

ESTATUTO DA CIDADE E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
FEDERAL:
compatibilizando a gestão.

Sonia Rabello
Professora Titular
Faculdade de Direito
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

I - INTRODUÇÃO. II - ALGUMAS PALAVRAS SOBRE COMPETÊNCIA PARA GESTÃO DE INTERESSES PÚBLICOS. III - COMPETÊNCIA FEDERAL DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E COMPETÊNCIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO: COMPETÊNCIAS A SEREM CONCILIADAS. IV - TOMBAMENTO COMO LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E INSTRUMENTO DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.

I - INTRODUÇÃO

Sempre que uma lei entra em vigor, há no sistema jurídico um período de novas definições e acomodações. Uma lei nova é mais um elemento deste grande e complexo sistema, e sempre implica na alteração do seu funcionamento. Isto toma especial relevância se levarmos em conta que o sistema jurídico não é uma elaboração teórica, ou uma proposta idealizada que alguns cidadãos fazem para a sociedade onde vivem, mas sim um elemento dinâmico dentro do contexto social que é o fio condutor da ordem social, em permanente reconstrução através de sua contínua apropriação pelos cidadãos.

Ao nos inteirarmos, paulatinamente, do Estatuto da Cidade – ECi - (lei federal 10.257 de 10 de Julho de 2001), vemos que, pela densidade de suas disposições, ele pode trazer uma profunda alteração nas regras sociais urbanas, especialmente naquelas relativas aos direitos e obrigações dos cidadãos relacionados com a cidade, com repercussões de ordem jurídica. Estas obrigações envolvem todo tipo de interesses públicos e privados: administração pública dos três níveis de governo, relações proprietárias (inclusive as de posse), serviços públicos, participação comunitária, interesses ambientais e de preservação cultural, dentre inúmeros outros.

Daí porque é importante iniciarmos nossa reflexão com a seguinte indagação: o novo Estatuto da Cidade (ECi) inovou o sistema até então vigente relativo às relações jurídicas sobre preservação do patrimônio cultural e planejamento urbano?

II - ALGUMAS PALAVRAS SOBRE COMPETÊNCIA PARA GESTÃO DE INTERESSES PÚBLICOS.

O surgimento da lei federal denominada Estatuto da Cidade, a lei 10.257 de 10 de Julho de 2001, reacendeu, em todos quantos lidam com a administração pública urbana, a preocupação de se estabelecer, de modo mais claro, os níveis e o âmbito da competência executiva de **gestão** do planejamento urbano e da proteção do patrimônio cultural brasileiro. Ter clareza sobre a extensão da competência de atuação de órgãos públicos é uma tarefa difícil, mesmo quando diz respeito à administração de interesses públicos em um mesmo nível de governo. Há, muitas vezes, sobreposicionamento de atuação de órgãos encarregados de cuidar de interesses públicos diversos, mas que, eventualmente, tratam ou atuam sobre o mesmo objeto, como é o caso das cidades.

Quem trabalha na administração pública municipal não desconhece as perplexidades, e não raro os conflitos, fruto de disputas por espaços de atuação, que por vezes acontecem entre os órgãos de cultura encarregados da preservação de espaços e imóveis urbanos, e aqueles encarregados do planejamento urbano. Estas disputas acabam por ser resolvidas

pelo tempo, ou pela persistência de alguns técnicos que insistem na implantação das ações através de seus órgãos, ou ainda pelas chefias que tenham, momentaneamente, mais prestígio junto ao chefe do Executivo. Porém, muito poucas vezes é explicitado, de forma clara e consistente, as regras ou procedimentos necessários ao balizamento destes conflitos.

Se isto acontece dentro de um mesmo nível de governo, podemos imaginar a enormidade de conflitos que surgem - uma verdadeira esgrima de interesses públicos - quando se considera a competência dos órgãos da administração pública estadual e federal, que também podem ter a cidade como palco e objeto de sua atuação.

Deste modo, podemos imaginar o quanto é difícil e delicada a missão do planejador urbano municipal que tem a tarefa de compatibilizar o planejamento da cidade com os inúmeros interesses públicos federais e estaduais que também podem se materializar nas cidades, por força das competências que a União e os Estados detêm, tais como: meio ambiente, moradia, transportes metropolitanos, serviços públicos de telefonia, água e esgoto, energia elétrica, segurança pública, investimentos industriais e culturais, ensino médio e superior, saúde pública em geral. Estes interesses podem ser, ou são geridos por órgãos de outros níveis de governo. Neste rol há de se incluir a competência federal (e estadual) para dispor e gerir a preservação e a proteção do patrimônio urbano tombado pela União, e pelos Estados.

Compreender esta realidade e harmonizar estes múltiplos interesses é o desafio e a missão do administrador público de qualquer nível de governo, em prol não só da eficiência de sua ação, como também da transparência administrativa, tão fundamental para se viabilizar a cidadania.

Focando, especialmente, os aspectos relativos à competência para gestão dos interesses públicos do planejamento urbano e da proteção do patrimônio cultural é que iremos abordar os seguintes aspectos neste trabalho:

1. a Lei 10.257/2001, o ECI - trouxe alguma alteração significativa na competência dos entes, ou órgãos que tratam dos interesses públicos urbanos, ou mais

precisamente, daqueles que tratam da proteção do patrimônio cultural? Ou seja: a lei criou alguma “nova” competência para o Município?

2. O instituto do tombamento, uma vez mencionado no Estatuto da Cidade, como um instrumento político-jurídico de planejamento urbano, poderá continuar a ser usado independentemente deste planejamento? Mesmo sem sua previsão no plano diretor? O fato de o tombamento ser mencionado no Estatuto da Cidade, em alínea diversa da limitação administrativa, teria alterado esta sua natureza jurídica (de limitação)?

III - COMPETÊNCIA FEDERAL DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E COMPETÊNCIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO: COMPETÊNCIAS A SEREM CONCILIADAS

Quanto à primeira indagação, podemos dizer que qualquer resposta que se possa dar, no momento, não será nem definitiva, e nem exaustiva. Não poderemos respondê-la definitivamente porque a história do Direito nos mostra que as leis, ao longo do tempo de suas vigências, vão tomando contornos e formatos que são imprevisíveis. É assim porque a lei vai sendo lida e relida dentro do sistema jurídico onde ela opera e, com o tempo, com o lidar na sua aplicação, arestas vão sendo aparadas, os mistérios vão se esclarecendo e, como uma criança em crescimento, os seus contornos vão tomando a forma que lhe será própria; ela vai assumindo, aos poucos, sua verdadeira identidade no contexto do sistema jurídico. Somos todos ainda, – juristas e não juristas que operam com o novo Estatuto da Cidade – seus intérpretes da primeira hora. E isto nos recomenda cautela e bom senso, de modo a não comprometer a boa conformação gradual da lei.

Contudo, temos de ousar responder à pergunta, já que os fatos sociais não aguardam uma maturação teórica prolongada. Porém, dentro desta cautela é que podemos dizer que o Estatuto da Cidade não alterou qualquer competência relativa aos interesses da preservação do patrimônio cultural e aos interesses urbanísticos.

Não há, na lei 10.257/2001 (ECi) nenhum artigo que se refira à questão de distribuição de competências, mesmo porque, pelo regime

federativo brasileiro, isto (a repartição de competências) é tema que só pode ser tratado pelo texto constitucional federal, jamais por uma lei ordinária. O que há no ECI, no seu art. 4º inciso I, é a referência aos “planos nacionais, regionais, estaduais”, que já se encontravam mencionados na Constituição Federal, e certamente nas constituições estaduais. Neste sentido, podemos afirmar que a referida lei federal consolidou o sistema jurídico constitucional vigente, reforçando precipuamente a competência municipal para dispor e gerir o uso do solo urbano, sem comprometer ou excluir as competências dos demais entes federativos – Estados e União – no que concerne a seus interesses públicos específicos, também incidentes sobre a propriedade e sobre este mesmo espaço. Conseqüentemente, embora o Estatuto da Cidade reafirme a competência do Município para o planejamento municipal, especialmente através do plano diretor (art.4º, III, a), isto não implicou na alteração das competências constitucionais, federal ou estadual, de legislar e de proteger o patrimônio cultural, estabelecendo restrições sobre bens imóveis em núcleos urbanos, especialmente através do tombamento. A competência legislativa para dispor sobre proteção do patrimônio cultural está referida no art.24, inciso VII da Constituição Federal. E a competência executiva para agir nesta proteção, comum aos três níveis de governo da Federação, encontra-se explicitamente referida no art.23 inciso III da Carta.

Ao se referir a este conjunto de competências que se materializam sobre o mesmo objeto, a cidade, M^a Sylvia DI PIETRO afirma: “Por esta razão, (...) os sujeitos gestores da urbanística não são só as autoridades públicas habilitadas a programar e controlar as transformações do território; existem, ao lado da disciplina urbanística, outras disciplinas normativas setoriais, voltadas para a tutela de interesses específicos, como paisagens, bens culturais, segurança sísmica etc, que habilitam vários sujeitos a intervir. Realiza-se, portanto, um *sistema complexo de tutela*, em que cada poder público atua de forma autônoma com vistas à proteção daquele específico interesse que lhe é atribuído” . É necessário, portanto, aprofundar a compreensão jurídica de como compatibilizar estas competências “autônomas” na sua origem (como se referiu a Jurista), com um funcionamento administrativo sincrônico e harmônico dos entes da Federação.

Neste sentido, também chama a atenção o art.2º inciso XII do Estatuto da Cidade que inclui, dentre as diretrizes legais que balizam as políticas públicas urbanísticas, a “*proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico*”. Este dispositivo da lei faz com que desdobremos a primeira pergunta, relativa as competências para proteção do patrimônio cultural e para o planejamento urbano, ainda nas seguintes indagações: sendo o planejamento urbano responsabilidade básica dos Municípios, e tendo a proteção e preservação do patrimônio cultural como uma de suas diretrizes, como compatibilizar as responsabilidades de preservação do patrimônio cultural urbano da União e dos Estados com os diversos interesses públicos de planejamento municipal? E ainda: de que modo o Município cumprirá a diretriz de proteção e preservação do patrimônio cultural, no âmbito do planejamento urbano da cidade? Quais as suas responsabilidades?

Antes de entrarmos de forma mais precisa nas respostas, reafirme-se que estamos tratando aqui das ações de proteção do patrimônio cultural que têm por objeto núcleos ou sítios urbanos. É neste caso que ocorrem as sobreposições de regras de interesse público, em função da proteção do patrimônio cultural ou do planejamento urbano, sobre o mesmo objeto – a cidade, ou parte dela. Deste modo, interessa-nos especialmente os casos nos quais o órgão federal (ou estadual) de proteção do patrimônio cultural fixa regras que se materializam em índices de uso e ocupação do solo, visando proteger o bem tombado ou o seu entorno. Exemplo disto são os índices urbanísticos estabelecidos para parte da área do bairro do Jardim Botânico, no Rio de Janeiro, para proteção do entorno do *Corcovado*, bem natural urbano tombado pela União.

Esta situação não se confunde com outras formas de proteção do patrimônio imobiliário urbano, e que vêm se tornando comum nas legislações de planejamento urbano municipal, que é a do zoneamento cultural (embora sejam bastante semelhantes quanto aos efeitos produzidos). No caso do zoneamento cultural um órgão municipal estaria autorizado, mediante previsão contida na legislação urbanística municipal primária, a reconhecer e criar “Áreas de Proteção Cultural”, comumente conhecidas pela sigla “APAC”s. Quando isto ocorre, é próprio Município quem cria, dentro do seu planejamento, zonas especiais onde se

excetua a aplicação dos dispositivos ordinários de uso e ocupação do solo, substituindo-os por regras especiais que visam a proteção urbanística da área indicada.

Quando porém o órgão de proteção do patrimônio federal, ou estadual, tomba um sítio urbano em função do seu interesse cultural, este ato administrativo estará criando, diretamente, uma significativa área de articulação de interesses com o Município. Em função deste ato de proteção, o Município terá que recepcionar, ou absorver, necessariamente, na sua atividade de gestão urbanística, aquela imposição, mesmo que não a explicita, diretamente, no corpo de suas leis.

É comum ouvir a seguinte pergunta: estabelecidas as diretrizes de preservação pelo órgão federal, é obrigado o Município, para cumpri-las, integrá-las no texto de suas leis municipais? Penso que não. Mas não é por não fazê-lo que poderá deixar de cumpri-las. De fato, o Município pode até ter outras regras para o mesmo local, mas estas terão sua eficácia suspensa, na medida em que forem incompatíveis com a aplicação simultânea das diretrizes federais; aplica-se, no caso, a sistemática preconizada no §4º do art.24 da Constituição Federal. Outrossim, nos aspectos em que a normativa federal for compatível com as normas municipais, ambas devem ser aplicadas; por exemplo: se a norma municipal for mais restritiva do que a federal (ou estadual), aquela será a aplicável.

A técnica da suspensão da eficácia de norma do ente de “menor hierarquia” é muito compreensível e prática. Isto porque sendo as normas municipais de uso e ocupação do solo, editadas pelo Município, juridicamente legítimas, outro ente não tem a competência constitucional de revogá-las. Por isso, quando por força de outro interesse constitucional, o outro ente político edita normas que são com ela antagônicas, a solução não é a revogação da norma municipal, mas sim a suspensão de sua eficácia enquanto viger o antagonismo normativo. Esta solução permite que, alterada a norma “superior” e superado o antagonismo, a norma de “menor” hierarquia retome imediatamente sua eficácia. Deste modo, preserva-se o exercício das competências constitucionais pelos entes políticos, e se faz, automaticamente, os ajustes normativos, sem necessidade de constantes processos legislativos de adaptação.

Neste ponto já podemos delinear a resposta à primeira pergunta: a vigência do Estatuto da Cidade, obrigando o Município a prover as cidades de mais de 20.000 habitantes de planejamento urbanístico, *não excluiu, afastou, ou eliminou a incidência de outros interesses públicos na cidade, e que se impõem obrigatoriamente no seu sítio, com ampla repercussão no seu planejamento urbano*. Conseqüentemente, os administradores urbanos municipais não podem desconhecer, desrespeitar, ou facilitar o desrespeito, a quaisquer destes interesses públicos federais, ou estaduais, traduzidos em critérios de uso e ocupação do solo.

É conveniente lembrar que a lei federal 9.605/1998 incluiu, no seu texto, os “crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural” (arts. 62 a 65), equiparando-os aos crimes ambientais. Relaciona a seguir, no mesmo texto legislativo, os crimes “*contra a administração ambiental*” – aqueles praticados por funcionário público - dentre os quais o de “*conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público*” (art.67).

Destarte, quando a administração federal, ou estadual, estabelece o tombamento de uma área urbana (e seu entorno), esta imposição deve ser considerada, e respeitada, pelos agentes públicos municipais quando praticarem atos de gestão urbana, pelos quais são constitucionalmente competentes. Conseqüentemente, qualquer licenciamento de obra só poderá ser deferido pelo Município se forem observadas as restrições impostas pela pessoa jurídica de direito público que tutela o tombamento e seu entorno.

Contudo, só é possível cumprir uma determinação quando se conhece o seu conteúdo, e os seus limites – estes, necessariamente relacionados à sua motivação. Isto significa dizer que o ato de imposição de tombamento nos núcleos tombados, como aliás é obrigatório para qualquer ato da administração pública, terá de ter clara a demarcação de seu objeto físico (que é, por decorrência, o limite de incidência das obrigações), bem como especificadas as regras que deverão, a partir de então, ser observadas. E a razão prática disto é simples: não se pode cumprir aquilo que não se conhece! A especificação da área tombada, seu entorno, e as restrições básicas que dela

decorrem é, ao meu ver, condição necessária para a efetividade dos efeitos do tombamento, e decorrente lógico do princípio constitucional da publicidade.

Neste sentido é que podemos sugerir ser impossível ao Município pretender cumprir a diretriz disposta no art.2º, inc.XII, do Estatuto da Cidade, se o órgão do patrimônio não especificar quais são, para cada local e circunstância de tombamento, as diretrizes mínimas que quer ver cumpridas para proteção do interesse público federal.

Como se pode ver, a compatibilização da gestão dos interesses públicos de proteção do patrimônio cultural e de planejamento urbano não é tarefa simples: depende, fundamentalmente, da clareza das diretrizes aplicáveis às áreas e núcleos tutelados, ainda que se reconheça não ser este um trabalho simples para os órgãos de proteção do patrimônio cultural. Porém, uma vez realizada esta tarefa, mecanismos de gestão poderão ser utilizados para facilitar a administração destes interesses, e também os interesses dos administrados: é o caso da delegação de competência para exame e aprovação de projetos, para fins de licenciamento.

A delegação é um mecanismo de administração pública que têm sido muito pouco utilizado entre órgãos públicos de diferentes níveis de governo. Imaginamos que isto possa decorrer ou de uma desconfiança injustificada entre órgãos da administração pública, ou de uma atitude bastante conservadora, e altamente centralizada de gestão administrativa (e, portanto, muito pouco recomendável, em termos de eficiência). Nada justifica que um processo de licenciamento de obra, geralmente simples e ordinário, tenha que percorrer um tortuoso caminho, até por outras cidades, para que seu exame, quando as regras a ele aplicáveis já estão definidas. Esta situação não se justifica, não se sustenta! E ela é, freqüentemente, a maior causa de irritação e de insatisfação do cidadão para com a Administração. É claro que no caso de um projeto especial, - um projeto que pretenda ver excetuado para si a regra geral, - este deverá ser objeto de detido exame, e justificada e exaustiva motivação. Mas, via de regra, estas são poucas exceções, que não ocorrem no dia a dia da Administração. Resta lembrar ainda que, nas gestões delegadas, o delegante sempre manterá o controle e a fiscalização dos termos e dos limites da delegação, sob pena de ineficácia dos atos praticados fora de seus parâmetros.

O que significa, portanto, a diretriz, no Estatuto da Cidade, submetendo o planejamento à proteção e preservação do patrimônio cultural? Significa, ao meu ver, a obrigação do órgão federal *estabelecer, com clareza, suas diretrizes mínimas para a proteção de cada sítio tombado e seu entorno, e, por outro lado, do Município observar, na gestão do planejamento, estas regras estabelecidas*. Portanto, urge um esforço para estabelecer estas diretrizes que poderão, e até deverão se formuladas com rapidez, com transparência, e, quando possível, com participação social. Sem elas, os Municípios não estarão informados, suficientemente, de suas obrigações para com o zelo pelo patrimônio cultural; sem elas, o disposto contido no art. 2º, inc.XII é apenas retórica, uma regra oca, já que despida de um conteúdo material que lhe dê eficácia.

IV - TOMBAMENTO COMO LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E INSTRUMENTO DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.

Tratemos agora do segundo aspecto.

O Estatuto da Cidade, no seu art.4º, ao listar os instrumentos jurídicos do planejamento urbano, refere-se expressamente ao “tombamento de bens imóveis ou de mobiliário urbano” (inc.V, alínea d). O tombamento é aí referido junto com outros institutos jurídicos, listados nas várias alíneas dos seis incisos do referido art.4º, objetivando, simplesmente, exemplificar os vários instrumentos que podem ser usados na gestão do planejamento urbano. Contudo, esta listagem de instrumentos é, sob o ponto de vista metodológico, não sistemática, podendo levar o leitor desavisado a equívocos conceituais.

No caso específico do tombamento deve ser ressaltado o fato do texto legal mencionar, no mesmo inciso (V) a limitação administrativa em uma alínea (c), e o tombamento em outra (d); ou seja, gênero e espécie do conceito (limitação administrativa e tombamento, respectivamente) em alíneas diversas, dando a impressão de que um não estaria contido no outro.

Isto, infelizmente, não ocorre somente com o tombamento, mas também com vários outros “instrumentos” do planejamento, tal

como com o zoneamento ambiental, que é aliás uma forma de limitação administrativa, além de ser, também, uma técnica de planejamento contida no “instrumento” plano diretor (art.4º, inc.III, *a*), e no “instrumento” “disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo” (art.4º, inc.III, *b*); seguindo o mesmo raciocínio, também o zoneamento não poderia ser listado na lei desconsiderando qualquer destes gêneros onde ele também estaria subtendido.

Estas imprecisões, que exemplificam alguns equívocos técnicos do texto legal, não comprometem a finalidade do Direito posto, já que o que se quis foi, tão somente, listar sugestões de instrumentos que, conquanto previstos em outros diplomas legais, poderiam, e podem, servir à gestão dos interesses urbanísticos, sem nenhuma intenção legal de lhes transmutar a natureza jurídica. Portanto, o tombamento segue sendo um instituto jurídico que tem a natureza de limitação administrativa, consagrada pela doutrina jurídica majoritária, e pela jurisprudência pátria.

Finalmente, falta dizer se o tombamento se tornou, a partir de sua menção no Estatuto da Cidade, precipuamente um instrumento de planejamento urbano.

A Constituição Federal de 1988 dispôs, em dois lugares diversos de seu texto, sobre os dois interesses públicos: o urbanismo, mencionado no capítulo de Política Urbana (art. 182 e 183), e o interesse público da proteção dos bens culturais (arts. 215 e 216). Neste último capítulo, menciona, explicitamente, o tombamento como um “meio” de proteção do patrimônio cultural, que pode ser utilizado por qualquer das entidades políticas: União, Estados e Municípios.

O tombamento tem sido, por excelência, o instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Tornou-se, por isto, muito conhecido; quase um sinônimo de qualquer ato de proteção do patrimônio cultural. Isto induz a que muitos pensem ser ele o único, ou o melhor instrumento de proteção legal ao patrimônio cultural. Esta, no entanto, não é uma boa conclusão. Por força da permanência histórica do Decreto-lei 25/37, vigente até os dias de hoje, e certamente em função da excelência do seu texto, o tombamento é o instrumento de preservação mais difundido, e mais sedimentado juridicamente. Mas existem

outras formas de proteção, diversas do tombamento, que podem ser usadas para outros bens culturais, tais como aquela destinada à proteção do patrimônio arqueológico, ou aquela destinada à proteção dos bens móveis produzidos no País até o final do período monárquico.

Contudo, tal é a importância do tombamento, como uma categoria de limitação ao direito de propriedade que o Estatuto da Cidade não quis ignorá-lo, como não ignorou a desapropriação, a servidão, o imposto imobiliário urbano, as unidades de conservação, todas mencionados no referido art.4°. Portanto, a simples referência, exemplificativa, do tombamento como um instrumento de política urbana não lhe consagra a exclusividade de uso para tal fim. Em função disto, o tombamento poderá ser utilizado não só pelo Município, no âmbito do seu planejamento urbano, como também, e principalmente, pela União e pelos Estados no âmbito das suas competências constitucionais e legais de proteção do patrimônio cultural, conforme preconiza a própria Constituição Federal.

Não é demais lembrar que o § 1° do art.4° do ECI, talvez para espantar qualquer dúvida, explicitamente determinou que: “ Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta lei”.

À vista do exposto podemos concluir que a categoria jurídica do tombamento continua sendo um instrumento próprio para preservação cultural, podendo, também, ser usado como um instrumento de planejamento urbano.

Enfim, é necessário que se reafirme que todas estas considerações expostas neste texto são perfunctórias. O assunto ainda será motivo de muito maior aprofundamento, ao longo do tempo, quando o Estatuto da Cidade estiver sendo posto em prática, ao lado dos outros instrumentos de gestão de interesses públicos, e que continuam em vigor, como é o caso do tombamento, regido pelo famoso Decreto-lei 25/37.