

PAOLA ALVARENGA PORTES

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO POR
MEIO DO TOMBAMENTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - CARATINGA

2015

PAOLA ALVARENGA PORTES

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO POR
MEIO DO TOMBAMENTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Caratinga, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Administrativo
Orientador: Prof. Msc. Márcio Xavier Coelho

FIC - CARATINGA

2015

RESUMO

A finalidade central desta pesquisa é a análise das inovações trazidas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao conceito de patrimônio cultural e a forma de aplicação do tombamento. Uma vez explicada a relevância do patrimônio cultural como direito humano e fundamental, além da sua função em um Estado Democrático, importa esclarecer os reflexos da ordem constitucional vigente na disciplina instituída pelo Decreto – Lei Federal n.º 25 de 1937. Comprova-se que a Carta Magna de 1988, por meio do seu artigo 216, ampliou o conceito de patrimônio cultural e, com isso, requer que a tutela deste por meio do tombamento seja compatível com a dimensão constitucional em que ela se encontra. A pesquisa desdobra-se em objetivos específicos como o conceito, natureza jurídica e função do patrimônio cultural, além de abordar aspectos da Lei do Tombamento e apresentar casos concretos, os quais deixam evidente a interpretação restrita dos Tribunais em prol dos direitos culturais. E, por fim, conclui-se a necessária aplicação do tombamento à luz da Constituição Federal de 1988 para assegurar, assim, a efetiva proteção e fruição do patrimônio cultural brasileiro.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural; Tombamento; Direitos Culturais; Constituição Federal de 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	7
CAPÍTULO I - O PERCURSO HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO.....	8
1.1 Evolução cronológica da proteção ao patrimônio cultural: subjetividade e temporalidade.....	8
1.2 O conceito jurídico de patrimônio cultural introduzido no ordenamento brasileiro.....	11
1.3 Natureza jurídica do patrimônio cultural brasileiro: bem de interesse público.....	13
1.4 A dimensão constitucional do direito ao patrimônio cultural.....	15
1.4.1 Direito ao patrimônio cultural como direito humano e direito fundamental.....	16
1.4.2 A função do patrimônio cultural brasileiro na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	19
CAPÍTULO II – TOMBAMENTO: DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS À SUA INTRODUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	21
2.1 A proteção do patrimônio cultural brasileiro anterior ao Decreto – Lei n.º 25 de 1937.....	24
2.2 A introdução do tombamento no Direito Brasileiro por meio do Decreto - Lei n.º 25 de 1937.....	28

2.2.1 Conceito de tombamento.....	29
2.3 O Supremo Tribunal Federal e o Decreto – Lei nº 25 de 1937: o posicionamento restritivo.....	30
CAPÍTULO III – A APLICAÇÃO DO TOMBAMENTO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	33
3.1 Os novos parâmetros adotados pela Constituição Federal de 1988 para aplicação do tombamento.....	34
3.2 A observância dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal para a aplicação do tombamento.....	36
3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206 no STF.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa fará uma abordagem sobre a efetivação do direito ao patrimônio cultural por meio do tombamento, diante das inovações trazidas ao tema com o surgimento do artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, a fim de caracterizar o direito cultural como direito humano e fundamental, foi realizada pesquisa bibliográfica na esfera nacional e internacional, buscando-se, compreender o entendimento já consolidado dos especialistas.

A Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n.º206 proposta no Supremo Tribunal Federal também foi referência para este trabalho, pois, busca a unificação das jurisprudências com intuito de ampliar o conceito de bem cultural trazido pelo Decreto – Lei Federal n.º25 de 1937, uma vez que, a Constituição Federal já estendeu este conceito, alterando com isso, como deve ser a aplicação, por exemplo, da visibilidade em relação a bens tombados.

A primeira parte desta pesquisa apresenta a evolução cronológica da proteção ao patrimônio cultural, seu conceito, natureza jurídica, a dimensão constitucional em que se encontra, ressaltando o direito cultural como direito humano e fundamental.

Na segunda parte aborda especificamente o instituto do tombamento, a forma como ele foi utilizado para proteção do patrimônio cultural brasileiro antes de inserir o Decreto – Lei n.25/37 em nosso ordenamento, a sua aplicação após inserir o Decreto – Lei n.25 no ordenamento jurídico brasileiro, a sua recepção pela Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, a forma errônea como tem sido compreendido ainda nos dias atuais. Importa destacar nesta parte alguns exemplos jurisprudenciais que trazem à tona o problema desta pesquisa.

E, por fim, na terceira parte, sugere-se a hipótese da aplicabilidade do tombamento, conforme a Constituição Federal de 1988, a necessária observação dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal e, destaca-se ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, já supracitada, que também serviu como pilar desta pesquisa. Esta busca oferecer soluções ou mesmo apresentar um

aparato jurídico para que o patrimônio cultural brasileiro seja, nos casos concretos, defendido e preservado.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A análise do conceito de patrimônio cultural deu-se com a utilização de clássicos doutrinários, todavia, buscando a maior utilização de material específico sobre Direito Culturais, de forma a já tratá-lo como ramo autônomo do Direito. Buscou-se por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, doutrinária e levantamento da legislação vigente, delimitar a atuação estatal jurídica protetiva dos bens culturais e analisar a eficácia do instrumento do tombamento, verificando sua aplicação por meio de análise de jurisprudência e sugerindo a adequação dele à atual ordem constitucional.

1. O PERCURSO HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Acompanha-se neste capítulo o contexto cronológico da tutela jurídica do patrimônio cultural. A concepção social é analisada por meio da evolução do tratamento e da proteção jurídica do patrimônio cultural nos planos fundamentais para o entendimento da ligação intrínseca, no plano jurídico, da importância do patrimônio cultural.

É possível perceber a importância dada ao patrimônio cultural como direito humano e fundamental, permitindo uma reflexão diversa da tradicional e profunda acerca da tutela dos bens culturais no Brasil.

1.1. Evolução cronológica da proteção ao patrimônio cultural: subjetividade e temporalidade

Uma das primeiras e mais notáveis reflexões acerca da noção de patrimônio é definida no século XIX, anterior a qualquer predominância de interesses coletivos¹. A primeira tomada de consciência para a edição de leis que protejam os monumentos advém do direito de propriedade, quando a grandeza do bem era determinada por quem exercia e controlava o poder, traço forte da tutela patrimonial deste período histórico. Neste sentido, a preservação estava apenas em conformidade aos interesses do poderio, atendo-se muito mais a uma discussão jurídica sobre a propriedade herdada² do que aos interesses da população. Tal tendência, no entanto, não anulou a compreensão de patrimônio em um liame mais pessoal entre monumento e sociedade³, uma vez que, ainda em meados do século XIX, houve o

¹ A ideia de preservação do patrimônio emerge, de forma mais consistente, no século XIX, quando se vislumbra, na reordenação da cidade, uma forma de consolidação do Estado-nação. Nessa fase, ganham realce a história dos grandes homens e os grandes feitos de valor estético e artístico, configurando-se nítido caráter elitista do esforço conservacionista, com a identificação do monumento como ponto central de cogitação. Mais tarde, o monumento é considerado em seu contexto e só recentemente o conceito de patrimônio evolui no sentido de incorporar as produções socioculturais, os bens intangíveis, os modos de vida, as memórias sensoriais, os estilos e formas de comportamento que integram as memórias coletivas (PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.30).

² As línguas românicas usam termos derivadas do latim *patrimonium* para se referir à 'propriedade herdada do pai ou dos antepassados, uma herança'. (FUNARI. **Arqueologia**. São Paulo: Contexto, 2003, p.97).

³ O inglês adotou *heritage*, na origem restrito 'àquilo que foi ou pode ser herdado', mas que, pelo mesmo processo de generalização que afetou as línguas românicas e seu uso dos derivados de *patrimonium*, também passou a ser usado como uma referência aos monumentos herdados das gerações anteriores (Ibidem, p. 97).

reconhecimento de bases jurídicas⁴ que não mais se inclinavam para a especificidade do âmbito privado.

Entre os eventos histórico-jurídicos mais importantes que se efetivaram nos primórdios da Europa e da América em relação ao patrimônio cultural podem ser constatadas as constituições protecionistas que começam a surgir a partir de 1880. Em 1917, pela Constituição Mexicana e, em 1919, pela Constituição alemã, a proteção do patrimônio adquire *status* constitucional. A Constituição alemã da República de Weimar aborda a defesa global do patrimônio histórico ao reconhecer uma titularidade pública para esse patrimônio⁵. Essa Constituição teve influência sobre as Cartas produzidas entre as duas grandes Guerras Mundiais, inclusive na Constituição brasileira de 1934, que tratou do patrimônio cultural e contemplou os direitos sociais, que passaram a integrar a base teórica e positiva do Estado Social Brasileiro⁶.

Enquanto na ordem mundial o período marcado por Guerras, compreendido entre as décadas de 20 e 30, no que tange às preocupações com o patrimônio cultural, não colocou em prática os instrumentos que tratavam o cotidiano e a memória coletiva, o Brasil teve profundos avanços na sua gestão⁷, consagrando-se uma perspectiva de valorização da produção cotidiana, bastante diversificada, ou

⁴ Somente em meados do século XIX, a partir dos movimentos europeus, a memória coletiva foi tratada com a devida atenção pelos especialistas. O olhar diferente para o patrimônio cultural, com o deslocamento do eixo da excepcionalidade e da monumentalidade para os bens culturais usuais que permitiram reconstruir ou entender uma comunidade e seu modo de vida, trouxe reflexos nas diversas áreas do saber social, inclusive na área jurídica, que teve que criar ou adaptar instrumentos protetivos que possibilitassem a melhor compreensão da vida dos povos remotos. (SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p.22).

⁵ BALLART; TRESSERRAS. **Gestión Del patrimônio cultural**. Barcelona: Ariel, 2005. p. 87.

⁶ BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 530.

⁷ Acerca da concepção de patrimônio incorporada pelos sistemas jurídicos dos Estados, Guido Soares diz: “no próprio conceito de ‘patrimônio’, em quaisquer sistemas jurídicos internos dos Estados, encontra-se subjacente a ideia de conjunto de bens materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, que integram a personalidade das pessoas físicas ou jurídicas, por vários títulos, e que são iluminados por proteção jurídica, de cunho temporal: seja na constituição do patrimônio, concebido como realidade unitária composta de bens conseguidos por atos isolados praticados em tempos diferentes ou de fatos acontecidos em épocas históricas passadas (o herdado e o construído *hic et nunc*), e que, por força de sua expressão temporal, não poderá existir sem que esteja acompanhado de sua expressão no futuro. Assim, é natural que ao conceito de patrimônio, fortemente marcado pela temporalidade, esteja associado o conceito de futuras gerações” In: SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, p.455.

seja, os bens corriqueiros do povo, sendo eles materiais e imateriais⁸. Ainda segundo Inês Virgínia Prado Soares:

O valor de referência cultural atribuído ao bem pela própria comunidade passou a influenciar, lentamente, a conceituação de patrimônio cultural, que passa de uma perspectiva reducionista (ligada a monumentos e personagens emblemáticos) à incorporação de dimensões testemunhais e realizações intangíveis dos bens constituídos⁹.

A análise de que o bem é atribuído pela própria comunidade refere-se ao movimento modernista, que impulsionou a valorização da identidade brasileira. Em tal cenário, importa dizer que, a transmutação socioeconômica interna favoreceu a elite comercial e industrial. Assiste-se, nessa época, aos primeiros esforços de criação da legislação protetiva do patrimônio cultural, resultando na publicação do Decreto – Lei Federal n.º 25 de 1937, mais conhecido como Lei do Tombamento. Tendo o capitalismo entrado em uma nova fase no Brasil, Mário de Andrade, avançado para seu tempo, foi convidado para elaborar um esboço de lei do que viria ser a proteção patrimonial no país. Há de se reconhecer, que sua concepção foi visionária, uma vez que, intencionava proteger igualmente os bens culturais imateriais.¹⁰ Ulteriormente, essa visão se firmou mundialmente, no período pós-guerra¹¹:

⁸“Essa preocupação com os bens imateriais e com os demais elementos de identidade da cultura brasileira não emerge nova em nossos dias. A história registra que, na década de 30, o fortalecimento da elite industrial e comercial marcou nova fase do capitalismo em nosso País, com repercussão na cultura. O enfraquecimento dos laços de dependência com o exterior, ocasionado pela grave crise mundial, possibilitou a revalorização dos elementos constitutivos da identidade cultural nacional. Foi nesse período que o escritor Mário de Andrade foi convidado pelo então Ministro da Educação, Gustavo Capanema, a elaborar anteprojeto de lei que visasse à proteção estatal do patrimônio, consoante expusemos em capítulo próprio. E, já ali, para Mário de Andrade, as manifestações artísticas não se esgotavam nos objetos e monumentos”. In: PIRES, Maria. *Op. Cit.*, p.85.

⁹SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 23.

¹⁰ Mário de Andrade definia Patrimônio Artístico Nacional como “todas as obras de arte pura ou de arte aplicada, popular ou erudita, nacional ou estrangeira, pertencentes aos poderes públicos, e a organismos sociais e a particulares nacionais, a particulares estrangeiros, residentes no Brasil” In: LEMOS, Carlos A. C. *Op. cit.* 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 38. No projeto de lei, Mário de Andrade adota a palavra arte como “uma palavra geral, que neste seu sentido geral significa a habilidade com seu engenho humano se utiliza da ciência, das coisas e dos fatos”. As obras de artes são agrupadas em oito categorias: “1. Arte arqueológica; 2. Arte ameríndia; 3. Arte popular; 4. Arte histórica; 5. Arte erudita nacional; 6. Arte erudita estrangeira; 7. Artes aplicadas nacionais; e 8. Artes aplicadas estrangeiras” (Ibidem, p. 39).

¹¹ Nas palavras de Pedro Paulo Funari e Sandra Pelegrini: “O fim da guerra foi, portanto, um marco essencial que trouxe novos agentes sociais, com interesses diversos, para o centro da ação social e política. Os povos colonizados intensificaram a luta contra as potências coloniais e obtiveram resultados positivos, como no caso da Índia, independente em 1947. Estado multiétnico e democrático, a Índia representava a inclusão de novos agentes sociais no cenário internacional e era um sinal claro da falência dos modelos nacionalistas que enfatizavam um patrimônio homogêneo. (...) Nos países desenvolvidos, o pós-guerra foi caracterizado pelo crescente desenvolvimento de

Quando os movimentos políticos, sociais econômicos nas diversas regiões do mundo e o surgimento de novos atores no quadro mundial, com demandas e percepções diferentes também no campo do patrimônio cultural, trouxeram abordagens mais abrangentes de cultura e conduziram à busca de instrumentos efetivos para a salvaguarda do patrimônio cultural da humanidade¹².

Assim, na década de 50 há um amadurecimento. É quando a interpretação sobre patrimônio sofre uma evolução, sendo conceituado como

conjunto de bens materiais e imateriais, acumulados durante o tempo ou produzidos na atualidade, os quais os homens valorizam como fundamentais para a fruição da vida no momento presente e que conservam para representar a transposição entre o passado e o futuro. É, ao mesmo tempo, herança, fruição e memória. É, também, principalmente para os países em desenvolvimento, uma possibilidade de sustentabilidade¹³.

Desse modo, surge no Brasil, nas décadas de 60 e 70 a ampliação do termo patrimônio cultural e seus elementos conceituais, abrangendo a imaterialidade, sob influência de documentos internacionais¹⁴ que direcionaram as diretrizes do tema de modo uniforme, adequando-se aos casos concretos de cada país. Em suma, houve a redefinição de políticas públicas de preservação do patrimônio cultural e uma nova percepção de que o patrimônio cultural é construído como recurso econômico em potencial. Essa última percepção teve maior precisão a partir da Carta de Veneza¹⁵, datada de 1964, que expande o entendimento de monumento histórico para além da criação arquitetônica isolada, com a abrangência do ambiente urbano ou paisagístico que constitua o testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico¹⁶.

1.2 O conceito jurídico de patrimônio cultural introduzido no ordenamento brasileiro

movimentos sociais, em prol dos direitos civis, da emancipação feminina, do reconhecimento da diversidade em vários níveis e aspectos". In: FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra C. A. **Patrimônio histórico e cultural**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 22-23.

¹²SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 24 – 25.

¹³Idem.

¹⁴ No plano internacional, destacam-se o Convênio para Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, Haia, 1954 e a Carta de Nova Delhi, 1956, ambos produzidos pela Unesco. Apesar de não terem caráter vinculante para os Estados e serem apenas uma série de princípios internacionais a serem aplicados em matéria de pesquisa arqueológica, as recomendações da Carta serviram de base teórica para a elaboração da Lei 3.924/61 e proporcionaram a construção de fundamentos jurídicos para a proteção do patrimônio cultural: XI Assembleia Geral do ICOMOS – Sofia, 9 de outubro de 1996.

¹⁵O documento que ficou conhecido como Carta de Veneza foi produzido pela União Internacional dos Arquitetos e é, na verdade, o registro das conclusões do II Congresso Internacional de Arquitetura e de Técnicos de Monumento Histórico, ocorrido em 1964, na Itália.

¹⁶SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. cit.*, p. 26.

No contexto do Estado Democrático de Direito, o conceito constitucional de patrimônio cultural brasileiro hodierno¹⁷ deve observar os novos elementos agregados e as manifestações contemporâneas de cultura incorporadas. A Constituição brasileira de 1988 abarcou a imaterialidade na consideração dos bens que integram o patrimônio cultural brasileiro, não somente indicando que tanto as formas de expressão como os modos de fazer, criar e viver são bens culturais (art. 216, I e II da CF).

Embora o artigo 216 da Constituição Federal não apresente um conceito de patrimônio cultural brasileiro, oferece os elementos conceituais para a compreensão de seu tratamento e sua tutela jurídica. Nesse dispositivo é estabelecido que os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, constituem o patrimônio cultural brasileiro¹⁸.

O termo patrimônio cultural abriga todos os bens que tenham ou possam ter valor e interesse histórico, artístico, científico ou técnico para a sociedade brasileira como um todo ou para as comunidades de uma região, de um Estado federativo ou de um Município. Assim, o tratamento jurídico do patrimônio cultural deve abrigar, segundo a Constituição, um entendimento aberto e contemporâneo, dentro da diversidade sociocultural do nosso país e da dinâmica em que as relações sociais, econômicas, políticas e culturais se desenvolvem¹⁹.

Um aspecto que merece relevância é que o bem material, tomado individualmente ou em conjunto, é considerado bem cultural a partir do momento em que porta valores de referência. Em decorrência, os bens materiais não precisam ser de origem brasileira para integrarem o patrimônio cultural brasileiro, mas, necessariamente devem ser portadores de referencialidade.

¹⁷ A definição de patrimônio cultural sugerida por Carlos Lemos, com base nos ensinamentos de Hugues de Varine-Boham, em que se apresenta dividido em três grandes categorias, retrata o entendimento dominante no momento do surgimento do socioambientalismo no Brasil. Nessa conceituação os elementos culturais mais importantes seriam os resultantes dos recursos capturados na natureza e transformados pelo saber humano. A primeira categoria de bens abriga os elementos que pertencem ao meio ambiente natural, “os recursos naturais que tornam o sítio habitável”; a segunda categoria tem como elementos os não tangíveis: o conhecimento, o saber, as técnicas e o saber fazer; e a terceira categoria, a mais importante, é que “reúne os chamados bens culturais que englobam toda sorte de coisas, objetos, artefatos e construções obtidas a partir do meio ambiente e do saber fazer”. Vale notar que os chamados elementos não tangíveis integram uma das categorias do patrimônio cultural que deve ser protegido independentemente de estar inserido em um suporte material. São, também, bens que viabilizam a produção dos “bens culturais” In: LEMOS, Carlos A. C. **O que é patrimônio histórico**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 8.

¹⁸V. Art. 216, caput. Nos incisos desse artigo é apresentado um rol exemplificativo dos bens culturais brasileiros.

¹⁹SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. cit.*, p. 111.

No que tange aos bens imateriais, a alusão aos valores de referência e à diversidade cultural aponta que a proteção desses bens como patrimônio brasileiro está condicionada à sua origem. Esses bens devem ser ligados à ação, à memória ou à identidade da sociedade brasileira. Além disso, devem ter origem nas práticas culturais ou na experiência histórica dos grupos formadores da sociedade brasileira, com as adaptações à realidade de sua vivência em nosso país.

1.3 Natureza jurídica do patrimônio cultural brasileiro: bem de interesse público

A previsão constitucional dos bens ambientais como bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225) e a conceituação do bem cultural como bem portador de valor de referência ligado à memória, à identidade e à ação da sociedade brasileira (art. 216) fornecem ao bem cultural o traço de bens de interesse público, num claro afastamento do tratamento desses bens como estritamente ligados ao regime de direito público ou ao regime de direito privado.

No mesmo sentido, Carlos Frederico Marés de Souza diz:

o bem cultural-histórico e artístico faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou a importância ambiental – este sempre público ou privado, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade²⁰.

O marco de proveito público dos bens que agregam o patrimônio cultural brasileiro é inerente ao instante de sua fruição. Então, o bem cultural é alvo de proteção jurídica que abarca dois enfoques: o da dominialidade e o da fruição. A dominialidade se pauta no uso e gozo da propriedade de acordo com as normas e está direcionada pelo princípio da função social da propriedade. No que tange à fruição, cabe ao Estado, por ser o titular da situação jurídica do bem público, garantir o acesso aos bens e possibilitar a fruição numa perspectiva coletiva²¹. Novamente, vale destacar as palavras de Carlos Frederico Marés de Souza:

Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público – seja ele de propriedade particular ou não. Aliás, isto ocorre não apenas com os bens culturais, mas também com os ambientais em geral. Esta nova relação de direito entre os bens de interesse cultural ou ambiental com o Estado e os particulares vem dando margem a uma nova categoria de bens,

²⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3. ed. ampl. e. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 24.

²¹ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. cit.*, p. 95.

os bens de interesse público que não se reduz apenas a uma especial vigilância, controle ou exercício do poder de polícia da administração sobre o bem, mas é algo muito mais profundo e incide diretamente na sua essência jurídica²².

A limitação imposta aos bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis suas propriedades, enquanto as limitações impostas a estes bens de interesse público são muito mais profundas porque modifica a coisa mesma, passando o poder público a, diretamente, controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social, que passa a ser corresponsável, interessado e legitimado para sua proteção, além do próprio poder público.

Ao mesmo tempo em que a cidadania passa a ter direitos em relação ao bem cultural, como a visualização, a informação e o direito a exigir da Administração a sua manutenção e conservação, passa a ter obrigações em relação a ele, que estão diretamente ligados a sua proteção, constituindo crime qualquer agressão a ele cometida²³. A proteção do bem cultural, enquanto bem distinto do seu suporte físico²⁴, não é

proteção a interesses particulares ou individuais, nem a interesses do Estado, mas, efetivamente, proteção a interesses difusos, do povo, da sociedade, sem um titular imediato e exclusivo, mas cuja titularidade se estende a todos e é exercida por pressupostos de consciência e abnegação²⁵.

Assim sendo, para que a proteção dos bens culturais tenha eficácia, existe a imputação de ônus e obrigações tanto ao titular do bem patrimonial, como ao Estado.

²²SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 23

²³Idem.

²⁴ Os dois bens, o bem de domínio – propriedade privada – e o bem de fruição – propriedade coletiva -, coincidem no suporte físico, mas não na tutela jurídica nem na titularidade, que no primeiro caso se atribui ao proprietário e no segundo ao Estado, de modo que o titular do bem patrimonial não é sujeito ativo de poder em relação ao bem cultural correspondente, bem de fruição pública. É sujeito passivo de dever, de obrigação, de encargos que, em última análise, limitam o conteúdo do seu poder ativo incidente sobre a patrimonialidade (PIRES, Maria. “Direito urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural”. In: **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 151, 2001, p. 219).

²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 20.

1.4 A dimensão constitucional do direito ao patrimônio cultural

O direito fundamental ao patrimônio cultural pode ser analisado em duas dimensões: a) numa vertente subjetiva, como direito do homem (ou do grupo que pertence) que pode ser invocado para limitar a atuação estatal; b) numa vertente objetiva, como direito à manutenção dos bens materiais e imateriais portadores de valor de referência cultural²⁶.

O direito ao patrimônio cultural revela sua vertente subjetiva no direito de resistência do indivíduo (ou do grupo que pertence) à interferência estatal na sua liberdade de exercício cultural: desde as manifestações individuais cotidianas básicas, como a utilização da língua materna, a liberdade religiosa, a liberdade na escolha da alimentação, a valorização da memória, até as manifestações sociais essenciais para a sobrevivência, como o exercício de atividade remunerada, a garantia de acesso aos bens culturais, o respeito aos direitos autorais, a garantia da conservação das bases materiais dos bens intangíveis, etc.

Enquanto direito fundamental autônomo, o direito ao patrimônio cultural desvia o foco na tratativa da seleção dos bens culturais. Pela dimensão objetiva, o direito ao patrimônio é protegido como instituto que porta valores e direitos essenciais à estrutura da sociedade democrática. A proteção do patrimônio está vinculada ao interesse da humanidade e da sociedade brasileira e se dá de forma autônoma, projetando-se nas relações privadas ou nas relações do indivíduo ou da coletividade com o Estado.

Desse modo, o direito ao patrimônio cultural traz em sua essência a relação dos operadores do direito ao seu conteúdo, além do que, conduz o propósito das normas infraconstitucionais, a fim de adentrar nas relações jurídicas. O proveito único da geração atual passa a dar lugar à defesa da memória coletiva e à edificação cultural dos ancestrais, com o objetivo de transferir a futuras gerações, do direito a sapiência cultural do transcorrido e à formação de recentes estudos e observações sobre os bens culturais protegidos.

²⁶ SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 108.

Em sua dimensão objetiva, o direito fundamental ao patrimônio cultural encontra na dinâmica dos valores cotidianos essenciais para a fruição da vida com um mínimo de qualidade, os quais exigem a destruição ou modificação dos bens culturais, desafios que precisam ser ultrapassados também no âmbito jurídico. Nesse aspecto, importante é a observância aos princípios jurídicos que guiam a tutela e gestão do patrimônio cultural, os quais têm por pressuposto o direito da coletividade e de cada ser humano à memória coletiva, que se constrói a cada momento e deve ser acessível à presente geração e (ao mesmo tempo) constituir-se um legado à geração futura²⁷.

Por consequência, a compreensão do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental repulsa a preservação patrimonial a serviço do interesse restrito da sociedade presente para dar lugar à proteção em razão do proveito intergeracional. Caracteriza, então, simultaneamente, o direito subjetivo do cidadão e da geração presente e a preservação do direito ao patrimônio cultural das gerações futuras. A exploração e reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental atribui ao Estado responsabilidades consolidadas em funções que englobam subsídio além de recursos materiais e humanos atribuídos à efetivação de programas que integram as políticas públicas patrimoniais. Do mesmo modo, assinala a obrigação do Estado em assegurar a manutenção e continuidade do patrimônio cultural brasileiro nos ambientes públicos e privados.²⁸

Nesse entendimento, o direito ao patrimônio cultural é um direito fundamental, intergeracional e intercomunitário que pode ser executado individualmente e coletivamente, para atingir finalidade coletiva ou difusa²⁹.

1.4.1 Direito ao patrimônio cultural como direito humano e direito fundamental

Os direitos culturais são direitos humanos que se desenvolvem numa dinâmica social, na qual diversos instrumentos e mecanismos, aceitos na estrutura do Estado Democrático de direito, são utilizados com a finalidade de garantir o acesso, a fruição e o resguardo dos bens culturais. Desse modo, os direitos

²⁷SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. cit.*, p.108.

²⁸ *Ibidem*, p.109.

²⁹ Com base nas ideias desenvolvidas por José Rubens Morato Leite sobre a proteção do ambiente no sistema brasileiro tendo uma dupla valência. In: MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 471.

humanos culturais necessitam, além da garantia formal (prevista no sistema de justiça e no aparato administrativo), de uma garantia real, que se revela pelo aparato jurídico-administrativo estabelecido para a tutela e fruição do patrimônio cultural.³⁰

Por certo, que a garantia real dos direitos culturais é a legitimação do acesso e desfrute dos bens materiais e imateriais fundamentais para viver, pela comunidade e do desenvolvimento sustentável do bem, caracterizado como autossuficiente e, indispensável para as futuras gerações. Ainda, segundo Inês Virgínia Prado Soares: “O direito ao patrimônio cultural é um desdobramento do direito cultural, já que sua concepção tem como pressuposto a diversidade cultural. Sua fruição, por sua vez, tem por base a liberdade e a educação”³¹.

Como descrito no contexto da evolução cronológica da proteção do direito ao patrimônio cultural, no começo do século XX o patrimônio cultural passa a ser considerado tema constitucional, pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição Alemã de 1919 (esta última reconhecendo a titularidade pública deste patrimônio)³².

No Brasil, nos dispositivos da Constituição Federal de 1934 ainda não se vê um direito fundamental ao patrimônio cultural, com a dimensão que adquire no Estado democrático de direito. Nem se verá nas Constituições seguintes de 1937, 1946 e de 1967 (ou na EC 1/69). Porém, todas as Cartas brasileiras tratam da obrigação de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público, o que gera para os indivíduos e a coletividade um direito subjetivo.

Em estudo mais atento, pode-se constatar que a Lei de Ação Popular (1965), a Lei de Ação Civil Pública (1985) e o Código de Defesa do Consumidor (1990) despertaram novas perspectivas para o patrimônio cultural, uma vez que, forneceram elementos processuais essenciais para que ele fosse tratado como bem fundamental. A produção jurídica dessas leis favoreceu o aumento na base de legitimados ativos que protejam e valorizam os bens culturais e, que podem requerer do Poder Público, a responsabilidade de garantir o acesso e gozo aos bens culturais.

³⁰ SOARES, p. 107.

³¹ Idem, p. 107.

³² BALLART; TRESSERAS. *Op. cit.*, p. 87.

De acordo com a concepção de Inês Virgínia Prado Soares,

o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental ocorre na Constituição de 1988, com o estabelecimento de uma organização jurídico - política do Estado brasileiro que possibilita a criação e o fortalecimento de um aparato normativo e institucional que garante a liberdade e igualdade no exercício dos direitos culturais (plano normativo) e também tutela os bens culturais (patrimônio cultural) como bens da vida, numa perspectiva de interação Estado – sociedade, para o desempenho dessa tarefa. Além disso, há a previsão de que os direitos fundamentais não são apenas os indicados nominalmente na Carta, mas também os direitos previstos nos tratados e convenções internacionais que versem sobre a matéria, com a incorporação imediata pelo ordenamento jurídico constitucional, por força do que prescrevem os §§2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal³³.

Neste sentido, o direito do patrimônio cultural é caracterizado como direito fundamental à luz da Constituição Federal de 1988 e, isto é notável no artigo 215 (“O estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso a fontes da cultura nacional...”), no artigo 216, §1º (com a previsão do dever de promoção dos bens culturais pelo Estado, com a colaboração da sociedade) e no artigo 225 (“Todos têm direito ao meio ambiente...”). Os direitos fundamentais estão dispersos em todo texto constitucional e, por fim, o direito ao patrimônio cultural corpóreo ou abstrato é conjectura para o exercício de outros direitos fundamentais, a começar pelo direito à vida digna, com qualidade.

Importa ressaltar ainda o artigo 5º,§2º da Constituição Federal de 1988 “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Segundo Morato Leite:

A qualificação de direito fundamental ao patrimônio cultural significa que para a tutela efetiva desse direito há necessidade da participação do Estado e da coletividade, de acordo com as normas constitucionais. O Estado, além da tarefa protetiva, deve também fornecer os meios instrumentais e materiais necessários tanto à implementação desse direito como ao seu exercício. O exercício do direito ao patrimônio cultural deve se dar dentro da diversidade e do valor de referência cultural atribuído aos bens pelos grupos que integram a sociedade³⁴.

Portanto, torna-se correto, reconhecer o patrimônio cultural como direito humano fundamental, também pela absorção imediata dos tratados e convenções internacionais que abordam sobre este elemento no nosso ordenamento jurídico

³³ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. cit.*, p. 109.

³⁴ LEITE, José Rubens Morato. p. 88 **apud** SOARES, Inês Virgínia Prado.

constitucional, por efeito do que prescrevem os §§1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

1.4.2 A função do patrimônio cultural brasileiro na Constituição de 1988

A função do bem cultural é integrar os conteúdos dinâmicos e plurais típicos de um Estado democrático, participando da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade³⁵. Para isso, no caso do Brasil, é necessário que o bem cultural atenda aos fundamentos do Estado democrático brasileiro, principalmente aos fundamentos da cidadania e da dignidade (e bem-estar) da pessoa humana³⁶. O patrimônio cultural brasileiro deve contribuir para que sejam atingidos os objetivos fundamentais do Estado democrático: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e ainda a promoção do bem de todos³⁷.

De igual modo, a função do patrimônio cultural é vinculada aos valores e princípios democráticos espalhados por todo o texto constitucional, ligados à cidadania e à dignidade da pessoa humana, aos direitos sociais da educação, do trabalho, do lazer, da segurança, da proteção à maternidade e à infância³⁸.

A Constituição Federal de 1988 introduziu a trajetória do patrimônio cultural no curso do século XX, como já foi dito, e, denotou as bases que viabilizam a proteção dos bens culturais no bojo de um cenário histórico democrático com enriquecimento da referencialidade, da imaterialidade, da diversidade e do meio ambiente, enfatizou também as funções que o patrimônio cultural deve ter em nosso país.

A função do patrimônio cultural é dinâmica, isto é, se amolda aos valores e interesses da sociedade, no tempo e espaço no qual se encontra, a fim de que os bens culturais sejam assegurados. Os elementos presentes na atual concepção constitucional de patrimônio cultural brasileiro trazem metas a serem alcançadas pelo Estado e pela sociedade e estipula como algumas das funções do patrimônio cultural ser um elo entre passado e presente, elo que liga os fatos cotidianos ou

³⁵ BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 345.

³⁶ Art. 1º, II e III, da CF/88.

³⁷ Art. 3º, I a IV, da CF/88.

³⁸ Estabelecidos no art. 6º da CF/88.

excepcionais à memória, à ação e à identidade cultural dos grupos formadores da sociedade brasileira, contribuindo para o fortalecimento dos valores culturais dos grupos desfavorecidos³⁹.

Uma das funções do patrimônio cultural à luz da Constituição Federal de 1988 é coadjuvar para a educação em valores e sentimentos afetivos. Para tanto, a aplicação de políticas públicas, ações afirmativas e utilização de instrumentos já nominados na Constituição é imprescindível. Ainda como função do patrimônio, vale destacar sua função de sustentabilidade, a fim de garantir à comunidade a fruição dos bens culturais e demais bens da vida.

As funções do patrimônio devem ser garantidas e implementadas pelo Poder Público, que contará com a sociedade no desempenho dessa tarefa. Contudo, a função de ser recurso para a comunidade encontra a limitação no desenvolvimento da vida com qualidade⁴⁰.

³⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 99.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 102.

2. TOMBAMENTO: DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS À SUA INTRODUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Desde os tempos antigos, segundo registros,⁴¹ já existiam movimentos esparsos com intuito de preservar elementos culturais. Apesar disso, o estabelecimento de uma política com propósito de amparo ao patrimônio cultural na esfera jurídica estreou-se na trilha de dois movimentos marcantes da memória ocidental da Humanidade, sendo o primeiro a Revolução Francesa e posteriormente a Revolução Industrial. Segundo Zandonade:

Na França, em novembro/1789 – poucos meses, portanto, depois do início da Revolução Francesa -, a Assembleia Constituinte colocou os bens do Clero à disposição da Nação, estendendo a medida, sucessivamente, aos bens dos nobres emigrados e da Coroa. Converteu tais bens no que denominou “patrimônio nacional”, a eles se referindo como “herança” da Nação Francesa. Ao mesmo tempo, estruturou o órgão denominado Comissão dos Monumentos, incumbindo-o da descrição e do inventário desses bens, a fim de lhes dar adequada destinação.⁴²

Há de se tentar entender que estes atos foram propelidos, especialmente, devido à crise financeira, pois, desprovidos de recursos, os revoltosos apreenderam o patrimônio objetivando transformá-lo em moeda corrente. Com isso, colocaram em circulação títulos do Tesouro, resguardados pela riqueza acessória ao patrimônio nacional. Todavia, o montante adquirido não foi bastante para saldar a dívida pública e, drasticamente os novos títulos perderam valor.⁴³ Segundo Choay:

Em pouco tempo, muitos bens antes pertencentes ao clero, aos nobres emigrados e ao rei se tornaram propriedade da burguesia e de alguns camponeses. E vários desses bens, especialmente imóveis, embora portadores de valor cultural, não escaparam da destruição inspirada pelo interesse de obter terrenos para loteamento ou materiais para construção.⁴⁴

Ora, os recursos nacionais não cedidos a particulares foram vantajosos aos revolucionários que destruíram inúmeros bens para a construção de aparatos

⁴¹ Jean – Pierre Bady, **Les Monuments Historiques em France**, Paris, Presses Universitaires de France/PUF, 1985, PP. 7-13; Françoise Choay, **A Alegoria do Patrimônio**, trad. De Luciano Vieira Machado, São Paulo, UNESP, 2001, PP. 31-94 **apud** ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 20.

⁴² ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p. 21.

⁴³ ALBA, André; ISAAC, Jules; MICHAUD, Jean; POUTHAS, Charles. **L’Histoire: les Révolutions – 1789 – 1848**, Paris, Librairie Hachette, 1960, pp. 25-33 e 48-49 **apud** ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁴ CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**, *Op. Cit.*, p. 106 **apud** ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p. 21.

militares e, como se não bastasse, a outra parte da riqueza não teve destino que lhe garantisse a preservação.⁴⁵

Além da tentativa de solucionar a dificuldade financeira, a motivação ideológica também influenciou a ruína de diversos bens, como exemplo, pode-se dizer do evento histórico da *tomada da Bastilha*,

Nas primeiras horas do dia 14.07.1789 os revolucionários se dirigiram à Bastilha em busca de “pólvora e munição”. De todo modo, não obstante essa finalidade imediata, é inegável o caráter fortemente simbólico que marcou a destruição da antiga fortaleza, na qual o Rei mandava fossem encarcerados seus opositores. Ela, a *Bastilha*, representava, em Paris, o rosto ameaçador da ordem e da força monárquica.⁴⁶

Neste caso, a Bastilha só foi depredada porque era ícone do poder real, visto que, peças e monumentos revestidos de valor cultural essencial a determinado povo constantemente são mira de extermínio, tendo como justificativa a ideologia. Quando destrói-se o símbolo, desmorona juntamente aquilo que ele representa. A História apresenta vários exemplos.⁴⁷

É destaque na Revolução Francesa o paradoxo, em razão de, não terem conservado sua “herança” por questões financeiras e ideológicas, mas, em seguida, adotarem medidas de preservação.⁴⁸ Mais tarde, com a eclosão do movimento de industrialização, a Revolução Francesa começou a influenciar uma concepção favorável à preservação do patrimônio, pois, com os avanços trazidos:

A mecanização e a padronização simplificaram o acesso aos mais diversos materiais, facilitando demolições e reconstruções. Conseqüentemente, o solo passou a valer mais que a edificação nele erguida, cuja conservação se tornou objeto de negligência e cedeu espaço à especulação imobiliária.⁴⁹

Desde o renascimento, por mais remotos que fossem os monumentos, havia a ideia de que eram contemporâneos e, com o surgimento da industrialização, tais

⁴⁵ Françoise Choay, **A Alegoria do Patrimônio**, *Op. Cit.*, p. 106 – 107 **apud** ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁶ GALLO, Max, **Revolução Francesa: o Povo e o Rei – 1774-1793**, trad. De Júlia da Rosa Simões, Porto Alegre, L&PM, 2009, p.128.

⁴⁷ Na contemporaneidade o fenômeno se repetiu na destruição do *World Trade Center*, representação do poderio econômico dos EUA, sucedido em 11.09.2011.

⁴⁸ Para a conservação dos bens móveis confiscados, determinou-se a organização de depósitos abertos ao público, denominados *museus*, a serem situados em todo o território francês. Porém, à exceção do *Louvre*, não se conseguiu implementar o projeto, em razão dos “acontecimentos políticos”, da penúria financeira, da inexperiência e imaturidade em matéria museológica” (Françoise Choay. **A Alegoria do Patrimônio**, *Op. Cit.*, p. 101 **apud** ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁹ ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p. 24.

monumentos passaram a ser assimilados a tempos antigos e, a partir desse instante, houve uma consciência de que alguns bens eram insubstituíveis.⁵⁰ A partir disso, a Revolução Francesa criou órgãos estatais incumbidos de proteger o patrimônio cultural, todavia, o exercício do Estado se restringia apenas a estimular a conservação, não dispunha ainda de instrumentos que pudessem obstar a demolição.⁵¹ Não obstante,

Apenas cerca de 50 anos depois é que foi finalmente editado o primeiro diploma legislativo voltado para a proteção de monumentos históricos na França: a Lei de 30.03.1887, regulamentada em 1889. Com ela estabeleceu-se o instituto do *classement* (“classificação”), equivalente ao tombamento previsto no ordenamento brasileiro.⁵²

Diante do exposto, nota-se que havia necessidade ainda de evolução desse regime jurídico e, foi quando a Lei de 31.12.1913 substituiu a Lei de 30.03.1887. Esta substituição perdura até os dias atuais⁵³. Esta lei criou dois instrumentos que asseguram maior preservação ao patrimônio cultural e, é este pilar que desenvolve o modelo de proteção da cultura que conhecemos hoje. Os instrumentos, segundo Zandonade são “*instance de classement*”⁵⁴ e “*inscription à l’inventaire supplémentaire*”⁵⁵

O modelo francês, segundo Nabais,

Quanto aos instrumentos jurídicos típicos dessa fase inicial, nota-se a adoção, como ponto de partida, de um sistema de catalogação de bens materiais portadores de relevância histórica ou artística. As primeiras regras jurídicas ordenavam apenas a identificação e a descrição minuciosa de tais

⁵⁰ CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**, Op.cit., p. 136 apud ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, Op. cit., p. 24.

⁵¹ ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, Op. cit., p. 25.

⁵² Ibidem, p. 26.

⁵³ França, Lei de 31 de dezembro de 1913. **Lei sobre Monumentos Históricos** (disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>, acesso em 22.04.2015).

⁵⁴ Zandonade explica que a *instance de classement* é um processo de classificação que visa à proteção de bens móveis e imóveis que apresentem relevância histórica ou artística e, exige que haja eminente risco de demolição ou de grave alteração do bem. Também não pressupõe consulta prévia à Comissão Superior de Monumentos Históricos nem ao proprietário do bem, valendo por prazo de 12 meses, sem ocasião para prorrogação. Quando o prazo chega ao fim, o interesse em proteger persiste e, com isso, impõe-se à Administração Pública favorecer sua classificação, desde que, observe o procedimento específico. (ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, Op. cit., p. 27.

⁵⁵ ZANDONADE, Adriana. Op. Cit. A *inscription à l’inventaire supplémentaire* é uma solução de inventário suplementar um pouco mais abrangente que o anterior. Esta inscrição determina que, para o proprietário do bem atingido, apenas haverá o dever de dar ciência à Administração de qualquer obra que pretenda realizar de deslocamento ou alienação do bem. Se a Administração discordar, deve admitir o *classement* do bem, caso contrário, sem sua manifestação, haverá concordância tácita.

bens, prescrevendo deveres e obrigações tão somente quando o objeto da relação envolvia bens de propriedade pública.⁵⁶

Percebe-se que, a princípio, houve adoção de catalogação de bens materiais possuidores de relevância histórica ou artística e, os deveres eram restritos a quando o objeto da relação envolvia bens de propriedade pública. Com isso, propunha a conservação de alguns imóveis públicos, organização de arquivos e, depósito de objetos em museus.⁵⁷

O Brasil manifestou o regime jurídico do instituto do tombamento a partir da influência da legislação de catalogação adotada por países europeus. É relevante destacar que as características escolhidas como parâmetros para reconhecimento dos bens a serem protegidos, inicialmente eram relacionados ao valor histórico e artístico do bem. Segundo Zandonade,

Buscava-se preservar bens portadores de relevância estética, capazes de tocar a sensibilidade artística (embora fossem assim considerados apenas os bens vinculados aos padrões renascentistas). Além deles, a proteção legal se estendia apenas aos bens que apresentassem valor informativo, a partir dos quais se pudesse desenvolver habilidades cognitivas – ou seja, aos bens de valor histórico. Assim, sobressaem claramente na legislação do período reflexos do ideário iluminista, já que a proteção jurídica se estendia unicamente a manifestações culturais de padrão erudito ou acadêmico, noção que é típica do denominado *Século das Luzes*.⁵⁸

Com o delineamento das bases de sistematização jurídica de instrumentos e órgãos estatais em prol da segurança dos bens materiais de valor cultural, os valores trazidos inicialmente eram de que o bem deveria estar ligado as expressões tal como “bens nacionais” e “patrimônio nacional”. Cabe agora investigar a evolução deste panorama no cenário brasileiro.

2.1 A proteção do patrimônio cultural brasileiro anterior ao Decreto – Lei n.º 25 de 1937

No Brasil, a proteção de bens revestidos de características culturais iniciou apenas a partir da terceira década do século XX.

Durante a fase colonial há um raro registro de preocupação dessa natureza, por parte de instâncias oficiais: a carta, datada de 5.04.1742, em que D. André de Melo Castro, Vice-Rei e Conde das Galveias admoesta o Governador de Pernambuco a não converter o Palácio das Duas Torres em quartel. Nessa carta o signatário argumenta que, sendo obra de Maurício de

⁵⁶ZANDONADE, Adriana. *Op. Cit.* p. 27.

⁵⁷Ibidem. p. 28.

⁵⁸Idem.

Nassau, o Palácio simbolizava o sucesso de Portugal na repressão da invasão holandesa, e que a medida em questão, ao destruí-lo arruinaria “também uma memória que mudamente estava recomendando à posteridade as ilustres e famosas ações que obraram os Portugueses na restauração dessa Capitania (...)⁵⁹

Após proclamada a Independência, as duas primeiras Constituições brasileiras apoiaram a tradicional concepção do direito de propriedade, o que inviabilizava o exercício efetivo de proteção ao patrimônio cultural que pudesse intervir na esfera jurídica de bens privados. Segundo José Afonso da Silva, “seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos”.⁶⁰

Em 1824, a Constituição Imperial garantiu em seu § 22 do artigo 179 o “direito de propriedade em toda sua plenitude”. Como hipótese extraordinária, permitia a desapropriação por meio de indenização prévia e estipulava que à lei caberia demarcar “os casos com que terá lugar esta única exceção”, bem como fixar “as regras para se determinar a indenização”.⁶¹

A inspiração liberal surgiu claramente a partir da Constituição de 1891, que também celebrizou o direito de propriedade segundo os cânones tradicionais. Em seu § 17 do artigo 72 determinava: “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia (...)”⁶² Esta mesma lei admitia “restrições estabelecidas por lei” em relação à exploração de minas, que desde então, passaram a pertencer ao dono do solo. Posteriormente, este dispositivo foi alterado.

Em relação à proteção do patrimônio cultural,

Ambas as Cartas silenciavam, a não ser pela regra contida no artigo 8º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891, que estipulava o seguinte: “O Governo Federal adquirirá para a Nação a casa em que faleceu o Dr. Benjamin Constant Botelho de Magalhães e nella mandará collocar uma lapide em homenagem à memoria do grande patriota – o Fundador da República.”⁶³

⁵⁹ Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN)/Fundação Nacional Pró-Memória (Pró - Memória), **Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: uma Trajetória**, Brasília, 1980, PP. 31- 32 (disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>, acesso em 21.06.2015.

⁶⁰ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 6ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p.70).

⁶¹ ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p.31.

⁶² Idem

⁶³ ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p.31.

Entre 1920 e 1930 houve tentativas de normatização no âmbito infraconstitucional em defesa do patrimônio cultural na esfera federal e, alguns Estados editaram leis que criaram seus próprios órgãos para conservação de bens móveis e imóveis de valor cultural.⁶⁴ Entretanto, nenhuma destas iniciativas conseguiu sucesso, eis que o direito de propriedade era a prioridade da Constituição de 1891, bem como ocorrera na Constituição de 1824.

Apesar da influência de sistematização trazida pela França, os projetos iniciais introduzidos no Brasil acerca do tombamento foram frustrados e é quando surgiram os primeiros projetos de lei⁶⁵ versando sobre o tema. Segundo Zandonade,

Apresentado em 1923 por Luiz Cedro, deputado pelo Estado de Pernambuco, previa a criação de um órgão central, de administração colegiada, denominado Inspetoria dos Monumentos Históricos dos Estados Unidos do Brasil e a proteção pretendia alcançar somente bens imóveis que se revestissem de interesse nacional. Dois anos depois, em 1925, Mello Vianna, Presidente de Minas Gerais, encaminhou ao Congresso Nacional um anteprojeto de lei voltado para a proteção do chamado patrimônio artístico, estendendo a tutela a bens móveis e imóveis⁶⁶

Deste último projeto de lei surgiu um fator interessante, que era a falta de instrumentos jurídicos que impedissem, ou pelo menos, fiscalizasse o comércio de antiguidades que ameaçava as cidades históricas mineiras.⁶⁷ De Um lado, a proteção a bens culturais e, de outro, interesses particulares e, Lins deixou claro que, defendia a admissão da imposição de restrições à propriedade privada em favor da coletividade e propôs o que chamava de “instrumentos dos povos civilizados”, os quais eram: a catalogação, direito de preferência e desapropriação.⁶⁸

⁶⁴ Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) /Fundação Nacional Pró-Memória (Pró - Memória), **Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: uma Trajetória**, *Op. Cit.*, PP. 9-11 (disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>, acesso em 21.06.2015.

⁶⁵ Luiz Cedro, “Projeto de Lei”, in Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) /Fundação Nacional Pró-Memória (Pró - Memória), **Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: uma Trajetória**, *Op. Cit.*, PP. 9-11 (disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>, acesso em 21.06.2015.

⁶⁶ ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p.32.

⁶⁷ Jair Lins, “Anteprojeto de lei federal”, in Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) /Fundação Nacional Pró-Memória (Pró - Memória), **Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: uma Trajetória**, *Op. Cit.*, PP. 9-11 (disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>, acesso em 21.06.2015.

⁶⁸ ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p.34.

Outros projetos de lei foram surgindo, porém, nota-se que, até o final da República Velha, o Brasil ainda não dispunha de legislação específica para a proteção de seu patrimônio cultural, com exceção de regras especiais, que eram concernentes à própria estrutura do Estado.⁶⁹ Segundo Paulo Bonavides “A mudança desse quadro somente se tornou possível a partir da Revolução de 1930, consolidando-se com a Constituição de 1934, a qual, suplantando o Estado Liberal clássico, fundou o Estado Social brasileiro.”⁷⁰

Com o Decreto 22.928 de 12 de julho de 1933 outorgou-se à cidade de Ouro Preto o título de “Monumento Nacional” e o Decreto 24.735, de 14 de julho de 1934 aprovou regulamento sobre o Museu Histórico Nacional, introduzindo no direito positivo brasileiro restrições que, mais tarde, viriam a integrar o regime jurídico do tombamento. E, no dia 16 de julho de 1934, finalmente, a nova Constituição foi promulgada e, de forma inédita, dedicou dois de seus títulos em especial aos temas “Ordem Econômica e Social” e da “Família, Educação e Cultura”, destacando a importância de valores coletivos.⁷¹ Destaca Zandonade,

A Carta de 1934 agregou novo elemento ao perfil do direito de propriedade, proibindo seu exercício contra o interesse social, na forma da lei. Assim, de um lado, a Carta de 1934 não se ateve a transmitir à lei a tarefa de definir o conteúdo do direito de propriedade, mas autorizou a instituição de limitações legais a fim de que o mesmo não fosse exercido contra o interesse social ou coletivo. De outro lado, não se pode deixar de considerar que, ao conferir ao estado a atribuição de proteger monumentos e objetos de valor histórico ou artístico, o texto constitucional acabou por distinguir como matéria de interesse público a tutela de tais elementos culturais.⁷²

Em suma, percebe-se que a Carta de 1934 determinou de maneira inequívoca a responsabilidade do Estado de atuar em defesa do patrimônio cultural, mas, fixou as bases para a criação de instrumentos jurídicos fixados ao cumprimento desta tarefa. A Carta de 1934 admitiu dignos de proteção apenas bens materiais que estivessem ligados a interesse de repercussão nacional, todavia, impôs condições

⁶⁹ É o caso do Decreto 15.596, de 02.08.1922, que criou o Museu Histórico Nacional, atribuindo-lhe as funções de reunir, conservar, classificar e expor os objetos de importância histórica encontrados em estabelecimentos oficiais, além daqueles obtidos por meio de compra, doação ou legado. (tradução livre de ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p.35).

⁷⁰ BONANIVES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**, 4ª Ed., Brasília, OAB Editora, 2002, p. 331.

⁷¹ Idem

⁷² ZANDONADE, Adriana. **O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**, *Op. cit.*, p.36.

jurídicas primordiais para fundamentar a construção de um sistema normativo em que proferissem instrumentos voltados à defesa do patrimônio cultural.⁷³

2.2 A introdução do tombamento no Direito Brasileiro por meio do Decreto - Lei n.º 25 de 1937

Um anteprojeto, criado por Mário de Andrade, elucidou as responsabilidades do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional⁷⁴, que exibia um conceito de patrimônio histórico e artístico nacional e sistematizava as obras de artes patrimoniais, além de reconhecer as artes ameríndias e populares tradicionais.⁷⁵ A ação do poeta modernista foi tida como ousada, pois, já visava o início de instrumentos jurídicos necessários de preservação do patrimônio histórico e artístico e, enxergava no patrimônio uma maneira de incluir a participação popular.⁷⁶ Em sequência,

A não receptividade de seus ideais fez gerar a necessidade de uma outra formulação que se espelhasse no governo vigente e na função social da propriedade a que se referia a Constituição da República de 1934. À frente do SPHAN, Rodrigo de Mello Franco propôs um projeto, baseado nas ideais do teórico do direito Jair Lins, que mais tarde redundou no Decreto – Lei n.º25, de 30 de novembro de 1937.⁷⁷

Percebe-se que o Decreto – Lei Federal n.º25 de 1937 destina-se a organizar “a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”, e o tombamento comedido por ele tem condição de instrumento central e dispõe à consumação desse dever.⁷⁸

Mesmo que editado sob império da Constituição de 1937, o Decreto – Lei Federal 25/37 é o diploma legislativo que rege o núcleo do regime jurídico do tombamento no Brasil e foi recepcionado pelos textos constitucionais posteriores.⁷⁹ Segundo ZANDONADE,

Ao entrar em vigor, uma nova Constituição geralmente preserva a legislação infraconstitucional existente que com ela se revele em harmonia. Há casos em que a permanência das leis anteriores resulta de disposição

⁷³ DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. *Op. Cit.* p. 70

⁷⁴ Segundo Rodrigo Vieira Costa: “o intelectual paulista em sua conceituação de patrimônio não previa o valor histórico, apenas o artístico, por isso propôs inicialmente o SPAN”. (COSTA, Rodrigo Vieira. **A dimensão constitucional do patrimônio cultural**, *Op. Cit.* 54).

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: Boletim de Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise. N.2. Fev./2001. Brasília: IPEA, 2001 **apud** COSTA, Vieira Rodrigo. **A dimensão constitucional do patrimônio cultural**. *Op. Cit.* 55.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ ZANDONADE, *Op. cit.*, p.39.

⁷⁹ *Ibidem*, p.40-41.

constitucional expressa, tal como ocorreu, por exemplo, com as Constituições brasileiras de 1891 (art.83), de 1934 (art.187) e de 1937 (art.183). Porém, como postula a doutrina, mesmo quando uma nova Carta silencia, idêntica solução se impõe, em regra.⁸⁰

Todavia, não se trata de preservar, inalteradas normas elaboradas com base em ordem constitucional antecedente – o que, sem dúvida, confrontaria com a supremacia da Constituição, na qual fixa o fundamento de validade de todas as outras normas que tecem um ordenamento.⁸¹

Como salienta Kelsen, recepção é produção de Direito. Ao discrepar sobre a superveniência de um novo texto fundamental como resultado de processos revolucionários, o autor destaca que,

Em regra, por ocasião de uma revolução destas, somente são anuladas a antiga Constituição e certas leis politicamente essenciais. Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como se costuma dizer, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente, pelo governo revolucionário. O que existe não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra (...)⁸²

Dessarte, mesmo que não se modifique o texto legal antigo, sua interpretação convém ser feita à luz do novo fundamento de validade:

Do mesmo texto, não só se poderá extrair norma de teor idêntico ao da norma vigente sob ordenamento anterior, como também não se afasta a possibilidade da obtenção de norma de conteúdo substancialmente diverso, como resultado de interpretação que se harmonize com os valores positivados na nova Constituição.⁸³

Em suma, o Decreto – Lei Federal n.º25/37 se manteve adaptável às Cartas de 1946 e de 1967, as quais, ao tempo em que consagravam a preservação da cultura como funcionamento de interesse público, aceitavam a intervenção do Estado na propriedade particular, tencionando o êxito de tal interesse.⁸⁴

Com a promulgação da Carta de 1988, hoje válida, o tema da preservação da cultura passou a ter tratamento minucioso, acompanhando as inovações e, com isso, a percepção do regime jurídico do tombamento, bem como se encontra em

⁸⁰ ZANDONADE, *Op. Cit.* p. 39.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, *Op. Cit.* p. 219.

⁸² KELSEN Hans, **Teoria Pura do Direito**, 3ª Ed., trad. De João Baptista Machado, revisão para a edição brasileira de Silvana Vieira, São Paulo, Martins Fontes, 1991, p.224.

⁸³ ZANDONADE, *ibidem*, p.43.

⁸⁴ ZANDONADE, *ibidem*, p. 45.

vigor no Direito Brasileiro, suplica vigilante exame do sistema traçado na Constituição Federal de 1988, atual matriz de legalidade do Decreto-Lei 25/37.⁸⁵

2.2.1 Conceito de tombamento

O tombamento é um procedimento administrativo que tem suas normas gerais estabelecidas em lei para que, no exercício da função administrativa, seja reconhecido o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens públicos ou privados merecedores de tutela especial.⁸⁶ No tombamento, o Estado reconhece que o bem é portador de valores culturais de referência ligados à memória, identidade e ação dos grupos formadores da sociedade brasileira, e, por isso, há necessidade da submissão desse bem a regras especiais de direito público (estabelecidas para um bem tombado).

Com o tombamento ocorre,

a declaração oficial de que o bem integra o patrimônio cultural brasileiro e com isso o Estado não somente torna de conhecimento público o valor cultural presente naquele bem, como também resguarda permanentemente a integridade dos elementos constitutivos do bem material, os quais devem ser cuidados e preservados, pelos seus proprietários e pelo Estado, para que possam ser conhecidos e fruídos pelas gerações presentes e futuras.⁸⁷

Desta forma, o tombamento é uma proteção formal do Poder Público ao bem cultural material, que pode ser de propriedade pública ou privada. É, portanto, uma dicção oficial da relevância do conteúdo cultural do bem, que gera obrigações aos seus possuidores e proprietários. Além disso, com o tombamento, o Poder Público concretiza ação integrante da política pública cultural, favorecendo a formação e manutenção do conjunto cultural brasileiro.⁸⁸

O tombamento tem como objetivo tutelar os bens culturais brasileiros e possui duas vertentes, sendo a primeira a de ser integrante da política pública cultural e a segunda de ser o instituto que possibilita a intervenção concreta do Estado na propriedade privada. O tombamento necessita de ser aplicado conforme as atualizações que o artigo 216 da Constituição Federal traz.⁸⁹

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Com base na definição de José Roberto Pimenta Oliveira, *Atividade Administrativa de Ordenação da Propriedade Privada e Tombamento: natureza jurídica e indenizabilidade*, p.216.

⁸⁷ SOARES. Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. *Op. Cit.*, p.293.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**, p.123

Observou Hely Lopes Meirelles que “o tombamento em si é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata da lei, que apenas estabelece as regras para a sua efetivação”.

No mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari afirma:

O tombamento de um determinado bem é uma atividade jurídica que se caracteriza por ser infralegal, concreta, imediata, ativa e parcial (no sentido de parte em uma relação jurídica), enquadrando-se, pois, perfeitamente na função administrativa e, portanto, na área de competência própria do Executivo.⁹⁰

Em suma, o tombamento está conformado na legislação brasileira como típico instrumento da ação administrativa do Estado.

2.3 O Supremo Tribunal Federal e o Decreto – Lei n.º 25 de 1937: o posicionamento restritivo

O problema desta pesquisa é a interpretação e aplicação errônea que se faz do patrimônio cultural brasileiro e da forma como o tombamento deve ser aplicado para sua efetiva preservação. O artigo 1º do Decreto – Lei Federal n.º25/1937 diz que

constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.⁹¹

Entretanto, o *caput* do artigo 216 da Constituição Federal traz um novo elemento ao patrimônio que confere a ideia de universalidade, é o “valor cultural”, então, não mais deve existir a ideia de “fatos memoráveis”:⁹²

Se, de um lado, a Constituição de 1988 preservou expressamente o tombamento como instrumento de tutela de bens culturais (art. 216, §1º), de outro lado, redefiniu, a partir de novos valores, a própria proteção do patrimônio cultural brasileiro. Desse modo, a compreensão do regime do tombamento, tal como se encontra hoje vigente no Brasil, não pode ser alcançada sem o exame dos valores fundamentais que, positivados nas normas constitucionais, sustentam o ordenamento jurídico da cultura.⁹³

⁹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. “Tombamento” in Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo (coords.), **Temas de Direito Urbanístico** 2, São Paulo, Ed. RT, 1991, p.15.

⁹¹ **Decreto-Lei n.º 25**. Brasília, 1937. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0025.htm>>. Acesso em 20 de abril de 2015.

⁹² ZANDONADE, Op. Cit., P.47

⁹³ ZANDONADE, Op. Cit., p. 47.

Ainda hoje encontra-se ainda no contexto constitucional da Carta de 1988, jurisprudência com ideias, por exemplo, de visibilidade atrelada exclusivamente à percepção estática, física, desconsiderando uma interpretação contextualizada,⁹⁴ acreditando-se que o Decreto – Lei n.º25/37 ainda deve vigor com o mesmo sentido que o inspirou: o tratamento de “valor excepcional” dado ao patrimônio.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª região se manifestou em voto do relator:

Todavia, a incidência da proibição contida no art. 18 do Dec. Lei 25 de 30 de novembro de 1937 (“Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto”) somente se legitima quando há prova de que a obra em construção IMPEDE ou REDUZ a VISIBILIDADE da COISA TOMBADA. Não foi produzida prova de que a edificação em causa importa no impedimento ou na redução da visibilidade do conjunto arquitetônico tombado.⁹⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª região liberou a construção de dois espigões no Centro Histórico da cidade de Recife, sob os seguintes argumentos:

Ainda que se dê ao vocábulo “vizinhança” um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer bem localizado nas proximidades da coisa tombada seja alcançado por aquele conceito e, em consequência, pelos efeitos do tombamento. A rigor, à falta de um dos pressupostos elencados no art.18 do Decreto-Lei n.º25 de 1937, qual seja, a constatação de que a obra não se situa nas cercanias da coisa tombada, restaria prejudicada a análise sobre a possível ocorrência de prejuízo à visibilidade. Em todo caso, porém, constatou-se que a construção em referência não apresentava qualquer dano à contemplação do acervo patrimonial dos bens tombados na região, sendo bastante evidente o fato de que eles já tinham sua visão reduzida em razão do próprio casario situado nas suas redondezas.⁹⁶

Somam-se a estes posicionamentos, dentre outros que também estão em desacordo com a jurisprudência que se espera frente à Constituição Federal de 1988, a restrita visão acerca da visibilidade, interpretação do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), tal como se demonstra:

⁹⁴ CUREAU, Sandra. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. n.206. fl.20.

⁹⁵ **Acórdão 94.01.16725-7/PA**. Rel. Juiz Leão Aparecido Alves. DJ 23/01/2002 (TRF 1) **apud** CUREAU, Sandra. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. n.206.

⁹⁶ **Acórdão 439086-3**, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria **apud** CUREAU, Sandra. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. n.206.

Ao reapreciar a questão, em sede de remessa oficial, houve por bem o TRF manter a decisão recorrida, com base na seguinte argumentação, in verbis: (...)

No que tange à segunda construção, em relação à qual o MM. Juiz a quo julgou improcedente o pedido, à consideração de que não impedia ou reduzia a visibilidade do casario do Pátio de São Pedro, tenho por irretorquível tal decisum, uma vez que comprovado por farta perícia, ao longo do processo, não ser esta construção empecilho à área tombada do Pátio de São Pedro, não impedindo ou reduzindo a visibilidade de seu casario (fl.231).⁹⁷

Percebe-se que ainda existe um conceito de tombamento, de visibilidade pouco associados à noção de coletividade, o que prejudica a harmonia do Decreto – Lei n.º25/37 coerente com a Carta Magna de 1988. O conceito de tombamento e da visibilidade aplicados a estas decisões, segundo a dimensão constitucional atual seria associada à noção de coletividade de forma a corroborar com a interpretação que se pretende seja feita ao Decreto – Lei n.º25/1937. Conforme Zandonade “com esse conteúdo, o direito de fruição também encontra amparo na Carta Federal de 1988, como uma das dimensões dos direitos culturais”.⁹⁸

⁹⁷ BRASIL. **Recurso Especial 90.423/PE**. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 06/12/2004 (STJ).

⁹⁸ ZANDONADE. *Op. Cit.*, p.63

3. A APLICAÇÃO DO TOMBAMENTO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de cultura. Ora, enquanto as Cartas de 1824 e 1891 omitiram o tema, os textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946 limitaram-se a atribuir ao Estado a responsabilidade em resguardar apenas alguns bens materiais – somente aqueles que representassem valor histórico, artístico ou paisagístico.⁹⁹ A Constituição de 1967 introduziu norma programática que declarou “amparo à cultura” como obrigação do Estado e acrescentou tutela a bens de valor arqueológico (artigo 172 da Carta de 1967).¹⁰⁰

Nota-se que, apesar do reconhecimento de proteção à cultura, também dado por meio da legislação infraconstitucional (Decreto – lei 25/37), foi a Constituição Federal de 1988 que destacou a importância do tombamento como instrumento protetivo do patrimônio cultural, delineando a nova estrutura jurídica de promoção e amparo cultural.¹⁰¹ A designação do tombamento no texto constitucional (artigo 216, §1º) reitera sua significância como instrumento protetivo. Neste sentido: “o dispositivo constitucional atualiza o instrumento”.¹⁰²

3.1 Os novos parâmetros adotados pela Constituição Federal de 1988 para aplicação do tombamento

Os requisitos que justificavam o tombamento antes da Constituição Federal de 1988 foram sucedidos por parâmetros mais objetivos. Requer-se, a partir de então, que o bem seja revestido de valor cultural, tenha referência à memória e identidade dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira, desviando a exigência de valor “excepcional” e feição “notável”.¹⁰³ Segundo Sônia Rabello,

A ideia de monumentalidade (...) não mais se encontra ligada, necessariamente, à grandeza física da obra ou sítio, mas à sua expressão como processo e resultado da formação e da expressão de saber cultural de um povo¹⁰⁴

⁹⁹ ZANDONADE, 2012, p. 46.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ SOARES, *Op. Cit.*, p. 292.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ ZANDONADE, 2012, p.215.

¹⁰⁴ CASTRO, Sônia Rabello. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento**, *Op. Cit.*, p.85.

A exigência de ser “fato memorável” não deve existir mais no contexto constitucional em que nos encontramos, uma vez que, esta característica estava, normalmente, em conformidade aos interesses de um governo ditatorial (Estado Novo), não necessariamente correspondendo aos interesses da população, cuja participação política era restrita naquela época.¹⁰⁵ Para Riccardo Mariani,

A interpretação ou valoração dos bens também é um exemplo da falta de adaptação dessa norma à nova ordem cultural, como pode ser constatado em relação ao “bem etnográfico”. Por exemplo, a etnografia é a descrição dos povos de baixa cultura, noção essa que não pode mais ser aplicada para conceber o conhecimento e a produção artística do povo, a denominada “arte popular” e o “folclore”, em contraposição pejorativa ao erudito e ao científico. Tal modo de ver o patrimônio cultural determinou que nos primeiros trinta anos de atuação do IPHAN, a ênfase protetiva recaísse sobre o patrimônio arquitetônico isolado, enquanto que o “popular” foi apenas considerado pitoresco e curioso, mas não artístico¹⁰⁶

3.2 A observância dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal para a aplicação do tombamento

Propõe-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao tombamento como meio de proteção ao patrimônio cultura resulte da interpretação de dispositivo constitucional e, não só do Decreto – Lei n.º25 de 1937, uma vez que, a Constituição Federal de 1988 já sintonizou a mudança paradigmática do sentido de proteção dos bens culturais em seus artigos 215 e 216. O artigo 216 vem estruturar o conceito amplo de bem cultural, referindo – se à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira.¹⁰⁷

As primeiras interpretações destes dispositivos constitucionais não se deram conta da mudança provocada pelo constituinte, acreditando-se que o Decreto – Lei 25 de 1937 continuara a vigor apenas com o mesmo sentido que a inspirara: o tratamento excepcional do valor do bem cultural.¹⁰⁸

3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206 no STF

Tendo ficado clara a nova interpretação dada ao conceito de patrimônio cultural e a forma como sugere ser aplicado o tombamento conforme as inovações

¹⁰⁵ DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. *Op. Cit.*, p.177.

¹⁰⁶ MARIANI, Riccardo. Patrick Geddes e a presença da História no projeto urbano. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, 2012, p. 92.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

que a Constituição Federal de 1988 trouxe, cabe reforçar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº206 ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pela Procuradora – Geral da República, Sandra Verônica Cureau.¹⁰⁹

A Procuradora ajuíza a ADPF no Supremo Tribunal Federal propondo uma interpretação jurisprudencial unívoca, conforme a Constituição de 1988, do artigo 1º do Decreto – Lei n.º25 de 1937 e indica como preceitos vulnerados os artigos 215 e 216 da Carta Magna de 1988. A Procuradora entende que as jurisprudências atuais estão em dissonância com a Constituição Federal de 1988 e propõe uma inovação na compreensão do Decreto – Lei n.º25 de 1937, com destino a englobar no enunciado da norma o conceito de bem cultural, em concordância com os artigos 215 e 216 da Constituição vigente.¹¹⁰ Segundo Sandra Cureau:

Desde a entrada em vigor do Decreto – Lei nº 35/37 até a promulgação da Constituição de 1988 permanecia ainda bastante arraigada uma noção de “bem patrimonial” vinculada apenas, ou com uma ênfase maior, à questão da excepcionalidade de seu valor intrínseco, estético, memorável ou notável. Nesse período dominava o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que um bem somente merecia proteção como elemento integrante do patrimônio histórico e artístico nacional se estivesse intimamente vinculado a fatos memoráveis da história do Brasil, ou que tivesse excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico, ou ainda, se se tratasse de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem.¹¹¹

Não questiona-se que o Decreto – Lei n.º25 de 1937 foi o marco legal que introduziu o tombamento no Brasil. Entretanto, gestado sob a proteção da Constituição de 1934 e promulgado na vigência da Carta de 1937, a interpretação que se faz do papel do tombamento na proteção do patrimônio precisa ser alterada, não mais acomodando-se com a percepção jurisprudencial de que somente são dignos de proteção patrimonial as paisagens notáveis e os bens atados a episódios memoráveis da história brasileira, de valor excepcional arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.¹¹²

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta toma como base o Conselho da Convenção Européia sobre o valor do patrimônio para a sociedade:

¹⁰⁹ ADPF n.º 206, *Op. cit.*, fl 1

¹¹⁰ *Ibidem*, fl. 3

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Ibidem*, fl 4.

Em que se fala de patrimônio cultural como um grupo de recursos adquiridos do passado, no qual as pessoas identificam, independentemente da titularidade, uma reflexão e expressão de seus valores envolvidos, crenças, conhecimentos e tradições, o que inclui todos os aspectos do ambiente resultantes da interação entre pessoas e lugares ao longo dos tempos.¹¹³

Nesta mesma linha de pensamento, a Carta de Veneza de 1964, advinda do Conselho Internacional de Monumentos e Sítios¹¹⁴:

Constituiu um marco para a preservação das áreas envoltórias dos monumentos, através da afirmação de que não englobam apenas as grandes criações, mas também as obras modestas, que, com o tempo, adquiriram significação cultural, afirmando: o monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que se situa.¹¹⁵

É mister, uma vez mais, lembrar que, o intuito é a interpretação e aplicação do tombamento, instituído pelo Decreto – Lei 25/1937, todavia, que haja compatibilidade deste com o texto constitucional vigente e, para isto, não requer a exclusão do ato normativo editado pelo poder competente.¹¹⁶ É certo que as jurisprudências sustentam a interpretação constitucional conforme o Decreto – Lei 25/1937. Este cenário vinculado a uma velha interpretação acerca da proteção ao patrimônio cultural torna-se natural a não evolução da essência do tombamento na direção do ideário de garantir o direito cultural de fruição. Para o Ministro Sepúlveda Pertence: “interpretação retrospectiva da Constituição, consistente em amoldar-se a Constituição nova aos assentamentos da ordem constitucional pretérita, de modo a que, não obstante a mudança, tudo continue como era”.¹¹⁷

¹¹³ Ibidem, fl 6.

¹¹⁴ Conselho Internacional de Monumentos e Sítios **apud** ADPF n°206, **ibidem**, fl. 7.

¹¹⁵ ADPF n°206, fl 7.

¹¹⁶ Ibidem, fl 8.

¹¹⁷ ADI n.º 123 – SC. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 12. 09. 1997 **apud** ADPF n.º 206 **ibidem**, fl 11.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim desta pesquisa, percebe-se de maneira muito clara que a Constituição da República Federativa de 1988 impôs paradigmas originais no tratamento da cultura e definiu o patrimônio cultural, partindo de uma visão antropológica que amplia o universo do objeto da tutela jurídica em relação ao próprio conteúdo da ação estatal nesse campo, evoluindo, enfim, o instituto do tombamento como meio de promoção e proteção da pluralidade dos bens culturais, não mais protegendo apenas os bens de “valor excepcional”.

O tombamento é importante meio de tutela de bens materiais portadores de valor cultural e, com a sua recepção pela Carta Magna de 1988, o instituto assume a característica de instrumento específico, que precisa ser aplicado no campo redesenhado pela Constituição em vigor. As jurisprudências apresentadas mostram que não há uma decisão unânime com intuito de aplicar o tombamento com suas características essenciais, como ele fora recepcionado pela ordem constitucional.

Em suma, deduz-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de patrimônio cultural, elevando-o a direito humano e fundamental e, com isso, o seu regime jurídico sofreu relevantes transformações que merecem ser observadas. O texto constitucional vigente redefiniu o âmbito de incidência típico do tombamento, em destaque no que tange aos seus respectivos objeto, processo de aplicação e pressupostos.

Por outro lado, a pesquisa não buscou defender que o Direito Cultural seja independente, pois, ele depende do Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, mas, o próprio conceito instituído a partir da Constituição Federal de 1988 deixa claro que o Direito Cultural pode ser um ramo autônomo e unificado do Direito, em torno de princípios como participação popular, pluralismo, direito à memória coletiva, atuação protetiva do Estado e outros.

Viu-se que o artigo 216 da Constituição Federal de 1988 prescreve o tombamento como mecanismo protetor e é preciso que o Poder Público e sociedade se mobilizem para coibir as agressões ao patrimônio cultural, uma vez que já está provada a sua relevância social para as presentes e futuras gerações.

Sugere-se que o tombamento permaneça observando o Decreto – Lei que o instituiu, pois, ele é constitucional, todavia, que a interpretação dele seja atualizada à luz da Constituição Federal de 1988, em virtude não apenas do tempo que possui, mas, devido à mudança de concepção de cultura, patrimônio cultural e pluralismo no Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

BALLART Joseph; TRESSERRAS, Jordi Juan i. **Gestión Del patrimônio cultural**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. n.206, Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3820983>>. Acesso em 30/02/2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 de abril de 2015.

_____. **Decreto-Lei n.º 25**. Brasília, 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0025.htm>>. Acesso em 20 de abril de 2015.

_____. **Constituição de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 de abril 2015.

CARTA de Veneza. Disponível em: <www.iphan.gov.br/legislac/cartaspatrimoniais/Veneza-64.htm>. Acesso em: 15 de abril 2015.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

COSTA, Rodrigo Vieira. **A dimensão Constitucional do Patrimônio Cultural**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. “Cultura e Patrimônio Cultural na Constituição da República de 1988 – a autonomia dos direitos culturais”. In: **Revista CPC**, n.6, p.21-46, maio 2008/outubro 2008.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DECLARAÇÃO de Sofia de 09 de outubro de 1996, elaborada durante a XI Assembleia Geral do ICOMOS. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Sofia%201996.pdf>>. Acesso em: 03 de março 2015.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

FRANÇA. Lei de 31 de dezembro de 1913. **Lei sobre Monumentos Históricos** (disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>, acesso em 22.04.2015).

FUNARI, Pedro Paulo. **Arqueologia**. São Paulo: Contexto, 2003.

_____; PELEGRINI, Sandra C. A. **Patrimônio histórico e cultural**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

GALLO, Max, **Revolução Francesa: o Povo e o Rei – 1774-1793**, trad. De Júlia da Rosa Simões, Porto Alegre, L&PM, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 3ª Ed., trad. De João Baptista Machado, revisão para a edição brasileira de Silvana Vieira, São Paulo, Martins Fontes, 1991,

LEMOS, Carlos A. C. **O que é patrimônio histórico**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

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

MARIANI, Riccardo. Patrick Geddes e a presença da História no projeto urbano. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. **Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. Direito urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. In: **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 151, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 6ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3. ed. ampl. e. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

Supremo Tribunal Judiciário. Recurso Especial n. 90423/PE. Relator. Min. João Otávio de Noronha. DJ: 06/12/2004. **JusBrasil**, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19346673/recurso-especial-resp-90423-pe-1996-0016340-5/relatorio-e-voto-19346675>>. Acesso em: 11/07/2015.

ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.