

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO. TOMBAMENTO PELA VIA JUDICIAL OU POR LEI.

*Roberto Brocanelli Corona**
*Naiara Souza Grossi***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Constituição Federal. Competência; 3. Tombamento. Etimologia e conceito; 4. Tombamento. Instituição por ato do Poder Executivo, por lei e por via judicial. 5. Considerações finais. 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo demonstra que a proteção do patrimônio cultural brasileiro pode ser exercido pelo Poder Público e pelo cidadão. O Tombamento é uma modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada, cuja competência foi atribuída ao Poder Público. No entanto, a Constituição Federal prevê como instrumento de tutela ao patrimônio a ação civil pública e ação popular. Além dessas duas espécies de ações, defendemos o cabimento do tombamento instituído por lei, porque não há vedação constitucional impedindo o tombamento diretamente lei federal, estadual e municipal.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção do patrimônio cultural brasileiro. exercício da cidadania. Tombamento. Instituição por ato do Poder Executivo, por lei e por via judicial.

ABSTRACT: The present paper demonstrates that the Brazilian Cultural Assets can be protected either by the Public Power or by the citizen. The Real Estate Lock Down is a kind of State intervention on private property, whose competence was attributed for Public Power. However, the Federal Constitution prescribes popular and public civil action as a cultural asset protection instrument. Beside these two kind of action, we defend that the Real State Lock Down is suitable by force of law, once there is no constitutional prohibition for that, either by federal, state or municipal law.

KEYWORDS: Protection of the Brazilian cultural patrimony. exercise of the citizenship. Falling. Institution for act of the Executive, law and for saw judicial.

1 INTRODUÇÃO

A tutela jurídica do patrimônio cultural foi introduzida no nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1934 e o conceito de patrimônio cultural estabelecido pelo art.1º do Decreto-Lei n. 25/37, que afirma constituir patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja do interesse público, quer por vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.¹

O constituinte de 1988 mostrou-se preocupado com a tutela do patrimônio cultural brasileiro e trouxe um conceito moderno e amplo de patrimônio cultural expresso no art. 216:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP; Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação do curso de Direito da UNESP.

** Graduada e Mestranda em Direito pela UNESP. Email: naiara.grossi@gmail.com

¹ Decreto-Lei n.25, de 30.11.37. Cf. o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional de MEIRELLES, Hely Lopes (2010). Direito administrativo brasileiro. 36 ed. São Paulo: Malheiros, p.606-607.

- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Dessa forma, quaisquer bens material ou imaterial, singulares ou coletivos, móveis ou imóveis, são incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou sociedade brasileira.

2 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA.

A Constituição Federal estabelece, no art. 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural;

A competência mencionada no artigo e incisos acima diz respeito às pessoas jurídicas de direito público encarregadas da proteção e conservação do patrimônio cultural.

O art. 24, incisos VII e VIII, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

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

Em decorrência da norma contida no artigo acima e de maneira diversa do art. 23, o dispositivo trata da competência legislativa restrita à União, aos Estados e ao Distrito Federal, deixando o município com uma limitação legislativa, devendo este utilizar os instrumentos de proteção encartados na legislação federal e estadual.²

A limitação estabelecida pelo art. 24 permite ao município legislar, de forma suplementar, a legislação federal e estadual no que couber e sobre assuntos de caráter local, consoante o disposto no art. 30, incisos I e II.

3 – TOMBAMENTO. ETIMOLOGIA E CONCEITO.

A palavra tombamento originou-se do verbo tombar, que no direito português tem o sentido de registrar, inventariar, arrolar e inscrever bens. O inventário era inscrito

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. (2005) Curso de direito ambiental brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, p.225; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (2010). Direito administrativo. 23 ed. São Paulo: Atlas, p.137 e ss, para a autora aos Municípios foi dada a atribuição de “promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30, inciso IX). Vale dizer que eles não têm competência legislativa nessa matéria, mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual. Cf. MILARÉ, Edis. (2006). Direito do Ambiente. 4 ed. São Paulo: RT, p. 403. SILVA, José Afonso. (1994). Direito ambiental constitucional. São Paulo: RT, p.53.

em livro próprio que era guardado na Torre do Tombo. O termo passou a ser utilizado no direito brasileiro no sentido de bens registrados e tutelados pelo Poder Público.³

Ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto que tombamento “é uma intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico”.⁴

O tombamento é uma das modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada, pois temos no direito brasileiro as limitações administrativas, a ocupação temporária, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios.

No entanto, não podemos esquecer que o tombamento poderá incidir também sobre os bens públicos, tombamento de ofício, que nos termos do art. 5º do Decreto-Lei n. 25/37 se fará de ofício, por ordem do Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.⁵

4 – TOMBAMENTO. INSTITUIÇÃO POR ATO DO PODER EXECUTIVO, POR LEI E POR VIA JUDICIAL.

Instituição por ato do Poder Executivo

O tombamento é um dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural, histórico e artístico. A competência para determinar o tombamento foi atribuída pelo constituinte ao **Poder Público**, mas as entidades estatais devem opinar sobre o tombamento de bens em seu território.

Na esfera federal, o tombamento pode ser feito pela União por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan. No âmbito estadual e municipal essa atribuição pode ser do respectivo órgão criado para essa finalidade ou pelas administrações estadual e municipal, utilizando leis específicas ou a legislação federal. No Estado de São Paulo, essa atribuição é do Condephaat – Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico.

O tombamento é procedimento administrativo composto de uma série de atos preparatórios que resulta no ato final que determina a inscrição do bem num dos Livros do Tombo, do qual constará a sujeição a restrições parciais decorrentes do tombamento. O procedimento varia de acordo com a modalidade de tombamento.⁶

São modalidades de tombamento:⁷

³ MEIRELLES, op.cit. p. 606. nota 82.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (1998). Curso de direito administrativo. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.318. Cf. também, MEIRELLES, op.cit. p.606; DI PIETRO, op. cit., p.138/139; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (2000). Direito ambiental brasileiro. 8 ed. São Paulo: Malheiros, p. 799/800.

⁵ Pode haver outro órgão preservação na esfera estadual ou municipal. Hoje a ordem descrita no art. 5º do Decreto-Lei n.25/37 é emanada pelo presidente do IBPC – Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural.

⁶ MEIRELLES, op.cit., p. 607; DI PIETRO, op.cit., 139.

O art. 4º do Decreto-Lei n.25/37 dispõe: “O serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros de Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art.1º desta lei, a saber: 1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnológico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnológica, ameríndia e popular, e bem assim, as mencionadas no § 2º do citado art.1º; 2) no Livro de Tombo Histórico e as cousas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3) no Livro de Tombo das Belas Artes, as cousas de arte erudita nacional ou estrangeira; 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas nacionais ou estrangeiras.

⁷ Cf. arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º do Decreto-Lei n.25/37.

- a) quanto ao procedimento ou à constituição: de ofício, voluntário e compulsório;
- b) quanto à eficácia: provisório ou definitivo
- c) quanto aos destinatários: individual ou geral.

a) quanto ao procedimento ou à constituição: de ofício, voluntário e compulsório;

Salientamos que o tombamento pode incidir sobre bens públicos e particulares. O tombamento de ofício incide sobre bens públicos conforme previsto no art. 5º do Decreto-Lei n. 25/37, processa-se mediante ofício à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos. O bem pode pertencer à União, ao Estado ou ao Município e, com o recebimento da notificação, a medida começa a produzir efeitos. Não há contraditório, nem defesa da entidade notificada, nessa modalidade de tombamento.

O tombamento voluntário e compulsório tem como objetivo tomar bens particulares.

O voluntário, segundo o art. 7º, pode ocorrer de dois modos:

- a) Primeiro: o proprietário pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para construir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do órgão competente;
- b) Segundo: o proprietário vier a anuir, por escrito, à notificação que se lhe fizer o órgão competente.

O compulsório terá lugar sempre que o proprietário se recusar a anuir, por escrito, à notificação do tombamento ou apresentar impugnação.

b) quanto à eficácia: provisório ou definitivo

O tombamento voluntário e compulsório pode ser provisório ou definitivo, de acordo com o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição no competente Livro de Tombo.

O tombamento provisório se dá com a notificação do proprietário, produz os mesmos efeitos que o definitivo, salvo quanto à transcrição no Registro de Imóveis, somente exigível para o tombamento definitivo.

c) quanto aos destinatários: individual ou geral

O tombamento será individual quando atingir bem determinado, e geral quando atingir bens de uma determinada área, como um bairro ou até uma cidade.

A via regular do tombamento é instituída por ato do Poder Executivo, no entanto não significa a inexistência de outros modos de instituição, como demonstraremos adiante.

Instituição por lei

O tombamento também pode ser instituído por lei e por via judicial. Esta última, por intermédio das ações coletivas.

Os doutrinadores de direito administrativo sustentam que o tombamento é ato exclusivo administrativo. Argumentam, também, que o tombamento efetuado por lei

não dá oportunidade ao contraditório e não possui parecer de órgão técnico, procedimentos não condizentes com um processo legislativo.

No entanto, os argumentos apresentados não são suficientes para nos levar a um entendimento de que o tombamento não possa ser efetuado por lei.

Em primeiro lugar não podemos perder de vista que inúmeros municípios não possuem órgão de preservação do patrimônio cultural. Em virtude dessa peculiaridade, o Poder Legislativo local poderá determinar por lei específica a preservação de um bem, justificando, de forma clara e precisa, os motivos determinantes de sua efetivação.

Por outro lado, se a lei determinar o tombamento do bem particular, cabe ao proprietário do bem tombado por ela recorrer ao chefe do Poder Executivo, demonstrando, de forma justificada e fundamentada, as razões para que o bem não seja tombado.

Pelos argumentos expendidos, salvo melhor juízo, parece-nos cabível o tombamento instituído por lei, pois não há vedação constitucional de que o tombamento não possa ser realizado diretamente por ato do legislativo federal, estadual e municipal. Além disso, o tombamento instituído por lei somente pode ser desfeito por meio de ato do Poder Legislativo.⁸

Podemos citar como exemplo a cidade de Ouro Preto, que foi reconhecida como monumento nacional pelo Decreto 22.928, de 12.07.1933.⁹

Cabe destacar que o cidadão pode no exercício da sua cidadania ter a iniciativa das leis complementares e ordinárias a nível estadual, bem como a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos no art. 24 da Constituição Estadual de São Paulo e, a nível municipal, a qualquer vereador, às Comissões da Câmara, ao Prefeito e aos cidadãos, como dispõe o art. 69 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro que estabelece: “A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, nos casos e na forma prevista nesta Lei Orgânica”.

Destacamos, também, que um projeto de iniciativa popular de acordo com a Constituição Federal precisa receber a assinatura de pelo menos 1% dos eleitores brasileiros – cerca de 1,4 milhão de assinaturas – distribuídos pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada estado. Para a Sociedade Civil Organizada fazer uma lei municipal por meio de iniciativa popular é preciso coletar 5% de votos do eleitorado, como exemplos destacamos a Lei Orgânica do Município de Curitiba em seus artigos 7 e 55 e art.80 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

Instituição por via judicial

O tombamento, normalmente, ocorre por ato do Poder Executivo e é rara a hipótese de sua instituição por lei. No entanto, além das duas formas de instituição do tombamento que abordamos, o tombamento pode também ocorrer por via judicial, pois o reconhecimento de que determinado bem possui valor cultural, histórico e artístico não fica a cargo somente do legislativo e do executivo.

As ações coletivas, a ação civil pública e ação popular são instrumentos hábeis para tutelar a preservação e proteção do patrimônio cultural, tombado ou não tombado.

⁸ MACHADO, op.cit., p. 824/825; FIORILLO, op.cit., p. 227.

⁹ Cf. MILARÉ, op.cit., p. 411.

Com o tombamento há o reconhecimento do valor cultural de determinado bem, constituindo limitações ao uso e propriedade do bem, uma proteção administrativa especial.¹⁰

A ação popular tradicionalmente era destinada a anular atos lesivos ao patrimônio público e, com a modificação do parágrafo primeiro da Lei de Ação Popular, a partir da Lei 6.513, de 20 de dezembro de 1977, incluindo o conceito de patrimônio público, a referida ação teve seus horizontes ampliados, conforme se verifica no art. 5º inciso LXXIII.¹¹ A Constituição de 1988 abandona o velho conceito de *cidadania ativa* e *passiva*, incorporando em seu texto a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993.

Com o advento da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, além de a própria Constituição Federal de 1988 prever que as referidas ações são cabíveis como instrumentos de tutela de preservação e proteção do patrimônio histórico, elas também servem como instrumentos hábeis para exigir o tombamento do bem, suprindo a omissão do Poder Executivo e do Legislativo no que se refere às medidas necessárias para o tombamento do bem que deva ser protegido, em virtude de seu valor cultural e histórico. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a Constituição Federal prevê como instrumentos de tutela do patrimônio histórico e artístico a ação civil pública e a ação popular. Quanto à indagação de que as mencionadas ações exigem prévio tombamento do bem, a resposta é afirmativa consoante o disposto no Decreto-lei n. 25, art. 1º, § 1º: “Os bens a que se refere o presente artigo só poderão ser considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro, depois de inscrito separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei”. Afirma, finalmente, que estes instrumentos processuais são mais úteis como modos de proteção precisamente dos bens ainda não tombados, pois, em relação a estes, as restrições e a fiscalização a que se sujeitam têm por finalidade dar-lhes a adequada tutela.¹²

Edis Milaré salienta que o reconhecimento de que determinado bem tem valor cultural não é privativo do Poder Legislativo e Executivo, podendo também ser determinado pelo Poder Judiciário. Sustenta que essa linha preconizada pela ação civil pública torna possível a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro por meio de decisão judicial, independentemente do critério administrativo.¹³

Celso Fiorillo justifica o cabimento do tombamento por via jurisdicional argumentando que inexistente impedimento constitucional e que na verdade o art. 216 da Constituição Federal determina que a comunidade deve colaborar na preservação e proteção do bem cultural. Sustenta, ainda, que uma das formas que pode ser utilizada é a ação coletiva, inclusive de natureza mandamental, de modo que o juiz expeça uma ordem determinando que seja tombado um bem cultural e inscrito no Livro do Tombo. Se assim ocorrer, o tombamento deu-se por via judicial.¹⁴

¹⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. (2010) A defesa dos interesses difusos em juízo. 23 ed. São Paulo: Saraiva, p. 231. Cf. MANCUSO, Rodolfo Camargo. (2002). Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 8 ed. São Paulo: RT.

¹¹ Constituição Federal. Art. 5º, LXXIII : "qualquer *cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

¹² DI PIETRO, op.cit., p. 138/139.

¹³ MILARÉ, op.cit., p. 411/412

¹⁴ FIORILLO, op.cit., p. 227/228. No mesmo sentido, confira; MEIRELLES, op. cit., 606.

Acrescenta o autor que a via jurisdicional somente será apta a alcançar a medida se o ato final do registro for efetivado, pois o conceito de tombamento tem por conteúdo a inscrição no respectivo Livro do Tombo e é necessário o pedido de registro na ação interposta, senão ocorrerá proteção do bem cultural em respeito à coisa julgada *erga omnes*, porque sem o pedido de registro no Livro de Tombo não há tombamento.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O tombamento é uma proteção administrativa especial do bem móvel ou imóvel, constituindo limitação ao uso e à propriedade deles e pode incidir sobre bens públicos e particulares.

Pode ser instituído por ato do Poder Público, por lei e por via judicial. Por Lei parece-nos cabível porque não há vedação constitucional de que o tombamento não possa ser realizado diretamente por ato do legislativo federal, estadual e municipal. Além disso, o tombamento instituído por lei somente pode ser desfeito por meio de ato do Poder Legislativo. Nesta última, que é a via judicial por intermédio das ações coletivas, ação civil pública e ação popular.

Na ação popular a legitimidade é conferida somente ao cidadão eleitor, que de certo modo vem compensada com a legitimação ampla, de tipo concorrente-disjuntiva, para a ação civil pública, cuja lei em seu art. 1º, invoca a ação popular, ambas se prestam à tutela dos interesses metaindividuais e são instrumentos hábeis tanto para preservar o patrimônio cultural, histórico e cultural como para instituir o tombamento por via judicial, de modo que o Judiciário expeça ordem determinando que o bem seja tombado por inscrição no seu respectivo livro de tomo como bem cultural, por consequência, protegendo o bem.¹⁵

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8 ed. São Paulo: RT, 2002.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4 ed. São Paulo: RT, 2006.

¹⁵ Em sentido contrário destacamos o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 23 de abril de 1985, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, publicado na RTJSP 96/35 que julgou inadmissível ação popular visando compelir a Administração à realização de tombamento de bens de valor artístico de propriedade de particulares. O julgamento teve a participação dos SRs. Des. Flávio Pinheiro (Pres., sem voto), Rodrigues Porto e Yussef Cahali, com votos vencedores.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: RT, 1994.