

PAULO AFFONSO
LEME MACHADO

**DIREITO
AMBIENTAL
BRASILEIRO**

29^a edição

Revista, ampliada
e atualizada

2023

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO III

TOMBAMENTO

1. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE TOMBAMENTO

1.1. Origem do termo “tombamento”

O termo “tombamento” – no sentido que lhe foi dado no Decreto-lei 25/1937 e que a própria Constituição Federal empregou – tem uma acepção jurídica própria no Brasil. Em Portugal a Torre do Tombo,²⁶ na cidade de Lisboa, há séculos passou a guardar os arquivos estatais.²⁷ Contudo, não se utiliza na legislação portuguesa o instituto jurídico denominado “tombamento”, sendo a proteção legal dos bens culturais chamada de “classificação e inventariação”.²⁸

Faz parte do instituto do tombamento a inscrição de sua instituição em um dos “Livros do Tombo” ou no livro apropriado da repartição estadual ou municipal competente. Enfatize-se que o tombamento não se encerra com essa inscrição, mas continua intensamente presente na vida da coisa tombada.

O tombamento é uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações.

1.2. O tombamento e sua introdução no Brasil

O Decreto-lei federal 25, de 30.11.1937, em seu art. 5º, permite alargar a conceituação acima expandida, abrangendo os bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios, e não somente a propriedade privada.

O termo “tombamento” constou da Lei 378, de 13.1.1937, em seu art. 46, como um dos instrumentos da promoção da conservação, enriquecimento e conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional. Contudo, como se tratava de uma

26. A *Torre do Tombo* faz parte do Instituto dos Arquivos Nacionais/Torre do Tombo – IANTT.

27. “*Tombo*: Inventario authenticos dos bens, e terras de alguém com suas confrontações, rendas direitos, encargos, demarcações etc.

“*Torre do Tombo*: A casa em que se conservam os livros, registros, ou originaes da leis, escripturas publicas, contractos, tratados com as nações estrangeiras, etc. e outros papeis authenticos do reino” (António de Moraes Silva, *Diccionario da Língua Portuguesa*, 7a ed., t. II, Lisboa, Typographia de Joaquim Germano de Sousa Neves – Editor, 1878, p. 757).

28. “Cada forma de protecção dá lugar ao correspondente nível de registo, pelo que existirá: a) o registo patrimonial de classificação; b) o registo patrimonial de inventário” (art. 16 da Lei Portuguesa 107/2001).

lei visando à estruturação do Ministério da Educação e da Saúde, não se criou uma normativa jurídica protetora dos bens culturais. Formulou-se um projeto para essa finalidade, que começou a tramitar no Parlamento brasileiro.

O Ministro da Educação da época – Gustavo Capanema – afirmava na *Exposição de Motivos* enviada ao Presidente da República visando à edição do Decreto-lei 25/1937:

“Foi, assim, elaborado o necessário projeto de lei. Na sua feitura, aproveitou-se tudo quanto de útil, entre nós, se projetara anteriormente. Foi consultada e atendida, no que pareceu conveniente, a legislação estrangeira.

“V. Exa. apresentou o projeto ao Poder Legislativo em 15 de outubro de 1936. Na Câmara dos Deputados não se lhe fez emenda. O Senado Federal introduziu-lhe algumas pequenas modificações. A 10 do corrente mês de novembro, quando se decretou a nova Constituição, estava o projeto em fase final de elaboração, de novo na Câmara dos Deputados.

“Retomando agora o projeto inicial, julguei de bom aviso nele incluir, com uma ou duas exceções, as emendas do Senado Federal, e ainda uma ou outra nova disposição, com o quê lhe melhorou o texto.

“O projeto de decreto-lei, que ora tenho a honra de submeter à elevada consideração de V. Exa., é, assim, o resultado de longo trabalho, em que foram aproveitadas as lições e os alvites dos estudiosos da matéria.

“É ainda de notar que, nesse projeto, está regulada, em toda a sua plenitude, a disposição do art. 134 da Constituição.

“Transformado em lei, é lícito esperar que de sua execução decorra para o nosso patrimônio histórico e artístico a proteção vigilante, segura e esclarecida de que ele, há tanto tempo, está carecendo.”

Como se vê da *Exposição de Motivos* transcrita, o Decreto-lei 25, de 30.11.1937, não teve uma gestação autoritária. Seu texto foi apresentado e discutido pelas duas Casas do Poder Legislativo brasileiro. Circunstancialmente, houve a mudança de regime constitucional, com o Golpe de 10.11.1937. A proteção do patrimônio cultural não podia ficar esperando a redemocratização do País. A origem desse documento legal não o contaminou, continuando merecedoras de elogios a inteligência e a sensibilidade dos que o elaboraram.

1.3. Introdução do tombamento na Constituição Federal de 1988

Na Constituição da República de 1988, pela primeira vez, passa a constar o termo “tombamento”, nos §§ 1º e 5º do art. 216.

No § 1º o tombamento é referido como um dos cinco meios de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

O § 5º do art. 216 da CF diz: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Temos o primeiro

tombamento constitucional, sendo objeto os antigos quilombos.²⁹ Ainda que não tenha havido a individualização de cada área tombada, a preservação dos locais dos antigos quilombos passou a ser inquestionável com a promulgação da Constituição da República de 1988. Esses espaços territoriais só podem ser destruídos ou eliminados com uma emenda à Constituição.

Conceituo *tombamento* como um regime jurídico que, implementando a função social da propriedade, protege e conserva o patrimônio cultural privado ou público brasileiro, através da ação dos poderes públicos e da comunidade, tendo em vista, entre outros, seus aspectos históricos, artísticos, arqueológicos, naturais e paisagísticos, para a fruição das presentes e futuras gerações.

2. O TOMBAMENTO NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

2.1. Instituição do tombamento pelas Constituições Estaduais

O Estado da Paraíba previu, em sua Constituição: “São considerados patrimônio histórico da Paraíba: o Cabo Branco e a Praia do Seixas, saliência mais oriental da América” (art. 218).

O Estado de Sergipe dispôs, em sua Constituição: “Ficam tombados todos os documentos referentes ao cangaço e ao sítio histórico da Gruta de Angicos, localizada no Município do Poço Redondo” (art. 229).

O Estado do Pará dispôs: “Ficam tombados os sítios dos antigos quilombos paraenses, dos sambaquis, das áreas delimitadas pela arquitetura de habitação indígena e áreas inerentes às relevantes narrativas de nossa história cultural” (art. 286, § 2º, da Constituição Estadual).

2.2. Proteção especial a etnias

O Estado do Maranhão dispôs, em sua Constituição: “O Estado reconhecerá e legalizará, na forma de lei, as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 229). “Com o fim de preservar a memória dos povos indígenas e os fatos da história maranhense, ficam mantidos ou revigorados os topônimos de origem indígena ou histórica relacionados com o respectivo lugar” (art. 230).

O Estado de Goiás estatuiu, em sua Constituição: “As tradições, usos e costumes dos grupos indígenas do Estado integram o patrimônio cultural e ambiental goiano e receberão proteção que será estendida ao controle das atividades econômicas que, mesmo fora das áreas indígenas, prejudiquem o ecossistema ou a sobrevivência física e cultural dos indígenas” (art. 163, § 1º). “São consideradas patrimônio da cultura estadual as manifestações artísticas e populares oriundas da herança africana

29. “*Quilombos*: Esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos” (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Aurélio Século XXI: o Dicionário da Língua Portuguesa*, 3a ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999, CD-ROM).

de nosso povo, devendo o Estado garantir sua preservação e promover, junto com a comunidade negra, seu desenvolvimento, como também evitar sua folclorização e mercantilização” (art. 163, § 2º).

O Estado de Pernambuco dispôs, em sua Constituição: “O Poder Público protegerá, em sua integridade e desenvolvimento, as manifestações de cultura popular, de origem africana ou de outros grupos participantes do processo de civilização brasileira” (art. 197, § 2º).

O Estado do Rio de Janeiro previu como obrigação do Estado a “proteção das expressões culturais, incluindo as indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo cultural, bem como o artesanato” (art. 319, VII, da Constituição Estadual).

Igual proteção das etnias registra-se nas Constituições do Rio Grande do Norte (art. 143, § 1º), Mato Grosso (art. 248, II), Espírito Santo (art. 181, III), Amazonas (art. 205, VI) e Acre (art. 201, § 1º).

O Estado da Bahia prevê que “é dever do Estado preservar e garantir a respeitabilidade e a permanência dos valores da religião afro-brasileira”, como dá regras específicas para a efetivação dessa proteção no art. 275 e seus quatro incisos.

2.3. Alteração e/ou supressão da proteção

O Estado do Espírito Santo previu, em sua Constituição: “Os bens culturais sob a proteção do Estado somente poderão ser alterados ou suprimidos através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção” (art. 182).

Esse dispositivo inspira-se na CF, em seu art. 225, § 1º, III. É de alto alcance a proteção prevista na Constituição do Espírito Santo, merecendo, de futuro, ser imitada por todos os outros Estados brasileiros, como também ser inserida na Constituição Federal, na parte referente à cultura.

A proteção do patrimônio cultural pode ter origem diversa (decreto, portaria, resolução ou a própria lei), mas somente pode ser alterada ou suprimida por decisão do Poder Legislativo Estadual, mediante lei do Estado do Espírito Santo.

2.4. Criação de incentivos

“A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais” (AC: art. 202, § 4º, da Constituição Estadual; AL: art. 208; RN: art. 144, § 3º; PB: art. 216; no mesmo sentido, mas redação diferente: ES: art. 181, § 3º; BA: art. 270, IV; SE: art. 225, § 3º).

Os proprietários de imóveis tombados têm direito a receber incentivos por parte do Estado (MT: art. 254, *caput*, da Constituição Estadual; RS: art. 222, § 1º; SP: art. 263, segunda parte).

O Estado do Rio Grande do Sul previu, ainda, que “as entidades da Administração indireta do Estado sujeitas a tributos federais, quando a lei facultar a destinação de parte destes, a título de incentivo fiscal, às atividades culturais, deverão aplicá-

-los nas instituições e entidades de diversos segmentos de produção cultural vinculados ao órgão responsável pela cultura, sob pena de responsabilidade, sem prejuízo da dotação orçamentária à cultura” (art. 226 da Constituição Estadual).

3. A DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS NO CASO DO TOMBAMENTO

3.1. Possibilidade de mais de um tombamento: a competência comum

Pontes 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 tombar o que outra já tombara, para reforçar a eficácia do tombamento, ou para evitar que a outra se omita na fiscalização ou dê permissões que firam o interesse revelado”.³⁰ José Afonso da Silva assinala que “as três esferas de competência podem, paralelamente, tombar 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”.³¹

A execução da legislação incumbe ao mesmo tempo à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, III e IV, da CF), sendo que os Municípios têm o precípua dever de “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local” (art. 30, IX, da CF).

Para que a União possa estar certa de que um bem está protegido segundo a legislação federal só há o meio do tombamento federal, pois, se deixar a critério dos Estados ou dos Municípios, estes podem inopinadamente retirar a proteção ao bem tombado, ou protegê-lo insuficientemente. Ora, é censurável e ineficaz 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 repartição do dever de tombar 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 desprezar as dificuldades financeiras de muitos Municípios, que acabarão tendo que cancelar o tombamento por falta de verbas para reparar os bens tombados. Se apenas uma das entidades políticas “tiver tombado o bem, havendo omissão decorrente do tombamento, as demais entidades políticas não serão responsáveis pela inércia daquela” – aponta Heraldo Garcia Vitta.³²

30. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1974-1976, p. 375.

31. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 487; cf., do mesmo Autor, *Comentário Contextual à Constituição de 1988*, 9a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014 (comentários ao art. 23/2 e 2.3 e ao art. 216/4.3); Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 43a ed., p. 693.

32. “Tombamento: uma análise crítica”, *Revista do TRF-3a Região* 64/61-106, março-abril/2004.

De outro lado, não se pode pôr de lado que em nível local as pressões e as influências das amizades e do clientelismo eleitoral se fazem sentir mais de perto, levando um expoente da conservação cultural na Itália – Massimo Severo Giannini – 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 confuso e nisso intervêm comissões provinciais, as quais, no passado, eram compostas de um incrível número de pessoas displicentes [*cialtroni*] e de representantes de grupos de interesse privado”.³³ Na França, igualmente, existe essa mesma preocupação, dizendo Jean Untermaier: “Quando os Municípios e os Departamentos tiverem plena consciência da importância de suas riquezas artísticas ou naturais, quando estimarem seus monumentos tanto quanto certos privilégios econômicos e financeiros – situação dificilmente concebível há 10 anos, mas perfeitamente plausível num futuro próximo –, eles estarão, sem dúvida, em melhor condição de assegurar a salvaguarda desses monumentos que uma comissão parisiense”.³⁴

3.2. As normas gerais sobre tombamento e a competência legislativa suplementar

A CF de 1988 estabeleceu, no art. 24, que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”.

A competência concorrente está subordinada às regras fixadas nos quatro parágrafos do referido art. 24. A União deverá limitar-se a estabelecer normas gerais, no que concerne à proteção dos bens e valores apontados no inciso VII, quando se tratar de normas que deverão ser obedecidas pelos Estados e pelos Municípios.

Constituem *normas gerais* sobre tombamento aquelas que dão as características desse instituto jurídico, indicando o modo como se instaura o procedimento, a maneira como é gerido o bem tombado, a abrangência da proteção, o sistema de sanções. Estados e Municípios poderão adicionar outras regras às diretrizes federais gerais, de modo a que não sejam as mesmas desnaturadas ou desvirtuadas, como podem legislar sobre suas próprias peculiaridades, em sintonia com as normas federais.

4. TOMBAMENTO E O PLANEJAMENTO NACIONAL, ESTADUAL E MUNICIPAL: PELA INSTITUIÇÃO DE UM SISTEMA NACIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O planejamento pode ser entendido como “racionalização na tomada de decisões individuais e coletivas dirigida a ações sistemáticas com objetivo de conseguir-se o

33. “Ambiente – Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1973, p. 28 (minha a tradução).

34. *La Conservation de la Nature et le Droit Public*, p. 58 (minha a tradução).

bem-estar público, abrangendo os aspectos sociais, econômicos, físico-espacial-ambientais, ou outros de interesse público”.³⁵

“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 digno 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 à autoridade responsável intervir a qualquer momento, ainda que seja para suspender uma ação de demolição.”³⁶

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 integrada; 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”.³⁷

O sistema federativo brasileiro enseja a participação comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na proteção do patrimônio cultural. A implementação dessa participação conjunta não está razoavelmente eficiente nem quanto às normas jurídicas, nem quanto ao intercâmbio de informações. Na área de meio ambiente, o Sistema Nacional de Meio Ambiente-SISNAMA, principalmente através do Conselho Nacional do Meio Ambiente, instituído pela Lei 6.938/1981, tem dado bons resultados.

Parece-me que a criação de um Sistema Nacional de Conservação do Patrimônio Cultural, sem amputar ou restringir as autonomias dos entes federados, economizaria investimentos e integraria as ações, ensejando um planejamento e uma gestão cultural compartilhados.

5. ESTRUTURA DOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

5.1. Histórico da gestão do patrimônio cultural

O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi criado em abril/1936, sendo Presidente da República Getúlio Vargas e Ministro da Educação Gustavo Ca-

35. Eduardo Montoulieu Garcia, *Conference on Environmental Design for the Future of the Caribbean Basin*, 1981, p. 55.

36. Alain Bacques, *Congrès sur le Patrimoine Architectural Européen*, Amsterdã, Conselho da Europa, 1975, p. 79.

37. Van den Abeele, “Le centre historique dans l’évolution de la ville contemporaine”, in *Le Confrontation des Villes Historiques*, Estrasburgo, Conselho da Europa, 1977.

panema. É a Lei 378, de 13.1.1937, que vai dar a roupagem legal ao novo organismo administrativo.

Diz seu art. 46: “Fica criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o País e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional”.

No Decreto-lei 25, de 30.11.1937, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-SPHAN é mencionado como o órgão administrativo federal que se encarrega das várias funções executivas na área do patrimônio histórico. O organizador do SPHAN e seu primeiro diretor foi Rodrigo de Mello Franco Andrade.

A Lei 8.029, de 12.4.1990, criou o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural-IBPC, ao qual foram transferidos o acervo e as receitas do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, assim como lhe são passadas as competências previstas no Decreto-lei 25, de 10.11.1937. Pela Lei 8.113, de 12.12.1990, foi conferida ao IBPC a natureza jurídica de autarquia.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN é a autarquia que sucedeu ao IBPC, conforme a MP 752,³⁸ de 6.12.1994 (art. 6º), convalidada pela Lei 9.649, de 27.5.1998 (art. 64). A estrutura do IPHAN está definida pelo Decreto 5.040, de 7.4.2004.³⁹

5.2. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN

O art. 2º do Anexo I do Decreto 5.040/2004, que configura a estrutura regimental do IPHAN, dispõe: “Art. 2º. O IPHAN tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição, e exercer as competências estabelecidas no Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-lei n. 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei n. 4.845, de 19 de novembro de 1965, e no Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000, e, especialmente: I – coordenar a execução da política de preservação, promoção e proteção do patrimônio cultural, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura; II – desenvolver estudos e pesquisas, visando à geração e incorporação de metodologias, normas e procedimentos para preservação do patrimônio cultural; e III – promover a identificação, o inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a

38. A MP 752 foi baixada pelo Presidente Itamar Franco.

39. A redação do Anexo I (art. 1º) do Decreto 5.040, de 7.4.2004, não está adequada onde se lê que o IPHAN é autarquia federal “constituída pelo Decreto n. 99.492, de 3 de setembro de 1990, e pela Lei n. 8.113, de 12 de dezembro de 1990”. A Lei 8.113/1990 criou o IBPC, e não o IPHAN.

revitalização do patrimônio cultural, exercendo o poder de polícia administrativa para a proteção deste patrimônio”.⁴⁰

5.3. Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural

5.3.1. Histórico do sistema de colegiado na proteção do patrimônio cultural

O Conselho Consultivo foi criado pela Lei 378, de 13.1.1937, que organizou o Ministério da Educação e Saúde.

Diz seu art. 46, em seus §§ 1º e 2º: “§ 1º. O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional terá, além de outros órgãos que se tornarem necessários ao seu funcionamento, o Conselho Consultivo. § 2º. O Conselho Consultivo se constituirá de diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dos diretores dos museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, e de mais 10 membros, nomeados pelo Presidente da República”.⁴¹

5.3.2. O Conselho Consultivo

Na estrutura organizacional do IPHAN estão previstos como órgãos colegiados a Diretoria e o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural está previsto no arts. 6º, 7º e 9º do Decreto 5.040/2004: “Art. 6º. O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural será presidido pelo Presidente do IPHAN, que o integra como membro nato, e composto pelos seguintes membros: I – um representante, e respectivo suplente, de cada uma das seguintes entidades: Instituto dos Arquitetos do Brasil-IAB, Conselho Internacional de Monumentos e Sítios-ICOMOS, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA e Museu Nacional, que serão indicados pelos respectivos dirigentes; e II – 18 representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN. § 1º. Os membros do Conselho serão indicados pelo Presidente do IPHAN e designados pelo Ministro de Estado da Cultura, para mandato de quatro anos, permitida a recondução. § 2º. A participação no Conselho, na qualidade de membro, não será remunerada, sendo considerada prestação de serviço público relevante”.

“Art. 7º. O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural reunir-se-á e deliberará conforme regimento interno aprovado pela Diretoria. (...)”.

“Art. 9º. Ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural compete examinar, apreciar e decidir sobre questões relacionadas ao tombamento, ao registro de bens

40. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5040.htm> (acesso em 4.5.2004).

41. Disponível em <www.iphan.gov.br/legislac/nacionais/lei378-37.htm> (acesso em 11.2.2005).

culturais de natureza imaterial e à saída de bens culturais do País e opinar acerca de outras questões relevantes propostas pelo Presidente.”

Além do Presidente do IPHAN, o Conselho tem mais dois membros que pertencem ao Governo Federal – o representante do Museu Nacional e o representante do IBAMA. Os representantes do ICOMOS e do IAB e mais 18 integrantes do Conselho integram a sociedade civil. Parece-me que o Conselho, no plano federal, é o único em que a sociedade civil tem essa ampla participação.

Ainda que o Conselho tenha desde sua instituição o nome de “Conselho Consultivo”, ele cresceu em atribuições. Atualmente não é só opinativo, mas também deliberativo. Decide necessariamente em três áreas: tombamento, registro dos bens culturais imateriais e saída de obras de arte do País.

A ideia de participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural concretizada no Conselho Consultivo mostra um pioneirismo marcante na história do direito da participação no País. A participação do Conselho precisa significar o controle social da cultura, e para isso se torna necessário que o IPHAN preste contas da gestão dos bens tombados, fazendo o colegiado interagir com esse órgão público. Não é submissão de qualquer parte, e nem invasão de competências, mas a colaboração prevista no art. 216, § 1º, da CF.

Os Conselhos Estaduais de Cultura ou de Proteção do Patrimônio Cultural procuram firmar sua independência frente aos critérios puramente políticos ou econômicos.

Colocando em relevo a participação das associações na política de conservação do patrimônio cultural e natural, Jean Lamarque aponta que a representação obrigatória foi duplicada na França, salientando que a designação de “pessoas subservientes”⁴² ficou mais difícil.⁴³

6. 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 Decreto-lei 25/1937 não prevê recurso contra o ato administrativo que determinar o tombamento. Ainda que não se utilize a nomenclatura “tombamento *compulsório* e *voluntário*”, empregada para as pessoas privadas, parece-nos que se deva admitir que a entidade atingida pelo tombamento possa impugná-lo perante o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN. Seria útil que as razões contrárias fossem expostas, para que também os interesses acaso divergentes da própria Administração Pública fossem conhecidos expressamente e devidamente ponderados.

42. Minha a tradução.

43. Jean Lamarque, “La Commission des Sites et l’ environnement”, *Revue Juridique de l’Environnement* 4/303, 1981.

CAPÍTULO II

MERCOSUL E DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

1. DAS FINALIDADES DO MERCADO COMUM DO SUL-MERCOSUL

O primeiro *considerando* do Tratado de Assunção, de 16.3.1991,⁵ aponta como um dos seus objetivos a “ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração”.

O art. 1º do Tratado diz: “Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará ‘Mercado Comum do Sul’ (MERCOSUL). Este Mercado Comum implica: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem –, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”.

Podemos extrair, pelo menos, seis diretrizes fundamentais do art. 1º do Tratado: 1) livre circulação de bens; 2) estabelecimento de tarifa externa comum; 3) adoção de política comercial comum em relação a terceiros Estados; 4) coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; 5) coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais visando a assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; 6) obrigação de harmonização das legislações nas áreas pertinentes.

Como vemos, o Tratado de Assunção não é um tratado ambiental. Entretanto, nos *considerandos* sobre a metodologia do Tratado consta a “preservação do meio ambiente”.

Além disso, os acordos setoriais devem contemplar o melhoramento do ambiente (CMC 3/1991).

5. DOU 22.11.1991, p. 26.443.

A Declaração de Canela/1992, subscrita pelos quatro signatários do Tratado de Assunção, mais o Chile, acentua que: “As transações comerciais devem incluir os custos ambientais causados nas etapas produtivas sem transferi-los às gerações futuras”.⁶ No ano de 1992 os Países-membros do MERCOSUL reuniram-se em Las Leñas (Argentina) e definiram as metas a serem atingidas e os prazos para a consecução das mesmas. Muitas dessas metas trataram de temas ambientais. Chegou-se à estruturação do “Subgrupo n. 6”, para tratar especificamente de meio ambiente, através da “Declaração de Taranco”, em reunião dos Ministros e Secretários de Meio Ambiente dos quatro Países referidos, realizada no Uruguai, em 1995.

A partir da Resolução 38/1995, o Grupo Mercado Comum aprovou a inserção na agenda do “Subgrupo n. 6” da elaboração de um “Protocolo Adicional de Meio Ambiente”.

Entre os princípios adotados pelo Tratado de Assunção estão os da “gradualidade, flexibilidade e equilíbrio”; e, assim, é de se esperar que, gradativamente, regras ambientais comecem a existir visando à “harmonização das legislações” dos Estados-Partes como elemento do processo de integração.

2. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DOS ESTADOS E SOBERANIA

Os Estados passaram a aceitar uma responsabilidade jurídico-ambiental no plano internacional não faz muito tempo. Neste século, através de um litígio que envolveu americanos e canadenses, caso conhecido como “Fundição Trail”, é que se firmou a ideia de que os Estados são responsáveis pelos atos poluidores dos particulares, quando essa poluição passe a fronteira.

Nessa linha, a Declaração de Estocolmo⁷ estabeleceu: “Conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios de Direito Internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo sua política ambiental e têm o dever de agir de tal modo que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição ou sob seu controle não causem prejuízo ao meio ambiente de outros Estados ou nas regiões que não dependam de qualquer jurisdição nacional” (Princípio 21). Nos *considerandos* da Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância⁸ afirma-se que o referido princípio da Declaração de Estocolmo exprime uma convicção comum, conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios do Direito Internacional.

6. Declaração de Canela dos Presidentes dos Países do Cone Sul com vistas à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, *O Estado de S. Paulo*, 21.2.1992, “Caderno Cidades”, p. 4.

7. Adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente – Resoluções das Nações Unidas 2.994/XXVII, 2.995/XXVII e 2.996/XXVII, de 15.12.1972.

8. Assinada em Genebra aos 13.12.1979.

Desse princípio da Declaração de Estocolmo decorre claramente que os Estados têm uma liberdade relativa ou uma liberdade controlada para a exploração de seus recursos naturais. Nesse sentido, entende-se que a soberania “cria para os Estados obrigações que são corolário de seus próprios direitos”.⁹

Os Estados-Partes do Tratado do MERCOSUL continuam afirmando sua soberania, ainda que numa concepção de cooperação entre os mesmos. A Argentina (art. 31 da Constituição de 1994), o Brasil (art. 1º, I, da CF/1988), o Paraguai (art. 2º da Constituição de 1992) e o Uruguai (art. 4º da Constituição de 1966, com Emenda de 1967) previram, com clareza, a soberania de seus respectivos Países.

A Declaração de Canela/1992 afirma: “Para atingir plenamente seus objetivos, os programas ambientais multilaterais têm de definir adequadamente as responsabilidades, respeitar as soberanias nacionais no quadro do Direito Internacional e tornar realidade uma interdependência que garanta benefícios equitativos às partes”. Em dois campos, concretamente, a Declaração mencionada insiste na questão da soberania – no da diversidade biológica e no das florestas, dizendo: “Os recursos biológicos são inequivocamente recursos naturais de cada País e, portanto, sobre eles é exercida a soberania nacional”; “o aproveitamento econômico dos recursos florestais” é “um direito soberano dos Estados” que “pode e deve ser compatibilizado com a proteção do meio ambiente”.¹⁰

3. AS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS DOS ESTADOS-PARTES E O MEIO AMBIENTE

A República da Argentina previu na reforma constitucional de 1994, no art. 41, que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan la necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, segundo lo establece la ley”.

A República Federativa do Brasil preceitua em sua CF/1988, art. 225, *caput*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A República do Paraguai prevê em sua Constituição de 1992, art. 7º: “Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con

9. Sinkondo, “Principe de souveraineté, droit des peuples et sécurité en Droit International contemporain”, *Revue de Droit International et de Droit Comparé* 4/309-333, Bruxelas, 1989.

10. Declaração de Canela dos Presidentes dos Países do Cone Sul com vistas à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, cit.

el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y política gubernamental”.

A República Oriental do Uruguai dispôs na reforma constitucional de 1996, no art. 47: “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

4. O FEDERALISMO E O MERCOSUL

O Tratado de Assunção, como norma de Direito Internacional, deverá aplicar-se para os Estados-Partes independentemente da forma federativa ou unitária desses Estados. “Nenhum Estado apresentaria como exceção seu próprio Direito interno para subtrair-se às suas obrigações internacionais.”¹¹

Interessante examinar a aplicação do Direito da Comunidade Econômica Europeia no que se refere aos sistemas existentes na Bélgica e na Alemanha. O Prof. Marc Boes, referindo-se à Bélgica, assinala que “cada Estado-membro é livre para organizar suas estruturas políticas como entender; entretanto, esse Estado-membro responde pela aplicação do Direito Comunitário Europeu na sua ordem jurídica. Ele não pode invocar, no caso de não aplicação, sua própria incompetência resultante da divisão interna dos poderes. Assim, se as diretivas concernentes às matérias de competência regional ou comunitária não são aplicadas, é o Estado belga que será responsável perante as instâncias europeias, e não a região ou a comunidade em falta.”¹²

Na Alemanha, “ao lado da lei federal concernente ao regime dos rejeitos, diversas leis dos *Länder* regulam aspectos particulares deixados em aberto pela legislação federal ou específica para um *Land* determinado” – acentua o Prof. Heinhart Steiger. Anota o referido Professor que “é difícil, na época atual, dizer, exatamente, em que medida as competências nacionais, sejam federais ou particulares, serão substituídas ou superpostas pelas da Comunidade Europeia. É preciso desenvolver uma concepção funcional para a delimitação entre a CE e os Estados-membros, levando em consideração, de uma parte, os objetivos limitados da CE e de outra parte, o interesse dos Estados de guardar na Comunidade sua originalidade, autonomia e estrutura constitucionais.”¹³

A Corte de Justiça da CE já teve oportunidade de pronunciar-se, ao decidir sobre rejeitos, que a obrigação de comunicação de projetos de regulamentação previs-

11. Ch. Rousseau, *Droit International Public*, t. I, Paris, Sirey, 1970, p. 46, in Ergéc, “Droit International et les conflits au sein de l’État Fédéral”, *Revue de Droit International et de Droit Comparé* 4/333-345, Bruxelas, 1987.

12. “La repartition des competences entre la CEE, les regions, les communautés et les collectivités en Belgique”, in *La Protection de l’Environnement par les Communautés Européennes*, Paris, Éditions A. Pedone, 1988, p. 170.

13. “La répartition des compétences entre la CEE, les États et les collectivités régionales et locales en matière d’environnement – Le cas d’Allemagne”, in ob. cit.

ta na Diretiva 75/442-CE “estende-se aos projetos de regulamentação baixados por todas as autoridades dos Estados-membros, compreendidas as autoridades descentralizadas, tais como os Municípios” – CJCE 13.7.1989, Enichen Base c/ Município de Cinisello Balsamo.¹⁴

O Prof. Albert Utton diz que é preciso enxergar além “da miopia de nossos próprios interesses provinciais e nacionais, diante da demonstração de que, embora haja uma grande quantidade de diferenças legais e políticas, as emissões são de fato semelhantes e os resultados frequentemente os mesmos”.¹⁵

No que tange à facilitação do comércio entre os Países do MERCOSUL, oportuno apontar a Declaração de Canela/1992, que assinala: “As normas de proteção ambiental devem orientar-se para sua finalidade específica, sem transformarem-se em práticas discriminatórias ou barreiras comerciais dissimuladas”.¹⁶

Não podemos deixar de analisar o federalismo ambiental existente no Brasil em face da Constituição de 1988. O controle da poluição, por exemplo, é matéria pertinente à competência concorrente para legislar entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, VI). Assim, a União poderá estabelecer normas gerais sobre a poluição de veículos automotores (art. 24, § 1º, da CF), mas os Estados brasileiros poderiam suplementar essas normas, acrescentando normas mais severas (art. 24, § 2º, da CF). Portanto, não é impossível o surgimento de dificuldades para o desenvolvimento do comércio exterior, notadamente entre os Estados-Partes do MERCOSUL.

Acentue-se que a matéria não engloba somente comércio exterior, pois, então, se resolveria a questão invocando a competência privativa (art. 22, VIII, da CF). Da mesma forma, oportuno pesquisar-se a possibilidade constitucional das Províncias da Argentina no tocante à suplementariedade de sua legislação nacional. Brasil e Argentina são os dois Estados Federais do MERCOSUL.

O assunto invocado merece ser especificamente levantado, pois o Grupo Mercado Comum baixou a Resolução 9/1991, que diz, em seu art. 1º: “A partir de 1º de janeiro de 1992, os Estados-Partes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) não poderão limitar ou proibir a circulação, homologação, certificação, venda, importação, comercialização, matrícula ou uso de veículos automotores que cumpram o indicado no documento ‘Normas Técnicas Harmonizadas sobre Requisitos de Segurança, Ruídos e Emissão de Veículos’”.¹⁷

Focalizo a questão estando à vontade para fazê-lo, pois entendo inconstitucional a competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para fixar privativamente normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos auto-

14. D. Simon e Rigaux, ob. cit.

15. “Book review: managing natural resources in a federal State”, in *Transboundary Resources Report*, vol. 3, Albuquerque CIRT, University of New Mexico, n. 2, 1989.

16. Declaração de Canela, cit.

17. *DOU* 8.1.1992, p. 273.

motores, aeronaves e embarcações.¹⁸ Contudo, com a reforma constitucional poder-se-á dar um novo enfoque no federalismo ambiental, de forma a que os interesses dos ecossistemas regionais sejam defendidos e que se possa promover o desenvolvimento durável ou autossustentado dos integrantes do “Mercado Comum do Sul”.

5. ACORDO-QUADRO SOBRE MEIO AMBIENTE DO MERCOSUL

Aos 22.6.2001, em Assunção, os quatro Estados-Partes assinaram o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente.¹⁹ Esse acordo foi objeto de longa negociação. Tem 11 artigos, estando dividido em “Preâmbulo”, quatro capítulos (“I – Princípios”; “II – Objetivo”; “III – Cooperação em Matéria Ambiental”; “IV – Disposições Gerais”) e um anexo (“Áreas Temáticas”).

5.1. Os princípios no Acordo ambiental

Houve a reafirmação do engajamento dos Estados-Partes em relação aos princípios da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992,²⁰ como também ficou aberta a possibilidade de ser instrumentalizada a aplicação dos princípios dessa Declaração que não tenham sido objeto de tratados internacionais.

O Acordo prevê os princípios fundamentais em seis alíneas do art. 3º: proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis; incorporação do componente ambiental nas políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões para fortalecimento da integração; promoção do desenvolvimento sustentável por meio de apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos; tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas

18. V., neste livro, Tít. III, Cap. II, item 2.2.1.

19. Houve aprovação do Acordo no Brasil pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 333, de 24.7.2003; e na Argentina pelo Senado e pela Câmara de Deputados, reunidos em Congresso, através da Lei 25.841, de 20.11.2003.

20. O *Uruguai* inseriu alguns princípios de Direito Ambiental na “Ley n. 17.283, de 28 de noviembre de 2000 – Ley General de Protección del Ambiente”, art. 2º: “b) la prevención y previsión son criterios prioritarios frente a cualquier otro en la gestión ambiental y, cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas; c) constituye un supuesto para efectiva integración de la dimensión ambiental al desarrollo económico y social la incorporación gradual y progresiva de las nuevas exigencias, sin que por ello deba reconocerse la consolidación de situaciones preexistentes”.

A *República Argentina* adotou a “Ley 25.675, de 6 de noviembre de 2002 – Ley General del Ambiente”, na qual, em seu art. 4º, acolheu diversos princípios de Direito Ambiental, entre os quais saliente: “*Principio de congruencia*: la legislación provincial municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente Ley; en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga”; “*Principio de prevención*: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”; “*Principio precautorio*: la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública”.