efetivação concreta de nenhuma dessas garantias.

No intuito de superar a realidade criada pelo paradigma liberal, surge o Estado Social. Do objetivo de “materializar” a liberdade e a igualdade para e entre as pessoas, fez-se necessário garantir à população uma gama de direitos básicos, tais como saúde, educação, alimentação, trabalho. Entrementes, para obter êxito em tal intento, o Estado passou a acumular funções e a se expandir de forma acelerada e irregular, tornando-se uma instituição inviável e insustentável.

Da crise do Estado Social, emerge o Estado Democrático de Direito, que, ao mesmo tempo em que reconhece a *indivisibilidade dos direitos fundamentais*<sup>2</sup>, admite a sua incapacidade de suprir, per si, as garantias inerentes aos cidadãos. Assim, o Estado Democrático de Direito se empenha em construir uma sociedade pluralista e participativa como base de sustentação. Há um deslocamento de atribuições para a sociedade civil, que passa a ter uma série de responsabilidades e faculdades que antes eram exclusivas do Estado, adquirindo prerrogativas que permitem uma participação ativa e decisiva nas decisões governamentais. Ocorre uma aproximação das esferas pública e privada, rompendo a rígida separação dos modelos constitucionais anteriores. É nessa perspectiva que surgem os direitos de terceira geração, ou os chamados *interesses difusos*, que se qualificam como aqueles “ditos de solidariedade e caracterizados por sua transindividualidade, pertencendo não mais apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda a coletividade”<sup>3</sup>.

---

2 - Termo cunhado por MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo II, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

3 - MARINONI, Luiz Guilherme, *Manual do Processo de Conhecimento – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.749.

## 2. A disciplina dos interesses difusos no ordenamento jurídico positivo

Originariamente, cotejava-se, de forma simplória, o interesse público, do qual seria titular o próprio Estado, e o interesse privado, pertencente estritamente à esfera de direitos do cidadão. Todavia, tal divisão bilateral não traduzia de modo satisfatório a complexa diversidade de direitos e de interesses jurídicos envolvidos nas relações sociais, razão pela qual foi logo suprimida por outros critérios taxonômicos. Nesse diapasão, começou-se a alargar o âmbito de abrangência dos interesses públicos, para abarcar também os interesses sociais, os difusos<sup>4</sup> e até mesmo os individuais indisponíveis e homogêneos, ou seja, todos aqueles interesses que de certa forma “atinjam a sociedade como um todo, posto que reflexamente”<sup>5</sup>. Alguns autores, visando a pôr termo a essa confusão terminológica, preferem chamá-los de interesses grupais (ou interesses fragmentados)<sup>6</sup>. Por assim ser, ampliou-se sobremaneira o rol dos interesses atinentes à esfera pública ou coletiva, enquanto que os direitos de cunho privado passaram a cingir-se à proteção jurídica do campo específico do indivíduo<sup>7</sup>.

No direito positivo brasileiro, criou-se, paulatinamente, um vas-

---

4 - Existe doutrina que toma expressões como interesse público, social e coletivo como equivalentes, que se confundem sob o denominador comum de interesses “metaindividuais”. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, na obra *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, apesar de reconhecer que existe uma diferença sutil entre os conceitos, distingue o interesse social como idéia de bem comum escolhida pela maioria da sociedade civil; o interesse público como interesse compartilhado por todos e avocado pelo Estado; o interesse coletivo como conveniência para grupos determinados ou determináveis, com um vínculo jurídico que lhes confere uma situação jurídica diferenciada. Seguindo essa classificação, o autor cria uma “escala crescente de coletivização” que parte dos interesses individuais e passa pelos sociais, pelos coletivos, até chegar aos interesses difusos, ápice da metaindividualização.

5 - MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 19.

6 - Por todos eles, CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova, CEDAM, 1976.

7 - Mencionados interesses localizam-se, assim, em um novo patamar de confrontação entre o interesse público (bem geral da coletividade) e o privado (individual pertencente àquele específico cidadão). Nessa esteira, cumpre citar a tradicional classificação de RENATO ALESSI, em sua obra *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, pela qual divide-se o interesse público em primário (ou seja, o bem geral propriamente dito), e secundário (isto é, o interesse articulado pelos órgãos da Administração). Na doutrina pátria, ver Celso A. Bandeira de Mello, *RDP* 75/57, n. 7.

-to leque de instrumentos legais que possuem por escopo justamente a tutela jurisdicional dos interesses públicos, entendidos em seu conceito amplo. Assim sendo, com o advento da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que estatui a Ação Popular, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que regula a Ação Civil Pública, e da Lei n.º 8.078 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção da figura do consumidor, assegurou-se no próprio corpo normativo nacional o resguardo dos interesses públicos, mormente dos interesses difusos, dos coletivos e dos individuais homogêneos.

Nesse momento, pois, faz-se imprescindível distinguir as três modalidades de interesses públicos disciplinadas juridicamente no ordenamento positivo nacional.

Os interesses difusos são conceituados legalmente pelo CDC como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”<sup>8</sup>. Dessa definição, pode-se extrair os principais elementos caracterizadores de tal espécie de interesse público, quais sejam: a indeterminação do sujeito, a indivisibilidade do objeto da pretensão deduzida (bem jurídico tutelado, e não propriamente da *causa petendi*) e a relação-base fática. Nesse sentido, reputa-se difusa, ou seja, espalhada ou fragmentada, a própria “titularidade subjetiva dos bens tutelados”<sup>9</sup>, uma vez que seus titulares, posto que em número significativo, não podem ser precisamente determinados, razão pela qual concedeu-se a certas entidades institucionais, como o Ministério Público, legitimidade extraordinária para a propositura de demandas judiciais que visem à tutela de tais interesses. Já a indivisibilidade do objeto decorre do fato de os interesses difusos, por não pertencerem a sujeitos determinados, incidirem sobre todos da sociedade indistintamente, não podendo ser desmembrados entre os integrantes da coletividade. Ademais, constitui-se elemento precípua desses interesses a inexistência de um específico embasamento jurídico que os vincule entre si. Assim sendo, alicerçam-se em uma relação-base de cunho fático, muitas vezes acidental e mutável, haja vista que não “repousam necessariamente sobre um vínculo jurídico

---

8 - Art. 81, parágrafo único, inc. I, Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/90).

9 - DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52.

bem definido que os congregue”<sup>10</sup>. Vale citar, como exemplos de interesses difusos disciplinados pelo direito brasileiro, a tutela do patrimônio cultural e histórico, do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do consumidor.

Por sua vez, os interesses coletivos, entendidos *stricto sensu*, por constituírem espécie de interesse público, vêm definidos pelo CDC como “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”<sup>11</sup>. Depreende-se, desde logo, que esse tipo de interesse, a exemplo dos difusos, também possui o predicado da indivisibilidade do objeto do pleito (bem jurídico tutelado, e não a causa de pedir)<sup>12</sup>. Infere-se, outrossim, que os sujeitos titulares interligam-se por meio de uma nítida relação jurídica-base, ou seja, unem-se para a proteção de um interesse compartilhado por todos os integrantes do grupo ou classe de pessoas. Dessa forma, há um autêntico *iuris vinculum*, de natureza permanente e preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, que serve de liame entre os sujeitos da categoria prejudicada, e não uma mera conexão fática que fundamente a pretensão jurídica dos indivíduos afetados. Saliente-se, ainda, que constitui traço marcante dos interesses coletivos a pluralidade de sujeitos co-titulares determinados, ou ao menos determináveis, compreendidos em classes, grupos ou categorias de pessoas, que se agregam através de aludida relação jurídica-base. Dentre os exemplos, vale citar as Ações Cíveis Públicas intentadas por associações, agremiações ou sindicatos de classe de profissão, para a defesa dos interesses comuns dos membros associados.

Já os interesses individuais homogêneos, conceituados de modo simplificado pelo CDC como aqueles “decorrentes de origem co-

---

10 - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: Temas de direito processual; primeira série. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 112.

11 - Art. 81, parágrafo único, inc. II, Código de Defesa do Consumidor.

12 - Entretanto, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, em sua obra *Ação Civil Pública*, aponta uma diferenciação entre a indivisibilidade do objeto nos interesses difusos e nos coletivos, levando em conta a dimensão do indivisível. Segundo esse autor, nos primeiros haveria uma indivisibilidade absoluta do objeto, em virtude da plena indeterminação dos sujeitos, enquanto que nos interesses coletivos o bem jurídico seria relativamente indivisível, tendo em vista a possibilidade de determinação de seus sujeitos titulares, separados em grupos, categorias ou classes de pessoas.

-mum”<sup>13</sup>, caracterizam-se pela divisibilidade do objeto do pedido (bem jurídico tutelado), distinguindo-se nesse aspecto das demais modalidades de interesse público. Logo, são suscetíveis de fragmentação entre os sujeitos titulares, ou seja, são passíveis de fracionamento proporcional, individual e específico entre os diversos indivíduos interessados. Além disso, as pessoas detentoras da titularidade de tais interesses são precisamente identificadas, ou facilmente determináveis, agasalhando, pois, um número certo de indivíduos. Esses titulares interligam-se através de uma origem fática comum (daí o nome de interesses homogêneos), podendo o liame subjetivo, em alguns casos, alicerçar-se em um contexto jurídico que envolva todas as pessoas legitimamente interessadas<sup>14</sup>. Assim, prescinde-se de uma relação jurídica-base perene ou que seja precedente à lesão ou ameaça de dano, bastando que esse vínculo fundamentador da pretensão provenha de algum ato que cause relevante prejuízo individualizado. Faz-se suficiente, pois, apenas a demonstração de uma “repercussão social que justifique a outorga de legitimidade extraordinária”<sup>15</sup> aos sujeitos diretamente interessados, que devem comprovar, quando da propositura da demanda, o regular interesse de agir e a legitimidade *ad causam* para estar em juízo. A título exemplificativo, pode-se citar a hipótese de uma ação judicial que discuta a venda de um produto defeituoso que cause prejuízos a diversos consumidores. Nesse caso, cada indivíduo sofrerá uma lesão própria e específica, porém decorrente de uma origem comum de dano, suportado individualmente por uma vasta gama de consumidores. Por fim, cabe realçar que é permitido o ajuizamento de Ação Civil Pública para a tutela desses interesses<sup>16</sup>.

---

13 - Art. 81, parágrafo único, inc. III, Código de Defesa do Consumidor.

14 - Em suma, preconiza MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 22: “Encontram-se reunidos por essa categoria de interesses os integrantes determinados ou determináveis de um grupo de pessoas, com prejuízos divisíveis oriundos das mesmas circunstâncias de fato.”

15 - DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. cit.*, p. 61.

16 - Por todos, ARNOLDO WALD, em sua obra *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, que leciona, no entanto, que a defesa dos interesses individuais homogêneos seria possível apenas em relação aos três primeiros incisos do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), a saber, a proteção do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio histórico e cultural, não se estendendo aos demais incisos.

### 3. O Patrimônio Histórico e Cultural da coletividade brasileira: interesse difuso de natureza indisponível

Várias acepções podem ser abrangidas pelo termo *cultura*. A cultura pode ser entendida como somatório das criações humanas, como vestígios da vivência de determinadas sociedades ou grupos, ou como fonte de criatividade. A amplíssima abrangência do termo sugere a dificuldade de se estabelecer um conceito específico de cultura. Dificuldade ou até impossibilidade, como entende o professor GABRIEL COHN<sup>17</sup>:

“Devemos, isso sim, ter presente que, sendo um processo e não um ‘dado’, e sendo da ordem do simbólico, a cultura é sempre outra coisa; é detectável nos traços que deixa, mas não é identificável como coisa fixa e bem delimitada. Não é rebelde aos conceitos, mas à rigidez conceitual; demanda flexibilidade no pensamento e na ação”.

Por ser o Brasil um país de dimensões continentais, bem como uma nação concebida a partir da miscigenação de diferentes povos, pode-se inferir que o povo brasileiro constitui o que FRANCISCO WEFFORT<sup>18</sup> chama de “caso notável de diversidade no interior da unidade”.

Costumes tradicionais, práticas religiosas e metodologias industriais podem ser tomados como manifestações culturais a serem preservadas. A conservação compreende “toda e qualquer ação do Estado que vise a conservar a memória de fatos e valores culturais de uma Nação”<sup>19</sup>. Entender o patrimônio cultural não como um *culto ao passado*, mas de modo *dinâmico*, como criações pretéritas a serem integradas ao presente e a serem consideradas para planejar o futuro, faz com que o

---

17 - COHN, Gabriel. Concepção oficial de cultura e processo cultural. In *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1987, n.º22, pp. 07/10.

18 - WEFFORT, Francisco. Cultura, democracia e identidade nacional. In *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1996, n.º24, pp. 05/06. Nesse artigo, comentando a opulência da cultura brasileira, escreve o ex-Ministro de Estado da Cultura: “A diversidade na unidade é um dos traços mais fascinantes da cultura brasileira. Resultado de um rico e complexo processo histórico de fusão de culturas, a tendência à mistura prevalece. A própria diversidade atual é resultado de muitas misturas passadas. Somos um país de mestiços”.

19 - CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 05.

direito à sua preservação seja apreendido como direito de terceira geração e não como “direito de terceira categoria” ou “direito supérfluo”.

A história, a arte, a cultura são construídas a partir das relações sociais, políticas e econômicas de lugares e tempos determinados. O patrimônio histórico e artístico se constitui de bens materiais ou imateriais legados como testemunhas dessas relações, ou seja, não se restringe a um simples conjunto de criações fixas, agrupado de forma definitiva por uma pessoa ou órgão qualquer. Antigas relações humanas são substituídas por novos tipos de sociedades, que criam novos bens a serem integrados à composição do patrimônio.

Asseverou, acirrando a reflexão, MARIA BEATRIZ SETÚBAL DE REZENDE SILVA<sup>20</sup>:

“Então do que realmente é feito o patrimônio? Da forma. Daquilo que o faz poder ser descrito, que possui uma linguagem, que contém informações e que gera emoção por essas razões. Desde a forma de um prédio, de uma cidade à forma de um rito”.

Assim, como o patrimônio não é um conteúdo previamente definido, mas que sofre constante renovação, sua preservação deve adotar critérios e métodos que sirvam também às transformações que lhe são inerentes. Por ser o patrimônio uma das principais formas de resguardo da identidade nacional, que se reputa valiosa manifestação da própria expressão cultural do povo brasileiro, o direito à sua preservação e à sua tutela, pelas características aqui já enunciadas, configura legítimo exemplo de interesse difuso, de natureza indisponível, em face da obrigação constitucional do Poder Público de promover sua conservação.

### 3.1. Arcabouço jurídico

As disposições que regulamentam a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro estão consubstanciadas, primordialmente, no Decreto-Lei<sup>21</sup> n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que foi inspirado originariamente em projeto apresentado por Mário de

---

20 - SILVA, Maria Beatriz Setúbal de Rezende. Preservação na gestão das cidades. In: *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1996, n.º 24, p. 168.

21 - SIMÕES PIRES, Maria Coeli. *Da Proteção ao Patrimônio Cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 293.

Andrade à Câmara dos Deputados, e que, após tramitadas e aprovadas pelo Congresso Nacional, converteu-se definitivamente em Decreto-Lei. Esse complexo normativo contempla, assim, as regras gerais disciplinadoras de referida matéria, regendo, dentre outros institutos, o tombamento e seus efeitos e o direito de preferência. Entretanto, como bem lembra MARIA COELI SIMÕES PIRES<sup>22</sup>, aquele diploma legal não exaure a matéria em nível infraconstitucional, haja vista ser bastante complexo e rico o arcabouço normativo que compõe o sistema de proteção do patrimônio cultural do Brasil<sup>23</sup>.

Em sede constitucional, há menção expressa, no art. 216, dispondo acerca da preservação do patrimônio cultural brasileiro, na seção denominada *Da cultura*. Por tal preceito constante da Lei Maior, infere-se haver especial resguardo dos bens corpóreos que sejam objeto de tombamento, seja este feito individualmente ou em conjunto, cabendo ao Poder Público, com a colaboração ativa da sociedade civil, promover a conservação de tais acervos patrimoniais. Isso porque ditos bens remetem-nos à identidade, à ação e à memória dos diversos grupos formadores da sociedade e da consciência brasileiras, que, por meio de diferentes modos de criar, de fazer e de viver, expressam um corpo homogêneo de notável valor artístico e histórico. Por essa razão, compete à Administração Pública fomentar a produção cultural e a criatividade artística, coibindo a ocorrência de eventuais lesões ou ameaças e punindo efetivamente os infratores.

O Poder Público, por sua vez, atendendo ao ditame da *Magna Charta* acima exposto, instituiu entidades públicas com competência específica para a proteção do patrimônio cultural. Dentre essas, destaca-se, em âmbito federal, o IPHAN, criado originariamente como Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Lei Federal n.º 378/37), elevado a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional em 1946, e, hodiernamente, transformado em Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional pelo Decreto-Lei n.º 66.967/70 e Leis n.º 8.029/90 e 8.113/90, com estrutura regulamentada pelo De-

---

22 - SIMÕES PIRES, Maria Coeli. Op. cit., p. 294.

23 - Vale citar, v.g., o artigo 165 do Código Penal que, sob o *nomen juris* “*Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico*”, tipifica como crime “*Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico*”, cominando pena de detenção de seis meses a dois anos cumulada com aplicação de multa.

-creto-Lei n.º 2.807/98. O IPHAN, instituído sob a forma de autarquia federal, dotado de ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, situa-se na cúpula da Administração Pública, diretamente vinculado ao Poder Executivo através do Ministério da Cultura.

Ao IPHAN (em nível federal) e ao Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico - IEPHA (na esfera estadual) incumbe, pois, opinar, com efeito vinculante, sobre todas as questões concernentes ao acervo patrimonial tombado, estabelecendo diretrizes, sugerindo medidas de compensação de eventuais danos causados e ditando parâmetros de conservação da integridade dos bens protegidos juridicamente. Destarte, competem-lhes exarar pareceres, realizar vistorias e elaborar laudos técnicos destinados a verificar condutas irregulares e apurar supostos prejuízos produzidos aos centros arquitetônicos e núcleos urbanos tombados.

Com efeito, da análise dos arts. 17 e 18 do Decreto-Lei n.º 25/37, depreende-se que qualquer tipo de intervenção em imóvel tombado, bem como naqueles situados em sua vizinhança, há de ser precedida necessariamente da aquiescência da autarquia competente (Ex.: IPHAN). De tal sorte, o desatendimento a essa premissa configura conduta transgressora dos preceitos que regulam a preservação do patrimônio histórico e cultural, ensejando o conseqüente dever judicial, por parte do eventual responsável, de indenizar os danos causados ao acervo patrimonial tombado.

### 3.2 O tombamento

A principal forma de preservação dos bens que compõem o patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro é o *tombamento*. O tombamento é ato administrativo que restringe o exercício do direito de propriedade de bem que integra o patrimônio cultural ou de bem situado no entorno daquele sobre o qual recai a proteção especial. Tombado um bem, o proprietário do mesmo ou de bem vizinho<sup>24</sup> fica impedido

---

24 - A conceituação de vizinhança, para efeitos do tombamento, não se restringe à disposição territorial dos bens, mas se relaciona com a idéia de prejuízo na visibilidade do bem tombado. Assim, considera-se vizinho de bem tombado aquele que interfere fisicamente em sua visibilidade ou aquele que dele destoa, do ponto de vista estético e artístico, descaracterizando o conjunto no qual estão inseridos.

de destruir, demolir, mutilar, reparar, pintar ou restaurar a coisa, sem prévia autorização do órgão competente, tendo em vista o valor cultural traduzido pelo bem, móvel ou imóvel, sobre o qual recai o tombamento.

Como ato administrativo, o tombamento se constitui a partir dos seguintes elementos: *competência, forma, objeto, finalidade e motivo*.

A *competência* para legislar sobre a matéria é exercida concomitantemente pela União, Estados-membros e Municípios, haja vista que a Constituição Federal de 1988 fixa a competência concorrente de tais entes federativos para a proteção do patrimônio cultural, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, inc. VII), bem como atribui ao Poder Público o encargo de promover e proteger o patrimônio portador de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos da sociedade brasileira. A competência concorrente estabelecida pela Constituição é efetivada de acordo com o grau de interesse na preservação do bem: se o interesse é federal, a competência pelo tombamento é da União; se regional, é do Estado-membro; se o interesse é local, a competência cabe ao Município.

A possibilidade dada aos três entes federativos para atuar no tombamento de bens de reconhecido valor cultural é o que caracteriza a competência concorrente, conforme distribuída pela Carta Magna. Entretanto, a efetivação dessa competência deve obedecer a princípios gerais, fixados por leis federais. No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios gerais que regem o tombamento estão previstos no Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que, apesar de antigo e de reportar ao momento histórico marcado pelo início do período ditatorial da Era Vargas, cuida de norma de notável precisão técnica e conta com um texto que sofreu pequenas complementações de legislações posteriores, que pouco alteraram o seu real conteúdo.

O Decreto-Lei n.º 25/37 descreve o procedimento a ser adotado para tomar um determinado bem. O processo de tombamento parte de estudos técnicos que devem ser realizados por profissionais de diferentes áreas de conhecimento, tais como arquitetos, historiadores, filósofos, etc. Inicialmente, deverá o proprietário do bem ser notificado<sup>25</sup> para que, no prazo de 15 dias, impugne o eventual tombamento

---

25 - Sobre a notificação prevista no processo de tombamento, vale ressaltar a divergência doutrinária existente entre a posição que defende a nulidade ou não do ato administrativo, pelo vício ou inexistência da comunicação do proprietário. SÔNIA RABELLO DE CASTRO confere dois objetos à notificação: abrir prazo para recurso ao proprietário do

demonstrando que não resta interesse do seu bem individualmente considerado para a composição do patrimônio cultural da coletividade. Caso seja o tombamento contestado pelo proprietário do bem, abre-se vista ao órgão responsável pelo ato, para resposta a ser formulada no mesmo prazo de 15 dias. Concluídas a fase introdutória, em que são elaborados pareceres a partir dos estudos técnicos realizados, e a fase instrutória, pela qual se manifestam o proprietário do bem e o órgão responsável pelo tombamento, caberá ao Conselho Consultivo decidir sobre a existência de valor cultural simbolizado pelo bem analisado e do interesse público correspondente à sua preservação. Optando o Conselho pelo tombamento, torna-se necessária a homologação do Ministro da Cultura, que decide sobre a oportunidade e conveniência do ato. Caso seja efetivamente ratificado, o tombamento é inscrito em um dos quatro Livros do Tombo enumerados pelo Decreto-Lei n.º 25/37, a saber: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes; e Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

Assim, a inscrição em um dos Livros do Tombo, de acordo com a preservação que deverá ser objetivada, constitui a última fase do procedimento, ou seja, a *forma* do tombamento, vista como o meio de que se vale a Administração Pública para exteriorizar o ato. A partir da inscrição, o bem se torna protegido jurídica e definitivamente.

O *objeto* do tombamento será sempre declarar o valor cultural consagrado nos bens a serem tombados, consistentes em coisas móveis ou imóveis. Bens incorpóreos, tais como manifestações folclóricas, ritos religiosos, metodologias industriais, etc. também devem ser objeto de preservação, mas não sob o ato de tombamento.

A *finalidade e o motivo* do tombamento podem ser realçados da

---

bem e estabelecer o tombamento provisório. Por entender que, no tombamento, ocorre a prevalência do interesse público de preservação sobre o interesse particular do proprietário do bem, a Professora carioca considera que a falta de notificação não acarreta nulidade do ato administrativo. Já MARIA COELI SIMÕES PIRES reserva à notificação um papel fundamental e constitutivo do processo, tomado como espécie do gênero procedimento e caracterizado pela participação contraditória dos sujeitos da relação. Sem a deflagração do contraditório, o processo de tombamento restaria de todo prejudicado. Como entendemos que o processo administrativo, tal como o judicial, deve contar com as garantias do devido processo legal, como os princípios do contraditório e da ampla defesa, perfilhamos a corrente representada pela Professora mineira e consideramos que a ausência do contraditório macula todo o processo de tombamento.

necessidade de promover e proteger o patrimônio reconhecidamente relevante para a cultura da Nação, nos termos indicados pela Constituição Federal e pela legislação pátria.

Deve-se mencionar, por fim, as espécies de tombamento possíveis no Brasil. O tombamento pode ser de ofício, voluntário ou compulsório; provisório ou definitivo; isolado ou em conjunto. O tombamento de ofício atinge bens públicos, que são tombados independentemente da notificação prescrita no Decreto-Lei n.º 25/37. O tombamento voluntário ocorre quando o procedimento do ato administrativo é instaurado a partir da manifestação do próprio proprietário, que encaminha ao órgão responsável solicitação e justificativa da necessidade de proteção especial de seu bem. Outrossim, o tombamento é voluntário quando o proprietário, a partir do recebimento da notificação, anui à intenção do Poder Público de tomar a coisa. Já o tombamento compulsório ocorre quando o proprietário não assente à iniciativa de integrar o seu bem ao conjunto especialmente protegido pela Administração e procede à impugnação do ato administrativo.

Não obstante apresentarem os mesmos efeitos, o tombamento se distingue em provisório e definitivo. Faz-se provisório no momento em que o proprietário é notificado. O tombamento provisório visa à proteção do bem em relação àqueles que detêm a sua posse ou seu domínio, contra intervenções que podem ser realizadas com a intenção de descaracterizar o bem, retirando-lhe o sentido de sua preservação. Faz-se definitivo a partir da inscrição do tombamento em um dos Livros de Tombo.

Talvez a classificação de tombamento cuja compreensão se torne mais importante e que mais atenda ao objetivo deste trabalho seja a que separa o tombamento individual do de conjunto. Verifica-se comumente, nas ações judiciais propostas especificamente pelo IPHAN buscando a recomposição de imóveis tombados que foram indevidamente modificados, que os proprietários, ao contestar a demanda, questionam o tombamento do conjunto, alegando a inexistência de procedimento administrativo para tomar individualmente o bem de sua propriedade (sendo que existe tombamento do conjunto), ou justificando a ausência de ofensa da obra irregular realizada ao conjunto que integra o patrimônio cultural objeto de tombamento. O tombamento individual gera efeitos exclusivamente em relação ao bem tombado. Diferentemente, o tombamento em conjunto reconhece que existe entre os diversos imó-

-veis localizados nos centros arquitetônicos tombados um sem-número de relações e interações que caracterizam funções urbanas específicas, manifestadas de diferentes formas na topografia do terreno, no traçado e no material utilizado no arruamento, na disposição dos prédios públicos e dos templos de culto, na segmentação do tecido urbano em blocos (bairros ou freguesias), na harmonia de estilo e de fachada dos casarios e na volumetria das edificações. Assim sendo, a tutela especial dos conjuntos urbanos, mormente por intermédio do instituto do tombamento, respalda-se principalmente em qualidades de historicidade da construção, representadas por conceitos determinados de estilo, padrões estéticos, traços de visibilidade e elementos de localização do bem, ou seja, abarca *in totum* as formas de reprodução cultural do acervo patrimonial protegido juridicamente.

Os conjuntos arquitetônicos e culturais protegidos juridicamente, integrantes do patrimônio histórico e artístico nacional, revelam um contexto histórico específico, o qual expressa sobremaneira a consciência sócio-cultural de toda uma coletividade, representada por meio de relíquias e monumentos de extrema importância artística. De regra, fazem parte do acervo tombado de uma Nação, e, portanto, recebem tratamento jurídico protetivo especial, os monumentos, estátuas, sítios arqueológicos, igrejas, construções antigas, etc., que denotam uma ímpar relevância coletiva e social, seja de natureza artística, cultural, histórica, paisagística ou turística. São justamente esses predicados intrínsecos que, ao conferirem legibilidade específica a tais acervos patrimoniais de notável valor paisagístico, também lhes atribuem um sentido próprio como núcleo urbano de extrema relevância no contexto da memória nacional e internacional, objeto de tutela especial por parte do Estado.

#### **4. O papel do Ministério Público na defesa do Patrimônio Histórico e Cultural brasileiro**

Uma das instituições que avulta de importância especial dentro da estrutura organizacional do Estado Democrático de Direito brasileiro é precisamente o Ministério Público, considerado, em sede constitucional, instituição democrática de natureza permanente, portador de prerrogativas e funções essenciais à garantia da equânime e eficiente

prestação jurisdicional por parte do Estado<sup>26</sup>. Da correta análise do texto constitucional hodierno, infere-se ser ente dotado de autonomia e de independência, “deslocado da estrutura de qualquer dos Poderes do Estado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da separação dos Poderes, da legalidade e moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais”<sup>27</sup>.

O Ministério Público, portanto, detém funções nobres de defesa da própria organização do Estado, destinadas a garantir o fiel cumprimento das leis e o resguardo do interesse geral da coletividade<sup>28</sup>. Não por outra razão, é de se alcançar, diante da atmosfera solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos preconizada pela Magna Carta, e substanciada na ativa participação da sociedade civil nas decisões governamentais, a crença na “indispensabilidade da atuação ministerial na defesa dos direitos humanos como elemento indissociável do ambiente democrático”<sup>29</sup>, detendo o *Parquet*, para tanto, cada vez mais um amplo leque de faculdades para a proteção dos direitos indisponíveis e dos interesses metaindividuais dos cidadãos brasileiros<sup>30</sup>.

Ademais, cumpre salientar que o ente ministerial em comento goza de *autonomia* funcional no exercício de suas atribuições, sujeitando-se apenas aos limites estabelecidos pelas prescrições constitucionais e disposições legais, “não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública de nenhum dos poderes do Estado”<sup>31</sup>. Como decorrência direta da autonomia funcional, detém o *Parquet*, outrossim, autonomia na esfera administrativo-financeira, traduzida pela capacidade de elaboração de sua própria proposta orçamentária e de gestão, desde que respeitados os limites estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias<sup>32</sup>, com seu respectivo encaminhamento ao Chefe do Poder Executivo, que a submeterá

---

26 - Art. 127, Constituição da República de 1988.

27 - MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 511.

28 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989-1995, v. 3, p. 421.

29 - GONÇALVES CORREIA, Marcus Oriene. Magistratura e Ministério Público: Atuação no processo e edificação do Estado Democrático de Direito. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, março/2005, Vol. 833, ano 94, p. 27.

30 - DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 581.

31 - LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 65.

32 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

de plano ao Poder Legislativo (art. 4º da Lei n.º 8.625/93, denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Tal autonomia administrativo-financeira justifica-se pelo fato de que não poderia o Ministério Público “realizar plenamente as suas funções se ficasse na dependência financeira de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias”<sup>33</sup>, sendo que imputa-se, por expressa disposição de lei, eficácia plena e executoriedade imediata às decisões do *Parquet* fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, desde que obedecidas as formalidades legais e ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas (art. 3º, parágrafo único, da Lei n.º 8.625/93).

Ainda discorrendo acerca dos princípios institucionais do Ministério Público, acrescentam-se, igualmente, os postulados da *unidade*, que significa que seus “membros integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral”<sup>34</sup>; o da *indivisibilidade*, que preconiza que os agentes ministeriais podem substituir-se em juízo, sem prejuízo da representação processual na defesa dos interesses públicos da sociedade.

Em sede doutrinária e jurisprudencial<sup>35</sup>, emerge ademais o postulado do *promotor natural*, que consubstancia a terminante proibição de designações casuísticas de agentes ministeriais efetuadas por parte da chefia da instituição, que ensejaria a criação da figura inconstitucio-

---

33 - MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61.

34 - MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 496.

35 - Conferir o aresto exarado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, quando do julgamento do HC n.º 67.759/RJ, da lavra do eminente Relator Ministro Celso de Mello (RTJ 150/123), que sinteticamente assevera, in verbis: “o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do *acusador de exceção*. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.”

-nal do “acusador de exceção”, obstando a atuação imparcial e desvinculada do Parquet na tutela dos direitos da coletividade. Em verdade, o princípio do promotor natural, construído de forma análoga ao do juiz natural, reza que o jurisdicionado, da mesma forma que detém o direito de ser processado e julgado por autoridade jurisdicional competente, eqüidistante das partes e legalmente investida, possui também a proteção jurídica de receber acusação apenas de um órgão ministerial imparcial e independente, previamente escolhido pelo Estado segundo critérios legais. De tal sorte, proscreve-se sobremaneira a nomeação discricionária de promotores de justiça e procuradores da república *ad hoc*, nomeados unilateral e abusivamente, de modo pré-determinado, para atuarem naquela demanda específica, em flagrante desrespeito aos parâmetros legais. Como bem assinala a Egrégia Corte Suprema,

“esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei”.

A propósito, questão por demais polêmica reside na discussão sobre a integração do Ministério Público a algum dos Poderes estatais. Em suma, as correntes doutrinárias orientam-se, basicamente, em dois sentidos: há aqueles que propugnam que o *Parquet* não representa um quarto poder do Estado, visto que suas “atribuições são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo”<sup>36</sup>, constituindo órgão alheio à estrutura institucional dos poderes Judiciário e Legislativo; como também há aqueles que sustentam que a colocação do Ministério Público no texto constitucional ao final do título relativo à organização dos Poderes, como uma das funções essenciais à Justiça, “revelam a renúncia, por parte do constituinte, de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado”<sup>37</sup>.

---

36 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 582.

37 - Entendimento corroborado pelo insigne Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence (RTJ 147/129-30). Apud: MORAES, Alexandre de. Op. cit., pp. 494-495.

A par desse debate, vale ressaltar, apenas, que eventual integração do Ministério Público ao Poder Executivo não fere de maneira alguma a independência funcional dos membros do *Parquet* no exercício de suas funções, haja vista que, por serem considerados agentes públicos, devem atuar com “plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais”<sup>38</sup>. Cristalino é, tão somente, que não mais cabe ao Ministério Público, como incumbia outrora, representar judicial e extrajudicialmente a União, bem como prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo, visto que tais atribuições foram agora delegadas à Advocacia-Geral da União (art. 131 da Constituição de 1988).

Oportuno se ater, nesse momento, às funções outorgadas ao Ministério Público, que possuem por fito a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição da República de 1988 c/c art. 1º da Lei n.º 8.625/93 e art. 1º da Lei Complementar Federal n.º 75/93). Em sede constitucional, o *Parquet* assume o papel de autêntico guardião da aplicação da ordem jurídica, de verdadeiro defensor dos interesses da sociedade, de genuíno fiscal do cumprimento das leis. Com vistas a atingir tais objetivos, compete aos Promotores de Justiça, em nível estadual, e aos Procuradores da República, na esfera federal, atuar de diferentes formas, no exercício de suas atribuições legais e processuais.

Em suma, em âmbito criminal, o *Parquet* possui titularidade ativa exclusiva para promover a Ação Penal Pública, independentemente de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, quando a lei não as exigir. Ademais, toca ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, por meio da requisição de diligências investigatórias para apuração da materialidade delitiva e da autoria dos eventos criminosos eventualmente sob exame.

Já em âmbito cível, o Ministério Público detém titularidade ativa para instauração de Inquérito Civil e para a propositura de Ação Civil Pública, ambas destinadas ao resguardo dos interesses transindividuais. Além disso, cabe ao ente ministerial a defesa da legalidade e da moralidade administrativa, bem como a fiscalização da regularidade dos demais poderes públicos, por intermédio do ajuizamento de demandas que visem a coibir os atos de improbidade administrativa. Como se não

---

38 - MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 72.

bastasse, compete ainda ao *Parquet* a proteção dos direitos e interesses das chamadas “minorias”, tais como, índios, crianças, idosos, interditos, questões afeitas ao direito de família, interesse de incapazes, estado de pessoa, poder familiar, tutela, curatela, declaração de ausência e inventários, dentre outros, bem como a tutela dos direitos relativos à educação, saúde, seguridade social e patrimônio público-social.

Cabe-lhe, ademais, atuar na apuração de irregularidades e ilegalidades na defesa dos chamados interesses difusos (tais como meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico e cultural), e na tutela da ordem econômico-financeira nacional, para fins de resguardo dos postulados constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência. Possui competência, outrossim, para a interposição de recursos perante os Tribunais Superiores (STF e STJ), sendo que o Procurador-Geral da República, reputado chefe do Ministério Público da União, possui *legitimatío* para o intento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103, inciso VI, da Constituição da República). Pela análise de tais funções, percebe-se a relevância da intervenção ministerial no curso das demandas cíveis, o que levou o legislador a cominar pena de nulidade *pleno iure* do processo para os casos de ausência de intimação do Ministério Público nas hipóteses em que a lei considerar sua intervenção obrigatória (art. 84 do Código de Processo Civil).

Destarte, competirá ao Ministério Público, de acordo com a natureza do objeto jurídico sobre o qual verse a lide, intervir nas demandas como parte, hipótese em que será detentor de legitimidade extraordinária *ad causam*<sup>39</sup> (ou substituto processual)<sup>40</sup> para o ajuizamento de

---

39 - Alguns doutrinadores aduzem que tal legitimação teria o nome de “legitimação autônoma”, como THEREZA ALVIM, em seu artigo *O direito processual de estar em juízo*; outros a denominam de “legitimação autônoma para a condução do processo”, caso de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA NERY, na obra *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 389; ainda há autores que a designam pelo nome de “legitimação ordinária”, como PAULO CEZAR CARNEIRO PINHEIRO, em seu livro *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 23-24. Todavia, não obstante a diversidade de terminologias, fato é que tal legitimidade ativa do Ministério Público expressa a prerrogativa processual a ele concedida para a tutela dos interesse difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos.

40 - De acordo com PEDRO DA SILVA DINAMARCO, em sua obra *Ação Civil Pública*, os termos “legitimidade extraordinária” e “substituição processual” são equivalentes, e significam o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, mas na defesa de pretensão alheia.

ações que visem à tutela de interesses difusos e coletivos, representando ativamente a própria sociedade; ou como *custos legis*, caso em que atuará no bojo do processo e em diferentes fases processuais, funcionando como autêntico fiscal do fiel cumprimento das leis (art. 5º, § 1º, da Lei n.º 7.347/85).

Especificamente no que concerne à tutela do patrimônio histórico e cultural da coletividade, o Ministério Público utiliza-se de determinados instrumentos e mecanismos processuais que o permitem lograr com maior eficiência a defesa de tal interesse difuso.

No campo administrativo, o Ministério Público serve-se, preliminarmente, do Inquérito Civil (ou Procedimento Administrativo Cível - PAC)<sup>41</sup>, que possui por escopo apurar a ocorrência de condutas irregulares e/ou intervenções ilícitas nos conjuntos arquitetônicos tombados, que acarretem significativos danos ao patrimônio histórico e cultural brasileiro. Assim, por meio do Inquérito Civil, instaurado comumente a partir de representação encaminhada pelos sujeitos lesados, obtém-se a coleta de um imperioso conjunto de provas (oitiva de testemunhas, juntada de documentos, realização de vistorias, exames e perícias técnicas), que fornecerá o embasamento legal e a instrução probatória necessários à propositura de eventual Ação Civil Pública<sup>42</sup>.

Faz-se forçoso ressaltar, nesse momento, que o *Parquet*, ao aferir os danos artísticos, urbanísticos e paisagísticos provenientes diretamente de comportamentos ilícitos de agentes (sejam pessoas físicas ou jurídicas), busca desde logo a composição amigável de tais prejuízos patrimoniais, por meio da celebração do chamado *Termo de Ajustamento de Conduta*. Por intermédio de tal avença, que retrata efetivamente um acordo a ser firmado, o Representado assume obrigações perante o Ministério Público, que têm por finalidade a adequação de sua conduta às prescrições legais, com a conseqüente recomposição dos danos causados ao acervo de bens histórico e cultural. Também faculta a lei que o *Parquet*, caso julgue necessário, expeça *Recomendação*, de caráter

---

41 - HUGO NIGRO MAZZILLI, na obra *A defesa dos interesses difusos em juízo – Meio Ambiente, Consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, apresenta a diferenciação entre o Inquérito Civil, que se destina a colher os elementos probatórios necessários a respaldar a propositura de Ação Civil Pública, e o Inquérito Policial, que tem por escopo a comprovação da materialidade do crime e a determinação de sua autoria, para embasar a propositura de Ação Penal Pública pelo Ministério Público.

42 - MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 272.

coercitivo e unilateral, em face do responsável pela lesão verificada, com vistas a sugerir a coadunação de sua conduta aos parâmetros estipulados para a recomposição do prejuízo.

Todavia, não alcançada a composição dos danos patrimoniais causados aos centros arquitetônicos tombados pela via administrativa, e constatada *in concreto* a ocorrência da lesão ao acervo, resta ao Ministério Público a propositura de Ação Civil Pública, com fulcro no art. 1º, inciso III, da Lei n.º 7.347/85, para compelir judicialmente o Requerido à composição dos prejuízos oriundos de sua conduta ilícita. Com essa demanda, busca-se a condenação do Réu em obrigações de fazer ou não fazer que se destinem a recompor o dano causado, sob pena de multa diária (*astreintes*) cominada pelo Juízo, ou de promoção ulterior de Ação de Execução forçada específica, bem como a condenação pecuniária a título de indenização (art. 3º, da Lei n.º 7.347/85). Cumpre realçar, como já dito alhures, que o Ministério Público, detentor de legitimidade ativa *ad causam*, deverá obrigatoriamente intervir como parte, facultando-se a atuação litisconsorcial de outros órgãos ou entidades legitimadas (tais como o IPHAN ou o IEPHA), ou, caso não seja a parte autora, na qualidade de *custos legis*, com vistas a garantir o devido atendimento das disposições legais.

Faz-se imprescindível salientar ainda que, presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (e, por conseguinte, a verossimilhança dos fatos alegados com respaldo em prova inequívoca), e constatada a reversibilidade de eventual concessão do provimento, faculta-se ao Ministério Público intentar a Ação Civil Pública pleiteando o deferimento de medidas liminares, seja através de pedido de tutela antecipada, seja por meio do ajuizamento de Ação Cautelar preparatória, desde que se objetive evitar dano irreparável ao patrimônio histórico e cultural. Como é ação judicial protetora de interesses difusos, a sentença civil prolatada com pedido julgado procedente transitará em julgado com efeitos *erga omnes*, beneficiando, pois, a todos os integrantes da coletividade.

As demandas judiciais reservadas à proteção do patrimônio cultural são iniciadas, de regra, mediante a interposição de Ação Civil Pública, normalmente pelo IPHAN ou IEPHA, nos quais o Ministério Público atua como Fiscal da Lei. As ações costumam cuidar da violação ao art. 17 ou art. 18 do Decreto-Lei n.º 25/37, ou seja, em virtude da realização de obra de alteração do bem tombado, sem a prévia e de

vida autorização do órgão competente, ou por obra empreendida em imóvel vizinho ao bem sobre o qual recai o tombamento. A feitura de obra irregular faz nascer, para as autarquias em comento, a pretensão de recompor o patrimônio aos moldes do tombamento administrativo efetuado, dirigida contra os responsáveis pela modificação irregular empreendida no bem.

Interpelados judicialmente, os réus correntemente fundam suas peças de contestação em preliminar de incompetência do juízo, em questionamento do processo de tombamento e/ou em alegação do legítimo e regular exercício do direito constitucional de propriedade.

A dúvida que gira em torno do juízo competente para julgar Ação Civil Pública referente à proteção do patrimônio cultural é fundada no aparente conflito do art. 109, I, da Constituição Federal, que define a competência da Justiça Federal para as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes e oponentes, com o art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública, que prescreve a competência funcional do foro local onde ocorrer o dano, para julgar as causas relativas àquele texto normativo (Lei 7347/85).

Assim, nos casos de demandas judiciais propostas pelo IPHAN, por exemplo, dependendo da leitura que se faça da norma, realmente é possível dela extrair o sentido de, não obstante tratar-se de ação fundada em interesse de autarquia federal, imputar à Justiça Estadual do local onde ocorreu o dano objeto da lide a competência para compor o conflito de interesses. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça chegou até a editar a Súmula n.º 183, de 31 de março de 1997, nos seguintes termos: “compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara de Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”.

Considerando que a interpretação promovida pelo STJ na construção da Súmula contrariava frontalmente dispositivo constitucional, estava instaurada a celeuma judicial, em que o IPHAN insistia em propor as ações relativas à proteção do patrimônio cultural no âmbito da Justiça Federal, sendo que alguns juízos reconheciam a sua competência para julgar os feitos, ao passo que outros remetiam os autos para a Comarca onde havia ocorrido o dano.

Para resolver definitivamente o conflito de competência in-

tituído, proferiu o Supremo Tribunal Federal<sup>43</sup> decisão acerca da matéria, fixando a competência da Justiça Federal e tornando pacífica e consolidada a matéria entre os demais tribunais.

Quanto às argüições contra o procedimento de tombamento, elas quase sempre atacam o procedimento do ato administrativo em si ou a legitimidade da proteção que recai sobre o imóvel objeto da lide. Sobre o procedimento do ato administrativo, é comum que a parte ré da ação judicial acuse a falta de recebimento da notificação prevista no Decreto-Lei n.º 25/37. A notificação, entretanto, é impreterível para os casos de tombamento individual do bem e, na maioria absoluta das causas em que atua o Ministério Público no Estado de Minas Gerais, versam as ações sobre agressão a conjuntos arquitetônicos de cidades tombadas desde 1938. Precisamente sete cidades mineiras tiveram seus conjuntos tombados no ano de 1938: Congonhas, Diamantina, Mariana, Ouro Preto, São João Del Rei, Serro e Tiradentes. Explica MARIA BEATRIZ SILVA que “a justificativa comum para o seu tombamento residuiu no fato de serem cidades originadas no século XVIII, em função da exploração aurífera, com feições estético-estilísticas semelhantes”<sup>44</sup>. Assim, o tombamento do conjunto é perfeitamente regular e oponível aos réus que habitualmente questionam a sua legalidade.

Já em relação à legitimidade do ato, o comum é que aqueles contra

---

43 - Pela importância da decisão do STF para a solução do conflito de competência que constantemente atrasava em anos o trâmite processual, merece a orientação jurisprudencial construída ser aqui reproduzida, na íntegra: EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 2º DA LEI N.º 7.347/85. O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei n.º 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu. *Recurso conhecido e provido.* (STF. RE 228.955-9/RJ. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 10/02/2000. Publicado em 14/04/2000)

44 - SILVA, Maria Beatriz Setúbal de Rezende. Op. cit., p. 166.

os quais é dirigida a pretensão justifiquem que as intervenções realizadas não contribuam para descaracterizar o bem tombado. Em grande parte dos casos, análises técnicas indicam que as obras executadas realmente interferem no conjunto arquitetônico protegido. Noutro giro, em casos específicos, ainda que sejam minoria no universo de ações judiciais intentadas, são os critérios de preservação do IPHAN e do IEPHA que merecem ser questionados. Ao tombar um bem ou agir na defesa de um tombamento realizado não podem e não devem tais autarquias tomar o patrimônio de modo estático, desconsiderando o crescimento das cidades e as transformações que inevitavelmente irão ocorrer com o passar dos anos. As propostas de preservação devem proteger sim o bem tombado, mas de maneira a integrá-lo às transformações típicas das relações sociais, políticas e econômicas que definem cada período temporal e que, logicamente, serão refletidas na ocupação do território. Ainda reproduzindo as lições de MARIA BEATRIZ SILVA:

“Se tomarmos esses centros históricos como testemunhos de modos de vida passados, numa perspectiva que os considera como documentos da história urbana, as cópias significariam sua adulteração e não sua preservação, representariam mais uma opção pelo cenário, pela fantasia e menos uma opção pelo valor que esses acervos têm como documento, como fonte de conhecimento.

(...)

Neste sentido, a proposição de parâmetros, para as ações de preservação nas cidades, tem que considerar outros aspectos, além das características arquitetônicas de estilo e de época das suas edificações.

(...)

Afinal as cidades são processos, não museus, não há como conhecê-las definitivamente, serão sempre objeto de investigação. Não só recebem elementos novos, mas também alteram-se os antigos e a relação entre eles”<sup>45</sup>.

No que concerne à questão da justificativa da obra indevida fundada no exercício do direito de propriedade, é indiscutível que, pela forma como vem tratada na Constituição Federal de 1988, a propriedade deve ser exercida nos limites definidos pela função social que lhe é inerente.

---

45 - Idem, pp. 167-169.

Ao afirmar a função social da propriedade, nosso Direito reconhece a existência de um elemento finalístico (ou teleológico), que condiciona o processo de atribuição e a própria situação jurídica do proprietário. Em outras palavras, ao afirmar que a propriedade apresenta um plano funcional de realização de valores sociais, a ordem constitucional reconhece que esse direito, como todos os demais direitos patrimoniais, não confere a seu titular poderes incontrastáveis sobre seu objeto.

A função social é, dessa maneira, um elemento interno da propriedade. A situação jurídica do proprietário lhe foi atribuída na medida e no propósito de que, por seu intermédio, possa-se alcançar, para além da realização de sua função pessoal, a realização do potencial axiológico que a sociedade reconhece no seu objeto.

Por essas razões é que se diz que as regras que advêm do tombamento não devem ser vistas como injustas ou como limitadoras do exercício do direito de propriedade, porquanto não representam uma força jurídica externa que comprime o âmbito de atuação do proprietário, mas são sim elementos que compõem a própria estrutura de seu direito. Daí porque hoje a propriedade é mais bem compreendida como situação jurídica complexa, do que como verdadeiro direito subjetivo.

Ante todo o exposto, conclui-se que o Ministério Público possui a função precípua de defender os interesses de toda a sociedade brasileira, detendo, por conseguinte, a incumbência nobre outorgada pela Constituição, por Leis, Decretos e Regulamentos de proteger o patrimônio cultural, histórico e artístico nacional. Para tanto, vale-se de instrumentos jurídicos e processuais da maior relevância, destinados a garantir a plena tutela dos interesses coletivos deduzidos em juízo. Não obstante, a *vontade* de preservação do patrimônio cultural e histórico deve ser assumida tanto pelos órgãos públicos responsáveis pela manutenção da integridade de tais acervos patrimoniais tombados, como pelos proprietários das coisas sobre as quais recai o valor cultural de toda a coletividade.

Porquanto interesse difuso de natureza indisponível, a tutela e a preservação do patrimônio histórico e cultural devem ser direitos exercidos indistintamente por todos os membros da coletividade. Da mesma forma, os deveres concernentes a tais direitos devem também ser austeramente considerados para se lograr a efetiva conservação dos bens tombados. Apenas assim será possível garantir o melhor gozo

desses direitos e otimizar o cumprimento desses deveres, fazendo-se imperativo que o patrimônio cultural seja internalizado como bem comum, produzido a partir de relações pretéritas, mas de uso das presentes e das futuras gerações.

Visto como bem ou valor comum, a adoção de critérios para a defesa do patrimônio, incorporando o antigo sem desconsiderar o novo, e o exercício do direito de propriedade por aqueles que detêm bens legalmente protegidos, tendem a se comportar de modo mais harmonioso e convergente. Destarte, até por ser interesse de natureza transindividual, a preservação do patrimônio cultural estará contando com a atuação de todos, voluntariamente, e não através de dispendiosos e demorados processos judiciais, como, lastimavelmente, ocorre atualmente.

## 5. Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3a ed. Milano: Giuffrè, 1960.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual*; primeira série. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 112.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova, CEDAM, 1976.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos e Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG, v.3, p.473 et - seq.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

COHN, Gabriel. Concepção oficial de cultura e processo cultural. In *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1987, n.º22, pp. 07/10.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989-1995, v. 3, p. 421.

GONÇALVES CORREIA, Marcus Orione. Magistratura e Ministério Público: Atuação no processo e edificação do Estado Democrático de Direito. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, março/2005, Vol. 833, ano 94, p. 27.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo II, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Manual do Processo de Conhecimento – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*. 19. ed. atual. por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, *Alexandre de. Direito Constitucional*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, Paulo Cezar Carneiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 5<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Maria Beatriz Setúbal de Rezende. Preservação na gestão das cidades. *In: Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1996, n.º 24, p. 168.

SIMÕES PIRES, Maria Coeli. *Da Proteção ao Patrimônio Cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WEFFORT, Francisco. Cultura, democracia e identidade nacional. *In Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1996, n.º24, pp. 05/06.