

A VEDAÇÃO DO RETROCESSO DA TUTELA CULTURAL: O CASO DA SUPRESSÃO DO MECANISMO DE INVENTÁRIO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO-RS (O JULGAMENTO DA ADI 70065681405 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL)

THE PROHIBITION OF RETROCESSION OF CULTURAL GUARDIANSHIP: THE CASE OF THE SUPPRESSION OF THE INVENTORY MECHANISM FOR THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN THE MUNICIPALITY OF NOVO HAMBURGO-RS (THE ADI 70065681405 JUDGMENT BY THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL)

*Francisco Humberto Cunha Filho*¹
*Diego Monte Teixeira*²

Resumo: Sob o enfoque do princípio da vedação do retrocesso social, na vertente dos direitos culturais, efetua-se uma análise teórica e dogmática dos fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 70065681405 que declarou a inconstitucionalidade de parte do dispositivo da Lei municipal revogadora do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo. O caso é paradigmático, na medida em que é a primeira vez que se tem notícia, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que uma Lei tenha sido declarada inconstitucional em face do retrocesso da proteção do patrimônio histórico e cultural, no caso, pela substituição da expressão “inventariados” por “tombados” para a caracterização dos imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico, o que acarretou ofensa direta ao disposto nos artigos 8º, caput, 222 e 223 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como ao artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Inventários; Tombamento; Vedação do retrocesso; Patrimônio cultural.

Abstract From the standpoint of the principle of the prohibition of social regression, especially with regard to cultural rights, makes up a theoretical and dogmatic analysis of the Decision of the Court of Rio Grande do Sul in direct action of unconstitutionality nº 70065681405 which declared the unconstitutionality of the repealed law of Master Plan Urban and Environmental Municipality of Novo Hamburgo. The case is paradigmatic because it is the first time that we know of, in the Brazilian constitutionality of concentrated control, that a law has been declared unconstitutional in the face of the setback of the protection of historical and cultural heritage, in this case, the substitution of expression "inventoried" for "protected buildings" for the characterization of the properties considered historical, cultural and scenic

¹ Doutor em Direito (UFPE), Mestre em Direito (UFC) – Titula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e advogado da União. E-mail: humbertocunha@unifor.br

² Mestrando em Direito Constitucional pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Analista do ministério Público da União. E-mail: diegomontet@gmail.com

interest, leading to direct offense to the provisions of articles 8, caput, 222 and 223 of the Rio Grande do Sul State Constitution and the Article 216, paragraph 1, of the Constitution.

Keywords: Inventories; Protected buildings; Prohibition of social regression; Cultural heritage.

Sumário: Considerações Iniciais. 1. Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão; 2. Análise teórica e dogmática dos fundamentos da decisão proferida na ADI nº 70065681405; 2.1 A tutela jurisdicional do direito fundamental à cultura pelos diversos entes da federação; 2.2 O tombamento e os inventários como formas de proteção do patrimônio cultural pelo Município de Novo Hamburgo-RS; 2.3 A vedação do retrocesso pela supressão da proteção do patrimônio cultural através dos inventários; Considerações Finais. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos termos do art. 216, §1º, da Constituição Federal, o Poder Público, com a colaboração da comunidade, deverá promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de diversas formas de acautelamento e preservação, como os inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

Com base nas disposições da Constituição Federal, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e da Lei Orgânica Municipal, o Município de Novo Hamburgo, por meio do seu Plano Diretor Urbanístico e Ambiental (Lei municipal nº 1.216/2004), promulgou a norma do art. 83 na qual considera de interesse histórico, cultural e paisagístico os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural “inventariados pelo Município e passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica”.

Por meio da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, em seu artigo 2º, o Poder Legislativo local promoveu a substituição da expressão “inventariados”, por “tombados”, para caracterizar os bens imóveis de Novo Hamburgo como de interesse histórico, cultural e paisagístico.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 70065681405 ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul contra esse dispositivo da lei municipal, decidiu pela sua inconstitucionalidade com espeque no princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

O caso é paradigmático, na medida em que é a primeira vez que se tem notícia, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que uma Lei tenha sido declarada inconstitucional com base na vedação do retrocesso da proteção cultural, razão pela qual se afigura relevante que a doutrina se debruce sobre as questões de fundo do julgado.

Na intenção de enfrentar tal temática, o trabalho encontra-se assim estruturado: primeiro, efetua-se uma síntese dos fatos e das questões jurídicas abordadas na ADI nº 70065681405, após o que desenvolverá uma análise teórica e dogmática dos fundamentos da decisão, para concluir sobre o eventual acerto da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, levando em conta que a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado decorre não só do retrocesso da

proteção cultural, como também pelo fato de que a medida legislativa não trouxe qualquer incremento em termos de satisfação de outro direito fundamental.

2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O julgado da ADI nº 70065681405 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 01/12/2015, relatado pelo Desembargador Eugênio Facchini Neto, versa sobre a alteração legal do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo-RS, com a substituição da expressão “inventariados” por “tombados” para a caracterização dos imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico.

O dispositivo da Lei municipal impugnado na referida ação (artigo 2º da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010) tem a seguinte redação:

Art. 2º - São alterados, total ou parcialmente, os artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 15, 20, 22, 23, 32, 35, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 67, 68, 71, 72, 74, 76, 79, 80, 81, 82, 83, 88, 91, 94, 96, 97, 98, 99 e 100, todos da Lei Municipal nº 1.216/2004, que passam a vigor com a seguinte redação:

Art. 83 – São considerados de interesse cultural e natural os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural do Brasil pelo IPHAN, como patrimônio cultural do Rio Grande do Sul pelo IPHAE, e os **tombados pelo Município**, passíveis de preservação e conservação, conforme a Lei Municipal nº 07/1992, de 7 de janeiro de 1992. (grifo inexistente no original).

Enquanto que a redação original do artigo 83 da Lei Municipal nº 1.216/2004, possuía o seguinte teor:

Art. 83 – São considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural do Rio Grande do Sul pelo IPHAN, **inventariados pelo Município e passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica.** (grifo inexistente no original).

Essa supressão do mecanismo de inventário de bens, nos termos em que efetuada pelo artigo 2º da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, que alterou o artigo 83 da Lei Municipal nº 1.216/2004, teve sua constitucionalidade questionada, tanto em relação ao disposto nos artigos 8º, caput, 222 e 223 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, como em relação ao disposto no artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a partir da ADI promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Um fato importante extraído do voto do Desembargador-Relator da ADI nº 70065681405 é o de que a grande maioria dos imóveis de valor cultural do Município de Novo Hamburgo-RS estava simplesmente inventariada quando da publicação da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, mas ainda não tombada, conforme documento técnico do IPHAN constante nos autos³.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70065681405, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/12/2015, p. 5.

Na referida decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou a inconstitucionalidade de parte do dispositivo da lei municipal revogadora do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo, baseada, nos termos de sua ementa, no “evidente retrocesso, considerando-se a proteção que era assegurada pela lei primitiva ao patrimônio histórico e cultural do Município”.

3. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI Nº 70065681405

Descrita a situação jurídica, passa-se à análise teórica e dogmática, enfocando três aspectos que dão grande complexidade ao caso, a saber: a tutela jurisdicional do direito fundamental à cultura pelos diversos entes da federação brasileira; o tombamento e os inventários como formas de proteção do patrimônio cultural; e a vedação do retrocesso pela supressão da proteção do patrimônio cultural através dos inventários.

3.1 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA PELOS DIVERSOS ENTES DA FEDERAÇÃO

O Estudo das questões atinentes ao patrimônio cultural brasileiro, a partir de 1988, com o advento da Constituição cognominada de cidadã, não mais deve ser feito pelo prisma puro do Direito Administrativo, ancestralmente permeado pela ideia de *jus imperii*, e cujo procedimento é caracterizado, nas irônicas palavras de Vasco Pereira da Silva, pela “promiscuidade entre as tarefas de administrar e de julgar”⁴. Agregou-se, em tal tarefa, a perspectiva dos direitos culturais que são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse (ou ao fluxo) de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana⁵.

Em termos jurídico-positivos os direitos culturais se fazem presentes em diversos incisos do Art. 5º da Constituição Federal, tais como: a liberdade de expressão artística (IX); os direitos autorais e conexos (XXVII e XXVIII) e o direito à proteção do patrimônio cultural (LXXIII) e, ademais, no corpo de toda a Constituição espalham-se direitos culturais que, pelo conteúdo, nenhum intérprete com o mínimo de sensibilidade, pode negar-lhes o *status* de fundamental⁶.

A incorporação dos direitos culturais ao expressivo rol dos direitos fundamentais se dá pela compreensão histórica de sua relevância na promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o que perpassa pelas três “gerações” ou dimensões dos direitos fundamentais, tal qual anota, dentre outros, Pedro⁷:

⁴ SILVA, Vasco Pereira da. O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise: ensaios sobre as acções no novo processo administrativo. 2ª ad. Lisboa: Almedina, 2009, p. 13.

⁵ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 34.

⁶ *ibidem*, p. 42.

⁷ PEDRO, Jesús Pietro de. Direitos Culturais, o filho pródigo dos direitos humanos. **Revista Observatório Itaú Cultural / OIC** – n. 11 (jan./abr. 2011). São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011. Disponível em: <http://issuu.com/itaucultural/docs/observatorio_11/46>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Incluir os direitos culturais no seio dos direitos fundamentais implica situá-los na categoria mais alta de garantias da qual um direito subjetivo pode usufruir. [...] os direitos culturais são direitos complexos que estão presentes em todas as “gerações dos direitos fundamentais” que foram sendo historicamente gestados a saber: os direitos a liberdade, igualdade e solidariedade.

A Constituição Federal de 1988, além de exemplificar, no art. 216, os bens de natureza material e imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, prescreve, no parágrafo primeiro de tal dispositivo, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de diversas formas de acautelamento e preservação, como os inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

A mencionada previsão constitucional não deixa dúvidas quanto ao papel da própria comunidade para, colaborando com o Poder Público, proteger o patrimônio cultural. O Poder Público, a seu turno, tem a obrigação constitucional de promover a proteção do patrimônio cultural brasileiro através de diversas formas de acautelamento e preservação, como o rol exemplificativo previsto no §1º do art. 216: inventários, vigilância, tombamento e desapropriação.

Nos termos do artigo 24, inciso VII da CF/88, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Já, o artigo 30, incisos I, II e IX da CF/88, também prescreve a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local.

Em compatibilidade com as mencionadas prescrições da Constituição Federal de 1988, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, nos artigos 222 e 223, assim dispõe sobre as formas de proteção do patrimônio cultural pelo próprio Estado e por seus Municípios:

Art. 222. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamentos, desapropriações e outras formas de acautelamento e preservação.

§ 1.º Os proprietários de bens de qualquer natureza tombados pelo Estado receberão incentivos para preservá-los e conservá-los, conforme definido em lei.

§ 2.º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 3.º As instituições públicas estaduais ocuparão preferentemente prédios tombados, desde que não haja ofensa a sua preservação.

Art. 223. O Estado e os Municípios manterão, sob orientação técnica do primeiro, cadastro atualizado do patrimônio histórico e do acervo cultural, público e privado.

Parágrafo único. Os planos diretores e as diretrizes gerais de ocupação dos territórios municipais disporão, necessariamente, sobre a proteção do patrimônio histórico e cultural.

A Lei Orgânica do Município de Novo Hamburgo, observando as prescrições da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e as da Constituição Federal de 1988, além de dispor no seu art. 140, parágrafo único, sobre as formas de

proteção do seu patrimônio cultural, determina ao Poder Executivo, no que concerne à política de turismo no Município (art. 140, parágrafo único), a obrigação de elaborar inventário e regulamentação do uso, ocupação e fruição dos bens naturais e culturais de interesse turístico:

Art. 140 - O Município estimulará a cultura em suas múltiplas manifestações, garantindo o pleno e efetivo exercício dos respectivos direitos, o acesso às suas fontes, apoiando e incentivando a produção, a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Parágrafo Único - O Município, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamentos, desapropriações e outras formas de acatamento e preservação.

Art. 141 - Lei Municipal estabelecerá uma política de turismo para o Município, definindo diretrizes a observar nas ações públicas e privadas, como forma de promover o desenvolvimento social e econômico.

Parágrafo Único - O Poder Executivo elaborará inventário e regulamentação do uso, ocupação e fruição dos bens naturais e culturais de interesse turístico, observadas as competências da União e do Estado.

Dessa forma, a redação original do artigo 83 da Lei Municipal nº 1.216/2004 do Município de Novo Hamburgo, que considera de interesse histórico, cultural e paisagístico os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural “inventariados pelo Município e passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica”, guarda coerência com os dispositivos constitucionais que tutelam o patrimônio cultural e representa o cumprimento do disposto na Lei Orgânica Municipal, no que toca às políticas culturais e turísticas do Município.

Com o advento da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, em seu artigo 2º, o Poder Legislativo local promoveu a supressão do mecanismo de inventário de bens imóveis pelo Município de Novo Hamburgo para caracterizá-los como de interesse histórico, cultural e paisagístico, sendo, pois, o objeto de questionamento da ADI nº 70065681405 pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3.2. O TOMBAMENTO E OS INVENTÁRIOS COMO FORMAS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO-RS

Se comparado com os países europeus em que a proteção do patrimônio cultural é assaz consolidada, o Brasil mostra deficiências no manejo dos múltiplos instrumentos criados ou autorizados pela Constituição da República. Focando-se apenas os ora em questão, nota-se que na França, por exemplo, o instituto que mais proximamente corresponde ao tombamento, a *classificação*, tem variações de efeitos e segundo o bem que é objeto de proteção, estando entre as variações outro mecanismo que mais se aproxima do inventário, que é a *inscrição*. A doutrina daquele país, assim percebe a situação, apontando a existência dos seguintes instrumentos: “Le classement en secteur sauvegardé”, “l’inscription sur l’inventaire

supplémentaire des monuments historiques” e “le classement comme monumento historique”⁸.

No mesmo sentido, é o direito italiano relativo à matéria, quando da declaração de interesse cultural, prevista no Código de Bens Culturais e Paisagens que “si tratta di um interesse diversamente graduato in relazione alla sua sussistenza nei singoli beni culturali”⁹.

Entre nós, conforme apontado no tópico anterior, nos termos do art. 216, §1º da CF/88, existem vários meios de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade, tais como: inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e outras formas de acautelamento e preservação.

Os tipos de instrumentos de proteção que interessam ao presente trabalho são os que foram abordados pela decisão do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ADI nº 70065681405: os inventários e o tombamento.

O tombamento consiste no instituto mais difundido na preservação dos bens culturais materiais, sendo, por vezes, confundido com o próprio termo “preservação”, como se sinônimos fossem¹⁰. Na verdade, sabe-se que o termo “preservação” é gênero, e que o tombamento é uma das espécies de garantia da higidez do patrimônio cultural.

Esse especial tipo de proteção do patrimônio cultural, criado no bojo do Decreto-Lei nº 25, de 1937 – norma que representou um marco para o ordenamento jurídico brasileiro por ser posterior às Constituições de 1934 e de 1937 que por primeiro abrigaram disposições restritivas da ideia de propriedade absoluta - foi devidamente valorizado na Constituição Federal de 1988. Apesar de ter deixado de ser o único instrumento de proteção do patrimônio cultural, persistiu ao longo do tempo como referência no meio de outros instrumentos de proteção¹¹.

O ato administrativo do tombamento, prerrogativa do poder Executivo, não implica desapropriação e nem determina o uso. Antes, trata-se de “uma fórmula realista de compromisso entre o direito individual à propriedade e a defesa do interesse público relativamente à preservação de valores culturais”¹².

Como salienta Alves¹³, ao contrário da desapropriação, o tombamento não é causa de perda da propriedade, mas atinge o exercício das faculdades inerentes ao domínio; em compensação, não impõe ao poder público o dever de indenizar, salvo quando o ato administrativo esvaziar o conteúdo econômico da propriedade, impedindo definitivamente a utilização em todo o seu potencial, ocasião em que se estará diante de uma desapropriação indireta.

⁸ PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. Paris: Daloz, 1990, p. 234.

⁹ FERRETTI, Alessandro. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2010, p. 59.

¹⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212.

¹¹ OLIVEIRA JR, Vicente de Paulo Augusto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural: uma análise do decreto-lei nº 25/1937 à luz da Constituição Federal de 1988. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, jan./jun. de 2014, p. 217.

¹² FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997, p. 115.

¹³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.98, p.65-97, jul./dez., 2008, p. 79.

Enquanto o tombamento provisório se dá a partir da notificação ao proprietário pela autoridade administrativa competente, informando-o de que o bem que possui notável valor histórico, arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 10 do Dec-Lei 25/1937), o definitivo ocorre a partir da inscrição dos bens, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo da repartição administrativa que determinou a medida (Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Tombo Histórico; Tombo das Belas Artes e Tombo das Artes Aplicadas – arts. 4º e 10 do Dec-Lei 25/1937).

Consoante assentado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁴:

O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/37.

Nos termos do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, as coisas tombadas não poderão ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa.

No âmbito do Município de Novo Hamburgo-RS, foi promulgada a Lei nº 07, de 07 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural local, disciplina a integração de bens móveis e imóveis e cria incentivos ao tombamento.

Entretanto, até o ano de 2007 não houve qualquer iniciativa de tombamento na esfera do Município de Novo Hamburgo, quando então surgiram algumas iniciativas: dois bens foram tombados no bairro de Lomba Grande, dois no centro da cidade, um na vila Santo Afonso, um em Hamburgo Velho, um na Vila Nova, além do “Centro Histórico”¹⁵.

Sobre as origens do instituto do tombamento, intrinsecamente ligadas à noção de registro ou inventários de documentos oficiais do governo, Oliveira Jr. e Cunha Filho¹⁶ anotam que:

um grande número de doutrinadores remete as origens do tombamento ao registro ou inventário feito na Torre do Tombo, em Portugal, ao final do período medieval[...] O conceito de tomo adotado pelos portugueses no final

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 753.534/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 10/11/2011.

¹⁵ OLIVEIRA, Suzana Vielitz de. **Os planos diretores e as ações de preservação de patrimônio edificado em Novo Hamburgo**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2009. Disponível em: <<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Dissertacao/DissertacaoSuzanaOliveira.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016, p. 17.

¹⁶ OLIVEIRA JR, Vicente de Paulo Augusto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural: uma análise do decreto-lei nº 25/1937 à luz da Constituição Federal de 1988. **Vereadas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, jan./jun. de 2014, p. 227.

da Idade Média guarda pouca similaridade com o instituto do tombamento como se encontra hoje, provavelmente emprestando-lhe pouco mais que o seu nome, porque o tombamento moderno consubstancia-se na proteção ao patrimônio cultural, e não apenas na realização do registro ou do inventário dos impostos e das rendas, além dos documentos oficiais do governo.

Com efeito, a noção de proteção do patrimônio cultural, via de regra, tem início a partir da necessidade do Poder Público de identificar os bens representativos da história de um povo, como o que ocorreu na França em momento posterior à Revolução Francesa, em que o governo adotou medidas para evitar a destruição de bens pertencentes ao patrimônio histórico-cultural francês por atos de vandalismo da Revolução¹⁷.

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “inventário cultural” significa o levantamento sistemático de bens culturais, visando ao conhecimento e à proteção do acervo de uma determinada cultura¹⁸.

Marcos Paulo de Souza Mirana¹⁹ faz a seguinte distinção entre os institutos do inventário e do tombamento:

O Inventário e o Tombamento não se confundem. Trata-se de instrumentos de efeitos absolutamente diversos, embora ambos sejam institutos jurídicos vocacionados para a proteção do patrimônio cultural. O inventário é instituto de efeitos jurídicos muito mais brandos do que o tombamento, mostrando-se como uma alternativa interessante para a proteção do patrimônio cultural sem a necessidade Administração Pública de se valer do obtuso e, não raras vezes, impopular instrumento do tombamento.

O referido autor define o inventário, ainda, de um ponto de vista prático, da seguinte forma:

Sob o ponto de vista prático o inventário consiste na identificação e registro por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros. Os resultados dos trabalhos de pesquisa para fins de inventário são registrados normalmente em fichas onde há a descrição sucinta do bem cultural, constando informações básicas quanto a sua importância histórica, características físicas, delimitação, estado de conservação, proprietário etc.²⁰

Muito embora ações típicas de inventários estejam ligadas às primeiras iniciativas de proteção do patrimônio cultural, tais instrumentos não foram objeto de

¹⁷FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997, p. 57.

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1126-1127.

¹⁹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro**. Jus Navigandi, 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11164/o-inventario-como-instrumento-constitucional-de-protecao-ao-patrimonio-cultural-brasileiro>>. Acesso: em 13 jun. 2016.

²⁰ Ibidem.

uma regulamentação infraconstitucional nacional, razão pela qual os Estados e Municípios, com apoio no art. 24, VIII²¹ e art. 30, I, II e IX²² da Constituição Federal, respectivamente, elaboram legislação própria para a proteção de seus patrimônios culturais.

No Estado do Rio Grande do Sul, além da previsão contida nos arts. 222 e 223 de sua Constituição, conforme já mencionado no tópico 3.1, o art. 40 da Lei n. 10.116, de 23 de março de 1994 assim disciplina sobre a obrigatoriedade de os Municípios realizarem inventários para a identificação dos elementos que comprovam o valor histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, etc. atinentes aos prédios, monumentos, conjuntos urbanísticos e sítios, aptos a lhe conferirem a feição de patrimônio cultural:

Art. 40 - Prédios, monumentos, conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, antropológico, paleontológico e científico, de proteção ou preservação permanente, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, não poderão, no todo ou em parte, ser demolidos, desfigurados ou modificados sem autorização.

§ 1º - **Para identificação dos elementos a que se refere este artigo, os municípios, com o apoio e a orientação do Estado e da União, realizarão o inventário de seus bens culturais.**

§ 2º - O plano diretor ou as diretrizes gerais de ocupação do território fixarão a volumetria das edificações localizadas na área de vizinhança ou ambiência dos elementos de proteção ou de preservação permanente, visando a sua integração com o entorno.

§ 3º - O Estado realizará o inventário dos bens culturais de interesse regional ou estadual.

A Lei Orgânica do Município de Novo Hamburgo, por sua vez, além de repetir em seu art. 140, o disposto no art. 216, § 1º da CF/88 quanto aos vários meios de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público, determina ao Poder Executivo que elabore inventário e a regulamentação do uso, ocupação e fruição dos bens naturais e culturais de interesse turístico, observadas as competências da União e do Estado (art. 141, parágrafo único).

Nesse sentido, a Lei Municipal nº 1.216/2004 (Plano Diretor Urbanístico Ambiental – PDUA de Novo Hamburgo), em seu art. 83, considera de interesse histórico, cultural e paisagístico, além dos imóveis reconhecidos como patrimônio cultural do Rio Grande do Sul pelo IPHAN, os que forem inventariados pelo Município e os passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica.

Observa-se que, nos termos do art. 82, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.216/2004, havia uma clara limitação do direito de construir transferido de imóvel

²¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

²² Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

inventariado, sendo este de no máximo 25% (vinte e cinco por cento) do denominado “indivíduo arquitetônico” do setor.

Com base nesse Plano Diretor, foram elaboradas diretrizes para o disciplinamento dos bens inventariados e de seu entorno, nas quais os objetos de interesse para a preservação constam em uma lista bastante antiga, e que possuía mais de 400 bens imóveis inventariados, sendo que muitos deles já foram demolidos²³.

Segundo Stocker Junior e Manenti²⁴, os dois inventários do patrimônio cultural realizados no Município de Novo Hamburgo, em 1994 e em 2004, foram condensados em uma listagem-inventário pela Comissão de Patrimônio Histórico, mas curiosamente retirados do Plano Diretor na sua última revisão (2008).

Assim, antes mesmo que a listagem-inventário estivesse devidamente respaldada pela legislação de regência: o Plano Diretor, o Poder Legislativo local, ao elaborar a Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, revogou a norma garantidora do mecanismo do inventário, em atuação contrária ao seu dever de dar maior alcance e efetividade às normas que protegem o patrimônio cultural.

3.3 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO PELA SUPRESSÃO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL ATRAVÉS DOS INVENTÁRIOS

Como anota Henriques Filho²⁵, o tratamento constitucional das questões culturais é resultado de uma estruturação histórica dos instrumentos de proteção e das próprias menções expressas às diferentes espécies componentes do patrimônio cultural.

Assim, desde o primeiro ato legislativo de proteção do patrimônio cultural com a transformação da cidade de Ouro Preto em “Monumento Nacional” (Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933), passando pela criação do SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) através da Lei nº 378/1937, e os diversos normativos que sucederam o já mencionado Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (Lei do Tombamento), tais como a Lei nº 3924, de 26 de junho de 1961 (dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos) e o Decreto nº 3551, de 4 de agosto de 2000 (institui o registro de bens culturais de natureza imaterial), não há como negar uma inegável evolução normativa do sistema de proteção ao patrimônio cultural brasileiro²⁶.

²³ OLIVEIRA, Suzana Vielitz de. **Os planos diretores e as ações de preservação de patrimônio edificado em Novo Hamburgo**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2009. Disponível em: <<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Dissertacao/DissertacaoSuzanaOliveira.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016, p. 109.

²⁴ STOCKER JUNIOR, J. L. MANENTI, Leandro. Novo Hamburgo: O Patrimônio Arquitetônico da "Cidade Industrial". In: VI Colóquio Latino Americano sobre a recuperação e preservação do patrimônio industrial, 2012, São Paulo. Anais do VI Colóquio Latinoamericano sobre recuperação e preservação do Patrimônio Industrial. São Paulo: Centro Universitário Belas Artes, 2012. v. 1. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/VI_coloquio_t1_novo_hamburgo.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

²⁵ HENRIQUES FILHO, Tarcísio. A evolução histórica da proteção do patrimônio cultural no Brasil. **Athenas**, v. II, n. 1, jan-jul, 2013, p. 111.

²⁶ *Ibidem*, p. 117-127.

A partir do Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), que contém cláusula específica para o progresso constante dos direitos ali protegidos, e do desenvolvimento dos estudos sobre a implementação gradual e prospectiva dos direitos fundamentais sociais, a ideia de proibição de retrocesso social está a ganhar cada vez mais corpo na doutrina brasileira.

Da obrigação de progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorre a chamada “cláusula de proibição do retrocesso social”, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem na implementação de tais direitos²⁷.

Para os teóricos portugueses Canotilho e Moreira²⁸, que têm exercido certa influência sobre o pensamento jurídico pátrio, a proibição do retrocesso pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, em tal contexto, assumem a condição de direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.

Tratado como um princípio constitucional implícito, fundamentado no postulado da dignidade da pessoa humana, a vedação do retrocesso, segundo Sarler e Fensterseifer²⁹, funciona como uma garantia dos direitos fundamentais contra a atuação de medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição dos níveis de tutela dos direitos já existentes. Esses autores parecem ir além do que o registrado na doutrina portuguesa ao defenderem a proteção de todos os direitos fundamentais contra medidas que retrocedam nos níveis de satisfação dos mesmos.

Por outro lado, o princípio da vedação do retrocesso não pode, no Estado Democrático de Direito, ser entendido como uma proibição absoluta a ser oposta à atividade do legislador, sob pena de se conferir uma intangibilidade às normas infraconstitucionais, que não seria extensível nem mesmo às constitucionais. Com efeito, a diminuição da proteção a qualquer direito, ou estado protegido, somente se justifica se um argumento suficientemente relevante e iminente assim o autorize, e que também deve contar com definição constitucional, respeitadas as exigências de proporcionalidade³⁰.

Não há dúvidas de que os direitos culturais têm *status* de direitos fundamentais, consoante já abordado no tópico 3.1. Assim, no âmbito dos direitos culturais, deve-se ter sempre em vista que existe um nível de obrigações jurídicas fundamentais de proteção, sobretudo as que estão estabelecidas na Constituição Federal de 1988 e que já foram disciplinadas legalmente pelos respectivos entes federados, que deve ser respeitado quando da adoção de novas medidas legislativas.

A partir dessa compreensão, a questão submetida à análise do TJRS por ocasião da ADI foi a seguinte: pode o legislador infraconstitucional voltar atrás no

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, vol. 35, abr-mai, 2011, p. 28.

³⁰ AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da proibição de retrocesso ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – caso city lapa. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 16, vol. 62, abr-jun, 2011, p. 416.

que diz com a implementação do direito fundamental cultural para diminuir-lhe o espectro de proteção? Ou mais especificamente, poderia o legislador infraconstitucional do Município de Novo Hamburgo-RS deixar de proteger legalmente os bens inventariados e reservar à proteção legal apenas aos bens tombados pelo Município?

A decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, foi a de que o legislador infraconstitucional não poderia ter assim procedido, razão pela qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente.

De antemão, entende-se que a decisão bem constatou que a retirada do inventário, como um instrumento da legislação municipal para a defesa do patrimônio constituído por imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico, implica enorme prejuízo à tutela dos direitos difusos daí decorrentes, tanto assim que deixaria de proteger mais de quatrocentos imóveis com interesse cultural inventariados.

O que se poderia consignar, apenas a título de uma argumentação de reforço à referida decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seria a relevância de consignar na decisão que, para além do retrocesso em termos de proteção cultural, a alteração legislativa promovida pelo art. 2º da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010 não trouxe qualquer incremento em termos de satisfação de outro direito fundamental que pudesse assim legitimar-lhe a validade no ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgado da ADI nº 70065681405 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trouxe à tona um princípio relativamente novo para a proteção dos direitos fundamentais, e especialmente paradigmático para a proteção do patrimônio cultural: a cláusula de vedação do retrocesso.

Não há como negar uma evolução normativa do sistema de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, desde o primeiro ato legislativo que elevou a cidade de Ouro Preto a um “Monumento Nacional” (Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933), passando pela criação do SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) através da Lei nº 378/1937, e os diversos normativos que sucederam o já mencionado Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (Lei do Tombamento), tais como a Lei nº 3924, de 26 de junho de 1961 (dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos) e o Decreto nº 3551, de 4 de agosto de 2000 (institui o registro de bens culturais de natureza imaterial).

Embora o tombamento consista no instituto mais difundido na preservação dos bens culturais materiais, desde 1937, outras formas de acautelamento e preservação dos bens culturais devem a ele se somar, dentre os quais os instrumentos dos inventários, conforme prescrito no art. 216, §1º, da Constituição Federal de 1988.

A intenção do Poder Legislativo do Município de Novo Hamburgo de suprimir o mecanismo de inventário que, mesmo sem precisão técnico-jurídica fazia às vezes de ferramenta protetiva no imaginário coletivo, além de ir de encontro ao disposto na própria Lei Orgânica Municipal e das Constituições do Estado e a Federal, afigura-se como uma inválida regressão da proteção do patrimônio cultural

à luz de um princípio constitucional implícito de vedação do retrocesso dos direitos culturais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.98, p.65-97, jul./dez., 2008.

AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da proibição de retrocesso ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – caso city lapa. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 16, vol. 62, abr-jun, 2011, p. 403-419.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70065681405, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/12/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FERRETTI, Alessandro. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2010.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio. A evolução histórica da proteção do patrimônio cultural no Brasil. **Athenas**, v. II, n. 1, jan-jul, 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro**. Jus Navigandi, 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11164/o-inventario-como-instrumento-constitucional-de-protecao-ao-patrimonio-cultural-brasileiro>>. Acesso: em 13 jun. 2016.

NOVO HAMBURGO (RS). Prefeitura Municipal. **Lei nº 7/1992**. Dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural do município de Novo Hamburgo, disciplina a integração de bens móveis e imóveis, cria incentivos ao tombamento e dá outras providências. Novo Hamburgo, 1992.

NOVO HAMBURGO (RS). Prefeitura Municipal. **Lei nº 1216/2004**. Institui o Plano Diretor Urbanístico Ambiental - PDUA do município de Novo Hamburgo e dá outras providências. Novo Hamburgo, 2004.

NOVO HAMBURGO (RS). Prefeitura Municipal. **Lei Complementar nº 2.150/2010**. Institui o Plano Diretor Urbanístico Ambiental - PDUA do município de Novo Hamburgo e dá outras providências. Novo Hamburgo, 2010.

OLIVEIRA, Suzana Vielitz de. **Os planos diretores e as ações de preservação de patrimônio edificado em Novo Hamburgo**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2009. Disponível em:
<<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Dissertacao/DissertacaoSuzanaOliveira.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

OLIVEIRA JR, Vicente de Paulo Augusto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural: uma análise do decreto-lei nº 25/1937 à luz da Constituição Federal de 1988. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, p. 215-253, janeiro/junho de 2014.

PEDRO, Jesús Pietro de. *Direitos Culturais. O filho pródigo dos direitos humanos*. **Revista Observatório Itaú Cultural / OIC** – n. 11 (jan./abr. 2011). São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011. Disponível em:
<http://issuu.com/itaucultural/docs/observatorio_11/46>. Acesso em: 13 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. Paris: Daloz, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. vol. 35, abr-mai, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise: ensaios sobre as ações no novo processo administrativo**. 2ª ad. Lisboa: Almedina, 2009.

STOCKER JUNIOR, J. L. MANENTI, Leandro. **Novo Hamburgo: O Patrimônio Arquitetônico da "Cidade Industrial"**. In: VI Colóquio Latino Americano sobre a recuperação e preservação do patrimônio industrial, 2012, São Paulo. Anais do VI Colóquio Latinoamericano sobre recuperação e preservação do Patrimônio Industrial. São Paulo: Centro Universitário Belas Artes, 2012. v. 1. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/VI_coloquio_t1_novo_hamburgo.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Recebido em: 15 de fevereiro de 2017

Aceito em: 27 de abril de 2017