

111 - 144
Artigo

**A AMPLA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO
HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL
POR MEIO DO TOMBAMENTO**

GUILHERME ROSA PINHO

A AMPLA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL POR MEIO DO TOMBAMENTO

THE AMPLE PROTECTION OF NATIONAL HISTORICAL AND ARTISTIC HERITAGE
THROUGH NATIONAL MONUMENT PROCLAMATION

GUILHERME ROSA PINHO

Doutor em Direito
Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
guilherme.rosa@tre-mg.jus.br

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 prevê ampla proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, parcela significativa do patrimônio cultural brasileiro, inclusive por meio de medidas de acautelamento (art. 216, §1º). O diploma que disciplina o instituto do tombamento, Decreto-lei 25/37, assim como outras leis que regulamentam institutos protetivos, estabelece um procedimento prévio de reconhecimento como requisito para a preservação. A necessidade deste procedimento produz um efeito antiprotetivo, isto é, diante do risco de um bem ser tombado, por exemplo, o seu detentor cuida de modificá-lo ou destruí-lo. Este artigo objetiva sugerir medidas para enfrentar e prevenir o efeito antiprotetivo gerado pela legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Tombamento. Efeito antiprotetivo. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: Brazilian Constitution of 1988 provides ample protection of national historical and artistic monuments, significant part of Brazilian cultural heritage, including through cautionary measures (art. 216, §1º). The legislation that rules national monument proclamation, Decree-law 25/37, as well as other laws that discipline protective institutes, establishes a previous proceeding as condition for preservation of national historical and artistic monuments. This previous proceeding produces an anti-protective effect because owners usually destroy or modify the aspect of property when faced with the risk of having it proclaimed as national monument. This paper aims to suggest measures to face and avoid anti-protective effect generated by Brazilian legislation.

KEYWORDS: National monument proclamation. Anti-protective effect. Brazilian Constitution of 1988.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de patrimônio histórico e artístico nacional. 2.1. Conceito legal. 2.2. Conceito constitucional. 2.3. Categorias de patrimônio protegido. 2.4. O patrimônio histórico e artístico nacional e outras leis. 3. Tipos de tombamento. 4. Efeitos do tombamento. 4.1. Restrições sobre bem tombado. 4.2. Outras medidas de proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional previstas no Decreto-lei 25/37. 5. Ampliação da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional. 5.1. Tombamento automático. 5.2. Tombamento retroativo. 5.3. Tombamento por réplica. 6. Tutela judicial do patrimônio histórico e artístico. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Minas Gerais tem posição de destaque na história da proteção do patrimônio cultural brasileiro. A famosa viagem desbravadora dos intelectuais modernistas, em abril de 1924, ao interior de Minas Gerais, resultou na elaboração por Blaise Cendrars da minuta do estatuto da Sociedade dos Amigos dos Monumentos Históricos do Brasil (Telles, 2009).

Fabiana Santos Dantas (2013, p. 225) afirma que os modernistas encontraram nas cidades coloniais mineiras, e em seu patrimônio edificado, as raízes brasileiras, e que a primeira norma federal posterior à Revolução de 1930 sobre o patrimônio cultural foi o Decreto 22.928/1993, que declarou Ouro Preto monumento nacional.

Atualmente, nas localidades onde o patrimônio histórico e artístico nacional é protegido, são frequentes reclamações de proprietários e administradores sobre a falta de apoio governamental e o excesso de burocracia para restauração dos bens.

Por outro lado, em cidades do interior do país, longe de grandes centros urbanos, é comum encontrar edificações sendo destruídas ou passando por intervenções, denominadas de “reformas”, que resultam na descaracterização de sua feição original.

Tais edificações, fortes candidatas a patrimônio histórico, aparentemente sofrem deformações propositais. O intuito das intervenções, ao que tudo indica, é evitar que o bem se torne patrimônio protegido.

Desta forma, não existem escrúpulos em se fazer um altar moderno em uma igreja de estilo colonial, ou em se instalar aparelhos de ar-condicionado que prejudicam a estética de templos centenários. E quanto mais o tempo passa e o edifício se torna mais antigo, mais forte parece ser o desejo de demoli-lo ou modificá-lo.

Nota-se, deste modo, um efeito antiprotetivo na legislação brasileira. Diante do risco de sofrer restrições em seu bem, os proprietários procuram demolir ou descaracterizá-lo antes que surja interesse em sua proteção. Com isto, impede-se ou, no mínimo, dificulta-se, a formação de novos patrimônios históricos ou artísticos a preservar.

A principal norma infraconstitucional protetiva é o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que disciplina o tombamento¹. Antes de sua edição, existiram os seguintes projetos:

o projeto do deputado Luis Cedro (1923); o esboço de anteprojeto de lei federal elaborado por Jair Lins (1924); o projeto do Deputado José Wanderley de Araújo Pinho (1930) e o anteprojeto de Mário de Andrade (1936), além da minuta do estatuto da Sociedade dos Amigos dos Monumentos Históricos do Brasil, formulada por Blaise Cendrars em 1924 (Telles, 2009).

O projeto de Luis Cedro contribuiu com a fundamentação do tripé histórico-artístico-nacional na qual se embasa a política brasileira de proteção; já o anteprojeto de Mário de Andrade, enriquecido pelos debates dos projetos anteriores, teve sua votação no Congresso Nacional interrompida pela instalação do Estado Novo: dele, de forma mais próxima, surgiu, com algumas alterações, o Decreto-lei 25/37, sobre o qual hoje pairam reflexões sobre sua desatualização tanto conceitual quanto jurídica (Telles, 2009).

Este artigo destina-se a enfrentar o efeito antiprotetivo da legislação brasileira, com o objetivo de encontrar novas maneiras de proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, especialmente através de uma compreensão renovada acerca do instituto do tombamento.

Para esta finalidade, apresenta-se a disciplina do tombamento presente no Decreto-lei 25/37, especialmente no que diz respeito ao conceito de patrimônio histórico e artístico nacional, os

1 O Tombamento, nas palavras de Fernanda Schmitt, é tema “pouco difundido e muito temido” (Schmitt, 2012).

tipos e os efeitos do tombamento, e outras medidas protetivas previstas no mencionado decreto-lei. Além disto, analisa-se o regramento da Constituição Federal de 1988 e de outras leis sobre o assunto, para, a seguir, serem propostas soluções contra o efeito antiprotetivo acima identificado. Por fim, dá-se destaque à via jurisdicional como importante mecanismo para a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

2. Conceito de patrimônio histórico e artístico nacional

2.1 Conceito legal

O artigo 1º do Decreto-lei 25 de 1937 definiu o patrimônio histórico e artístico nacional. Tratou de instituir uma categoria diferenciada de patrimônio, que não é necessariamente sinônima de patrimônio público, mas que é protegida como ele. Este patrimônio nacional pode ser propriedade de pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas (art. 2º).

O patrimônio histórico e artístico nacional é formado pelo conjunto de bens móveis ou imóveis existentes no país cuja conservação seja do interesse público. O interesse público na conservação se deve à vinculação de referidos bens a fatos memoráveis da história do Brasil ou ao excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Esta definição merece algumas observações:

- a) *existentes no país*: existente no país significa que o bem se encontra no território nacional, pouco importando a origem. Se o bem foi fabricado no exterior, mas sua conservação é de interesse público, ele pode compor o patrimônio histórico e artístico nacional se estiver em solo brasileiro.

Assim, afasta-se qualquer dúvida que poderia surgir em razão do qualificativo ‘nacional’. Não é porque o bem seja de origem es-

trangeira que sua conservação deixa de ser do interesse público; nem o fato de o patrimônio ser nacional impõe que o bem seja de origem nacional.

O artigo 3º do Decreto-lei 25/37² exclui algumas obras de origem estrangeira situadas em território brasileiro do patrimônio histórico e artístico nacional. São exceções bastante lógicas.

b) *vinculados a fato memorável da história do Brasil*: fato memorável é o acontecimento digno de ser lembrado, recordado. Este conceito é muito fluido, instável: o que merece ser lembrado hoje pode deixar de ser no futuro, ou vice-versa. Um fato que hoje é completamente ignorado pode ganhar notoriedade no futuro, quando o bem já tiver sido destruído etc.

Gera insegurança este critério, porque, à medida em que pesquisas históricas são realizadas, novos fatos memoráveis da história do Brasil, até então desconhecidos, são descobertos. O referencial para a produção historiográfica pode mudar. Hoje, por exemplo, não só os feitos da elite e dos poderosos importam, mas também o estilo de vida do povo, o cotidiano dos simples, são fatos memoráveis da história do Brasil.

Segundo Edis Milaré (2000, p. 184), a Constituição Federal de 1988 abraçou os conceitos mais modernos sobre o assunto, prescrevendo que o patrimônio cultural não se constitui somente de bens eruditos e excepcionais. “Desaparece, enfim, o antigo conceito de que os valores culturais a serem preservados eram apenas aqueles das elites sociais, necessariamente consagrados pelo ato de tombamento, como ocorria no direito anterior” (Milaré, 2000, p. 184).

2 “Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira: 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos. Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”.

c) *excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico*: outro fator de insegurança é o conceito de *excepcional valor*. É uma noção que varia ao longo do tempo. Por exemplo, edificações arquitetonicamente comuns tornam-se raras à medida em que suas similares são demolidas e substituídas por outras.

Excepcional é o que se destaca como uma exceção, portanto incomum. Quando se fala de arte, ou arqueologia, por exemplo, todo objeto tem sua peculiaridade, seu valor individual. Numa interpretação ampla, todo bem neste contexto tem excepcional valor³.

d) *só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo*⁴: isto significa que, mesmo havendo interesse público na conservação, o bem somente será protegido após o tombamento.

É sabido que, quando a conservação de algum bem, sobretudo edificações, torna-se de interesse público, o proprietário busca sua descaracterização ou demolição, a fim de evitar o tombamento. Este é o efeito antiprotetivo do tombamento. Ele faz com que não surjam novos bens no patrimônio histórico e artístico nacional.

e) *patrimônio histórico e artístico nacional por equiparação*: o §2º do art. 1º do Decreto-lei 25/37 estabelece que também se sujei-

3 “Destarte, não se discute mais se o patrimônio cultural constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou também daqueles de valor documental cotidiano; se inclui monumentos individualizados ou também conjuntos; se dele faz parte tão-só a arte erudita ou também a popular; se contém apenas bens produzidos pela mão do homem ou também os naturais; se esses bens naturais envolvem somente aqueles de excepcional valor paisagístico ou, inclusive, ecossistemas; se abrange bens tangíveis e intangíveis. Todos esses bens estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou da sociedade brasileiras, nos exatos termos constitucionais” (Milaré, 2000, p. 185).

4 “Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber: 1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º. 2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira; 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras. § 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes. § 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.”

tam a tombamento os monumentos naturais, os sítios e paisagens que se devem conservar e proteger por conta da *feição notável* com que tenham sido dotados pela natureza ou pelo ser humano. Estes bens são os que possuem, no sistema jurídico brasileiro, mais meios de proteção, em razão da especial atenção que atualmente o meio ambiente tem recebido.

De fato, por meio da teoria do diálogo das fontes⁵, é possível que normas protetivas do meio ambiente natural sejam utilizadas na proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Aliás, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que se ocupa dos crimes ambientais, prevê nos artigos 62 a 65, crimes contra o patrimônio cultural.

A aplicação de normas protetivas do meio ambiente ao patrimônio histórico e artístico é corroborada pelo conceito jurídico de meio ambiente⁶. Celso Antônio Pacheco Fiorillo informa que

[...] o meio ambiente possui, pelo próprio conceito desenvolvido na Lei 6.938/81, integrado ao art. 225 da Constituição Federal, uma conotação multifacetária, porquanto o objeto de proteção verifica-se em pelo menos quatro aspectos distintos (meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho), os quais preenchem o conceito da sadia qualidade de vida.

Ao se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo (Fiorillo, 2001, p. 179)

5 “A primeira justificativa que pode surgir para a sua aplicação do diálogo das fontes refere-se à sua funcionalidade. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um *Big Bang legislativo* como já denominou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desorientado. O *diálogo das fontes* serve como leme nessa tempestade de complexidade” (Tartuce, 2007, p. 85-86).

6 “A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração do seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo” (Milaré, 2000, p. 183).

Também Luís Paulo Sirvinskas (2002, p. 25) explica que o meio ambiente cultural “integra os bens de natureza material e imaterial, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (arts. 215 e 216 da CF)”.

A partir do conceito, portanto, de meio ambiente cultural, o patrimônio histórico e artístico se abriga sob o manto protetor do arcabouço jurídico de todo o Direito Ambiental, ressalvadas, naturalmente, as adaptações que precisam ser feitas em alguns institutos por conta das especificidades dos bens e valores históricos e artísticos.

Caberia até mesmo discutir, o que não é o objetivo deste trabalho, se haveria um Direito Cultural como ramo autônomo da ciência jurídica, ou se ele é apenas um capítulo do Direito Ambiental ou do Direito Administrativo.

2.2 Conceito constitucional

A primeira referência no texto constitucional ao patrimônio histórico e cultural encontra-se no art. 5º, inciso LXXIII, que prevê a ação popular. Nota-se uma primeira diferença em relação ao Decreto-lei 25/37: a Constituição Federal de 1988 (CF/88) aborda patrimônio histórico e cultural, e não mais patrimônio histórico e artístico nacional. Esta previsão constitucional apresenta patrimônio histórico como categoria distinta de patrimônio cultural.

O artigo 20 da CF/88 declara que são bens da União Federal as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos. Como bens públicos, estes lugares, e os bens neles encontrados, serão tombados de ofício.

Na repartição de competências legislativas (art. 24), a Constituição incumbiu concorrentemente à União, Estados e Distrito

Federal, legislar sobre: “VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;” e “VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”. Este último inciso complementa o §4º do art. 216 (“Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”).

Em matéria administrativa⁷, os Municípios foram incluídos no dever de proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural (artigos 23 e 30 da CF/88).

O citado art. 24, no inciso VII, diferencia patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. O inciso VIII do mesmo artigo, valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Os incisos III e IV do art. 23, CF/88, discriminam valor histórico, artístico e cultural, e o inciso IX do art. 30, CF/88, patrimônio histórico-cultural.

A distinção entre estas categorias não é fácil porque, muitas vezes, elas se sobrepõem. O art. 216⁸ da CF/88, por exemplo, ao conceituar patrimônio cultural brasileiro refere-se a valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Na verdade, a Constituição ora diferencia, ora sobrepõe ou identifica estes conceitos, almejando a um conceito abrangente.

Já em âmbito infraconstitucional, além do Decreto-lei 25/37, existe um certo número de leis que protegem bens e valores específicos,

7 Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1999, p. 234) destacam que “na tutela jurídica da competência material e legislativa, a CF, evidenciou de forma clara a sua preocupação com o meio ambiente cultural ao dar necessária amplitude de tratamento ao tema. Aliás, nem poderia ser diferente face a dimensão continental do nosso País, verdadeiro repositório de múltiplos aspectos culturais, que merecem uma atenção específica do Poder Público em todas as suas esferas, justamente para que se consiga trazer efetividade na conservação do nosso patrimônio cultural”.

8 “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro 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, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; 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”.

o que demonstra o caráter fragmentário da proteção que consiste na seleção de apenas alguns bens e valores para proteger.

A sobreposição de conceitos, que também ocorre em nível infra-constitucional, gera sobreposição de meios protetivos. Isto, associado ao caráter fragmentário da proteção, faz com que alguns bens e valores sejam superprotegidos, enquanto outros não tenham proteção alguma.

O patrimônio histórico e artístico nacional carece de uma legislação abrangente que o proteja como um todo. É preciso haver uma consolidação da multiplicidade de leis, ou a edição de uma só lei. Está evidente a necessidade de se passar do modelo de proteção fragmentário, insuficiente e deficitário, para um modelo de proteção global tal como desejado pelo constituinte.

2.3 Categorias de patrimônio protegido

a) *histórico*: bem ou valor vinculado a fato(s) memorável(is) da história do Brasil, o que, na prática, significa qualquer bem notável pela sua antiguidade, isto é, que tenha sobrevivido ao decurso do tempo, conforme explicado anteriormente.

b) *artístico*: bens que não são fabricados em linhas de produção, mas com arte, isto é, contendo traços de subjetividade do seu autor e, por isto, são únicos. Podem ser históricos ou não.

c) *estético*: bens que servem para enfeitar ou adornar um lugar. Podem ser artísticos ou não. Mesmo que fabricados em massa, sem individualidade, são protegidos porque compõem um arranjo maior, como, por exemplo, os postes que adornam um jardim ou uma praça. Um monumento pode ser patrimônio histórico e/ou artístico e/ou estético.

d) *turístico*: bens que atraem turistas. Podem ser históricos, artísticos, paisagísticos, estéticos, etc. O que define um bem como turístico é a incursão de pessoas. São protegidos pela lei 6.513, de 20/12/1977, cujo artigo 1º já expressa a sobreposição acima referida.

e) *paisagístico*: que compõe paisagens naturais ou construídas pelo homem.

f) *arquitetônico*: relacionado ao estilo ou modelos de edificações, não necessariamente históricas.

g) *arqueológico*: relacionado a escavações de vestígios humanos de outras eras.

h) *etnográfico*: relativo à identidade, ação e memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

i) *bibliográfico*: relativo à produção escrita. Com relação aos documentos públicos, a Constituição Federal de 1988 prevê no §2º do art. 216 que “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

j) *paleontológico*: relacionado a escavações de vestígios de seres vivos, excluídos os humanos, de outras eras.

k) *ecológico*: bens ligados ao meio ambiente natural.

l) *científico*: bens relacionados à ciência, abrangendo tanto os bens utilizados nas pesquisas científicas quanto os que resultam delas.

m) *tecnológico*: bens relacionados aos avanços da tecnologia, isto é, as utilidades geradas para os seres humanos.

n) *numismático*: moedas, cédulas, medalhas etc.

o) *religioso*: relacionado à religião, podendo ser citados os templos, estátuas, imagens, objetos, mobiliário, símbolos, escritas, músicas, liturgias e rituais, vestes e paramentos etc., como exemplos. A lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no capítulo que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, enumera valor religioso e monumental nos artigos 63 e 64⁹.

p) *monumental*: relacionado a monumentos.

9 Também a doutrina reconhece que se encaixam, “nesse contexto cultural, atividades como a música, as religiões, a literatura, o teatro, a dança, entre tantas outras manifestações culturais existentes” (Trennepohl, 2007, p. 28).

q) *ferroviário*: o art. 9º¹⁰ da lei 11.483, de 31 de maio de 2007, estabeleceu que o IPHAN deve receber, administrar, guardar e manter os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural oriundos da extinta Rede Ferroviária Federal S.A.

r) *espeleológico*: Edis Milaré (2000, p. 185) afirma que a lei não explicita esta categoria que se refere a grutas, cavernas e cavidades naturais análogas.

s) *cultural*: o mais amplo de todos os conceitos, que abarca inclusive bens imateriais (art. 216, CF/88). São 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.

Exatamente porque o conceito de patrimônio cultural é o mais amplo que costumam ser reunidos todos os conceitos acima sob a designação de patrimônio cultural e o ramo do Direito encarregado da sua proteção de Direito Cultural.

A Constituição Federal (art. 216, §1º) estabelece que a proteção do patrimônio cultural será feita com a colaboração da comunidade e inclui inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Os mecanismos constitucionais de proteção são mais numerosos¹¹, apesar de alguns deles já figurarem entre os efeitos do tombamento. A legislação específica, que protege bens específicos, também possui institutos similares aos do Decreto-lei 25/37.

10 "Art. 9º Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção. § 1º Caso o bem seja classificado como operacional, o IPHAN deverá garantir seu compartilhamento para uso ferroviário. § 2º A preservação e a difusão da Memória Ferroviária constituída pelo patrimônio artístico, cultural e histórico do setor ferroviário serão promovidas mediante: I - construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos; II - conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços oriundos da extinta RFFSA. § 3º As atividades previstas no § 2º deste artigo serão financiadas, dentre outras formas, por meio de recursos captados e canalizados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC, instituído pela Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991."

11 "A variedade de instrumentos decorre da heterogeneidade dos bens protegidos" (Dantas, 2013, p. 234).

2.4 O patrimônio histórico e artístico nacional e outras leis

A lei 3.924, de 26 de julho de 1961, protege monumentos e elementos arqueológicos, pré-históricos, artísticos ou numismáticos (art. 18 e 20), vedando sua exportação (art. 20) e prevendo o instituto da apreensão para a infração desta vedação (art. 21), para escavações (art. 25) e descobertas fortuitas (art. 19) irregulares, e o instituto da desapropriação para casos excepcionais.

Estabelece o dever (restrição) de comunicação nos artigos. 4º, 11 §3º, 16 e 18, e de inspeção (restrição de vigilância) no artigo 11, §2º.

Por fim, o IPHAN poderá requerer a colaboração de órgãos federais, estaduais, municipais e de instituições especializadas para a execução da referida lei (art. 26).

A lei 4.845, de 19 de novembro de 1965, proíbe a saída do país de obras de arte e ofícios tradicionais produzidos no Brasil ou oriundos de Portugal e incorporados ao meio nacional, ou oriundos de outro país estrangeiro e que representem personalidades brasileiras ou relacionados com a História do Brasil, paisagens ou costumes do país, durante os regimes colonial e imperial (arts. 1º, 2º e 3º), ressalvado intercâmbio cultural por prazo definido (art. 4º).

O instituto do sequestro é previsto para a tentativa de exportação ilegal (art. 5º) e o da autenticação caso haja dúvida sobre a identidade das obras e objetos aos quais esta lei se refere.

A lei 5.471, de 9 de julho de 1968, proíbe a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil editadas nos séculos XVI a XIX, bem como de livros ou documentos que compõem referidos conjuntos bibliográficos, coleções de periódicos publicados há mais de dez anos e originais ou cópias antigas de partituras musicais (art. 1º), ressalvada a saída temporária de interesse cultural (art. 2º). Prevê o instituto da apreensão para a exportação irregular.

Por meio de convenção internacional, aprovada pelo decreto legislativo 74, de 30 de junho de 1977, o Brasil assumiu a obrigação de identificar e delimitar (art. 3º), identificar proteger, conservar, valorizar e transmitir às futuras gerações o patrimônio cultural e natural definido nos artigos 1º e 2º da referida convenção. Estes artigos não incluem bens móveis na definição e constituem a categoria de patrimônio universal ou mundial (arts. 6º e 7º).

A proteção nacional do patrimônio cultural e natural prevista na convenção sujeita-se à reserva do possível e inclui os deveres de dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade e integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planificação geral, de instituir serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, de desenvolver estudos e aperfeiçoar os métodos de intervenção face aos perigos que ameaçam o patrimônio cultural ou natural, e de facilitar a formação no campo da proteção, conservação e revalorização do patrimônio cultural e estimular a pesquisa científica neste campo (art. 5º).

A proteção internacional consiste em cada Estado-Parte reconhecer que a comunidade internacional tem o dever de cooperar na proteção deste patrimônio, em comprometer-se em colaborar na identificação, proteção, conservação e valorização deste patrimônio, em não adotar medidas que coloquem em risco o patrimônio cultural e o natural situado no território de outro Estado (art. 6º) e em estabelecer um sistema de cooperação e assistência internacionais (art. 7º).

Nos artigos seguintes, a convenção cuida do funcionamento do comitê intergovernamental de proteção do patrimônio mundial cultural e natural (arts. 8º a 14), do Fundo para a proteção do patrimônio (arts. 15 a 18), das condições e modalidades da assistência internacional (arts. 19 a 26), dos programas educativos (arts. 27 a 28) etc.

A lei 6.513, de 20 de dezembro de 1977, organiza um sistema de órgãos e entidades (art. 5º e 7º, §2º), dentre eles o IPHAN, para a sua execução, isto é, a proteção de áreas e locais de interesse turístico, que podem englobar bens privados, cujos proprietários serão notificados (art. 8º).

Prevê a cooperação de entes públicos na elaboração de planos e programas que serão executados na área especial de interesse público da categoria prioritária (art. 13, §1º). Caso estes planos e programas não sejam aprovados pelo CNTur (Conselho Nacional de Turismo) no prazo previsto no ato declaratório, a declaração de área especial de interesse turístico caducará (art. 13, §4º).

Além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração, ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator às penalidades de multa, interdição de atividade ou de utilização, embargo de obra, obrigação de reparar e restaurar os danos e de demolir construção ou remover objeto que interfira com os entornos de proteção e ambientação do Local de Interesse Turístico (art. 24).

A lei 8.394, de 30 de dezembro de 1991, prevê um sistema de acervos documentais privados dos presidentes da República (art. 2º), que contará com a participação de vários órgãos e entes públicos (art. 5º), incluindo o IPHAN (antigo IBPC – Instituto Brasileiro de Patrimônio Cultural¹²) e, mediante acordo, de entes e pessoas privadas (art. 1º, parágrafo único).

A lei prevê a cooperação de entes públicos com entes públicos ou privados, e pessoas físicas mantenedores de acervos documentais presidenciais privados (arts. 14 e 15), estabelece direito de preferência em favor da União (art. 3º, I) e veda a sua exportação (art. 3º, II).

12 Conforme art. 6º da MP 752, de 6 de dezembro de 1994, convalidada pela lei 9.649, de 27 de maio de 1998.

A lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991, sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, considera permanentes os conjuntos de documentos de valor histórico (art. 8º, §3º) e estabelece que arquivos privados possam ser identificados pelo Poder Público como de interesse público e social quando considerados conjuntos de fontes relevantes para a história e o desenvolvimento científico nacional (art. 12).

A lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991, não estabelece institutos de proteção. Seu objetivo é captar e canalizar recursos para, dentre outras finalidades, proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional e preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro (art. 1º, IV e VI).

Os projetos culturais beneficiários desta lei devem atender a pelo menos um dos objetivos previstos nos incisos do artigo 3º, um dos quais o do inciso III, preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico mediante construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos, e mediante conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços, inclusive naturais, tombados pelos Poderes Públicos.

A lei 8.313/91 institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) e o implementa por meio do Fundo Nacional da Cultura (FNC), do Fundo de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e do incentivo a projetos culturais.

O FNC visa, dentre seus objetivos, a contribuir para a preservação e proteção do patrimônio cultural e histórico brasileiro (art. 4º, IV). Os projetos culturais, que serão incentivados por meio de doações e patrocínios, compreendem, entre outros, o segmento de patrimônio cultural, inclusive histórico, arquitetônico, arqueológico, bibliotecas, museus, arquivos e demais acervos

(art. 25, VII). Equipara-se também à doação despesas efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas com o objetivo de conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade ou sob sua posse legítima, tombados pelo Governo Federal (art. 24, II).

Esta lei atende à prescrição do §3º do art. 216 da Constituição Federal de 1988: “A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

O artigo 3º, II, da lei 9.790, de 23 de março de 1999, estabelece a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico como um dos objetivos sociais que autorizam a qualificação de OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos.

O regime jurídico previsto para as OSCIPs na lei 13.019, de 31 de julho de 2014, visa a assegurar, dentre outras finalidades, a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial (art. 5º, X). As OSCIPs terão direito aos benefícios do art. 84-B da lei 13.019/2014 se tiverem por objetivo social, dentre outros, a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico.

Conforme artigo 2º, XII da lei 10.257, de 10 de julho de 2001, a política urbana tem, dentre outras, por diretriz geral a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

O direito de preempção, previsto na referida lei, permite ao Poder Público adquirir terreno para proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico (art. 26, VIII).

Outro instituto previsto nesta lei é a possibilidade de lei municipal autorizar a transferência do direito de construir para outro lugar ou para outra pessoa quando considerado necessário para a preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (art. 35, II).

O patrimônio natural e cultural é questão obrigatória a ser analisada na elaboração do estudo de impacto de vizinhança (art. 37, VII). Para ampliar o seu perímetro urbano, o Município deverá elaborar projeto que contenha diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural (art. 42-B, VI).

Para a proteção do patrimônio cultural imaterial, foi celebrada em 2003, e aprovada pelo decreto legislativo 22, de 1º de fevereiro de 2006, convenção internacional com estrutura similar à da convenção aprovada pelo decreto 74/77.

A definição de patrimônio cultural imaterial (art. 2º, item 1) engloba instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais associados às práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas que lhe constituem o núcleo.

Importante destacar nesta definição que são as comunidades, os grupos e, em alguns casos, indivíduos, que reconhecem as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas como parte de seu patrimônio cultural.

Outro ponto que merece destaque é o reconhecimento do caráter dinâmico do patrimônio cultural, que se transmite de geração em geração (tradição) e é constantemente recriado.

Dentre as formas de manifestação do patrimônio cultural imaterial (art. 2º, item 2) incluem-se rituais e atos festivos. Os templos religiosos são, portanto, absorvidos pela definição 'lugares culturais associados'. Nestes lugares os indivíduos se casam, são batizados, prestam últimas homenagens aos falecidos, etc. Há uma memória também afetiva que transcende à geração presente. A própria construção do espaço é o resultado da contribuição dos ancestrais, de grau inatingível na contagem, que se conserva com os esforços da geração presente que almeja a legá-la às gerações futuras.

3. Tipos de tombamento

Tombamento¹³ é tradicionalmente definido como o procedimento administrativo pelo qual um bem é reconhecido como integrante do patrimônio histórico e artístico nacional. O ato final do procedimento, quando positivo, é o registro do bem no Livro do Tombo, por isto o nome. Entretanto, ao lado do tombamento *administrativo*, jazem os tombamentos *legislativo* e *judicial*.

O tombamento pode ser *individual* ou *conjunto*¹⁴, conforme os bens sejam inscritos separada ou conjuntamente em um dos Livros do Tombo.

O tombamento de bens públicos é *de ofício* (art. 5º). Os bens privados podem ser tombados *a pedido* do proprietário, *com a anuência* dele, ou *apesar da resistência* dele. Quando o proprietário pede ou anui, denomina-se tombamento voluntário (art. 7º). Quando o proprietário discorda, ou deixa decorrer o prazo para impugnação, o tombamento é compulsório (art. 8º).

O procedimento do tombamento compulsório está previsto no art. 9º do Decreto-lei 25/37¹⁵. É instaurado por iniciativa do órgão com-

13 “Resulta de um procedimento administrativo complexo, de qualquer das esferas do Poder Público, por via do qual se declara ou reconhece valor cultural a bens que, por suas características especiais, passam a ser preservados no interesse de toda a coletividade. Seu fundamento, portanto, assenta-se na imperiosa necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social, como disposto nos arts. 5º, XXIII, e 170, III da Lei Básica” (Milaré, 2000, p. 187).

14 O tombamento conjunto também é chamado de tombamento geral, “aquele que incide sobre todos os bens situados num bairro ou numa cidade (exemplo: os imóveis situados nas cidades de Cachoeira e Lençóis, na Bahia, e em Ouro Preto, em Minas Gerais, são todos tombados)” (Cunha Júnior, 2007, p. 302).

15 “Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo: 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação. 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo. 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.”

petente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e concluído pela homologação do Ministro (art. 1º da lei 6.292/75).

O tombamento de bens privados também se classifica em *provisório* e *definitivo*. A finalidade da distinção é evitar que o proprietário danifique ou destrua o bem entre a ciência do início do procedimento até sua conclusão.

Assim, iniciado o procedimento com a notificação do proprietário, o bem já está provisoriamente tombado, ou seja, sujeito à mesma proteção dos bens definitivamente tombados (art. 10, parágrafo único). O tombamento definitivo se dá com a inscrição do bem no respectivo Livro do Tombo (art. 10).

Quanto à esfera governamental que tomba o bem, o tombamento pode ser *federal*, *estadual* ou *municipal*. O tombamento também pode ser cumulativo, isto é, quando o bem é tombado “por mais de um ente federativo” (Cangussu; Cabral, 2012).

4. Efeitos do tombamento

O efeito principal é a conservação do bem, isto é, sua preservação, o que significa que não poderá ser alterado ou destruído, total ou parcialmente. Caso o bem tombado seja público, ele se tornará inalienável (art. 11). Se privado, sofrerá restrições administrativas o direito de propriedade do seu titular (art. 12).

4.1 Restrições sobre bem tombado

Restrição de registro: uma vez definitivamente tombado imóvel particular, o tombamento será transcrito no livro destinado a este fim (Livro 3 – Registro Auxiliar) e será averbado ao lado da matrícula do imóvel. Caso seja alienado, o adquirente deverá,

no prazo de 30 dias, registrar a transferência no livro já especificado, sob pena de multa. Se mudar o cartório responsável pelo registro do imóvel, o proprietário deve, no prazo de 30 dias, inscrevê-lo no registro do lugar para onde foi transferido, sob pena de multa. Em ambos os casos, o adquirente e o proprietário devem comunicar o Serviço Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no prazo de 30 dias, sob pena de multa (art. 13, Decreto-lei 25/37).

Restrição de comunicação: além da comunicação abordada no tópico acima, o proprietário também deve comunicar o Serviço Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico em caso de extravio ou furto de objeto tombado no prazo de 5 dias, sob pena de multa (art. 16, Decreto-lei 25/37). O proprietário também deverá levar ao conhecimento do Serviço Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico a necessidade de obras de conservação e reparação da coisa tombada, sob pena de multa, caso não disponha de recursos para as obras. A União Federal arcará com estas obras, ou desapropriará a coisa. Caso a União se mantenha inerte, o proprietário poderá requerer que seja cancelado o tombamento do bem (art. 19, Decreto-lei 25/37).

Restrição de exportação: bem tombado está proibido de sair do país, salvo por curto período e com finalidade de intercâmbio cultural. Ante a tentativa de exportação, o bem será sequestrado, e o responsável será punido com multa, sem prejuízo da responsabilidade pelo crime de contrabando (art. 14 e art. 15, Decreto-lei 25/37). Há outras leis (lei 4845/65, lei 5471/68, etc.) com previsões similares.

Restrição de modificação: bem tombado não pode ser destruído, demolido ou mutilado, nem, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparado, pintado ou restaurado, sob pena de multa. Se o bem for público, a multa recairá pessoalmente sobre a autoridade responsável pela infração (art. 17, Decreto-lei 25/37).

Restrição de entorno: na vizinhança de bem tombado não se pode fazer construção que impeça ou reduza a sua visibilidade, nem afixar anúncios ou cartazes, salvo prévia autorização, sob pena de desfazimento da obra, retirada dos anúncios ou cartazes, e multa (art. 18, Decreto-lei 25/37).

Restrição de vigilância: o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional realiza permanente vigilância sobre bens tombados, e poderá inspecioná-los sempre que julgar conveniente. Obstáculos à inspeção criados por proprietários ou responsáveis serão punidos com multa (art. 20, Decreto-lei 25/37).

4.2 Outras medidas de proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional previstas no Decreto-lei 25/37

Acordos entre a União e os Estados: o art. 23 do Decreto-lei 25/37 determina que o Poder Executivo providencie acordos entre a União Federal e os Estados para coordenação e desenvolvimento de atividades de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e para a uniformização da legislação estadual complementar sobre o assunto.

Manutenção de museus: para a conservação e exposição dos bens históricos e artísticos, o art. 24 do Decreto-lei 25/37 estabelece que a União Federal mantenha museus nacionais e favoreça a criação de museus estaduais e municipais com as mesmas finalidades.

Entendimento com autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais ou jurídicas: o art. 25 do Decreto-lei 25/37 estipula o dever de o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional buscar entendimento com entes privados com o objetivo de obter cooperação na proteção dos bens históricos e artísticos.

Um exemplo de entendimento com autoridades eclesiásticas é o art. 6º da Concordata Brasil-Santa Sé (Decreto 7.107 de 11/02/2010:

As Altas Partes reconhecem que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro, e continuarão a cooperar para salvaguardar, valorizar e promover a fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de outras pessoas jurídicas eclesiásticas, que sejam considerados pelo Brasil como parte de seu patrimônio cultural e artístico.

§ 1º. A República Federativa do Brasil, em atenção ao princípio da cooperação, reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiásticos mencionados no caput deste artigo deve ser salvaguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de outras finalidades que possam surgir da sua natureza cultural.

§ 2º. A Igreja Católica, ciente do valor do seu patrimônio cultural, compromete-se a facilitar o acesso a ele para todos os que o queiram conhecer e estudar, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos.

Registro especial para negociantes de antiguidades e obras de arte e obrigação de apresentar lista de bens: os negociantes de antiguidades e obras de arte devem registrar-se no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e semestralmente apresentar lista de bens históricos e artísticos que possuírem (art. 26, Decreto-lei 25/37). Os leiloeiros, antes de ofertarem à venda bens históricos e artísticos, devem apresentar a listagem deles ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 27, Decreto-lei 25/37). Estas listas servem para dar conhecimento ao ente público da existência dos bens e, caso seja do interesse público, poder adquiri-los.

Autenticação de antiguidades e de obras de arte: uma vez comunicado da existência dos bens, o Serviço do Patrimônio Histórico

rico e Artístico Nacional, por si ou por perito designado, autenticará as antiguidades e obras de arte. Esta autenticação é requisito para os bens serem oferecidos à venda, sob pena de multa¹⁶ (art. 28 do Decreto-lei 25/37).

5. Ampliação da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional

Com a finalidade de evitar e combater o efeito antiprotetivo da legislação, o instituto jurídico do tombamento precisa ser interpretado à luz do modelo constitucional de proteção do patrimônio cultural.

5.1 Tombamento automático

A Constituição Federal de 1988, no art. 216, §5º, estabeleceu que: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

O tombamento de referidos bens independe, portanto, do procedimento administrativo previsto no Decreto-lei 25/37, operando-se por força da própria Constituição. Este tipo de tombamento, determinado diretamente pela Constituição, ou por lei, denomina-se automático.

Existe um grupo de bens, principalmente edificações, vocacionado a ser patrimônio cultural. São prédios públicos em geral, incluindo as sedes dos Poderes, mas também bibliotecas, escolas, universidades ou hospitais, públicos ou privados, estações

16 O artigo 29 do Decreto-lei 25/37 estabelece preferência creditícia das multas impostas por violação das disposições do próprio Decreto-lei 25/37 sobre o valor obtido com a venda de bens tombados em praça pública. Apenas créditos inscritos no registro competente antes do tombamento do bem terão prioridade sobre estas multas.

ferroviárias, rodoviárias, portos, templos religiosos (igrejas, capelas, conventos, mosteiros, seminários etc.), estátuas e outros monumentos, praças, parques, jardins etc. que deveriam ser monitorados desde a construção.

A própria Constituição declara que “edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico culturais” e “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” constituem patrimônio cultural brasileiro (art. 216, IV e V).

Assim sendo, emenda à Constituição, ou lei, poderia declarar o tombamento destas categorias de bens a partir do momento que finalizada a obra. Deve-se mesmo interpretar de maneira ampliativa o referido art. 216, §5º, para abranger todos aqueles bens no tombamento automático ali previsto.

Consolidada doutrina¹⁷ afirma ser possível, ao lado das vias administrativa e legislativa, o tombamento por via judicial¹⁸. Também pela via judicial seria possível estabelecer quais categorias de bens estariam automaticamente tombados.

Apenas a título de curiosidade, no projeto de lei de Jair Lins, de 1924, o tombamento compulsório, então chamado de catalogação compulsória, foi pensado para ser feito judicialmente (Telles, 2009).

17 “Pensamos que não somente por via legislativa ou por intermédio de um procedimento administrativo é possível que um bem seja tombado (inscrito no Livro do Tombo), pois também pela via jurisdicional (v.g. por via de uma ação civil pública) um determinado bem pode ter reconhecido o seu valor cultural e, portanto, por determinação judicial, obrigar que este bem seja inscrito no Livro do Tombo que lhe seja respectivo” (Fiorillo; Rodrigues, 1999, p. 235-236). “Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge de mera criação da autoridade, posto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito ‘de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico’, pode ser provado no curso de ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional” (Milaré, 2000, p. 193).

18 “Vale dizer ainda, se o tombamento por via legislativa possui um *quid* de vantagem com relação ao que foi feito por via executiva, no sentido de que o primeiro só pode ser suprimido por via legislativa do ente político que o criou, quando se tratar de tombamento instituído por via jurisdicional, há um *plus* ainda maior com relação aos dois tipos mencionados que é o fato de que, em respeito a coisa julgada, nem mesmo lei posterior poderá modificar o que restar transitado em julgado, pelo que determina o artigo 5º, XXXVI da CF, que possui regime de cláusula pétrea” (Fiorillo; Rodrigues, 1999, p. 239).

Além disto, a lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no capítulo que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, refere-se a bens protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial nos artigos 62 e 63, confirmando a possibilidade das vias legal e judicial.

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1999, p. 239), somente haveria tombamento provisório nas vias administrativa e judicial, esta quando determinado liminarmente.

Contudo, se a busca da via legislativa se dá exatamente para dispensar o procedimento administrativo, e, portanto, ser automático, deve-se reconhecer que a apresentação do projeto de lei, como ato público, já produza o tombamento provisório do bem, tal qual a notificação. Do contrário, o bem ficaria sujeito aos efeitos antiprotetivos até a aprovação da lei.

Na via judicial, vale o mesmo raciocínio. Se o tombamento provisório não for concedido pela via liminar, o bem ficaria desprotegido até o trânsito em julgado da decisão. Assim sendo, aplica-se o art. 10 do Decreto-lei 25/37¹⁹, por analogia, também aos tombamentos legislativo e judicial.

5.2 Tombamento retroativo

Uma vez efetuadas reformas, mutilações, deformações em bens ainda não tombados, ou se recentemente demolidos, o tombamento poderá ser realizado de forma retroativa, isto é, recair sobre o bem tal qual era antes das modificações, impondo-se o dever de restaurar ou reconstruir ao proprietário.

Por meio de fotografias, plantas e projetos, vídeos, e outros registros, é possível reconstituir o bem como era originalmente.

19 “Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo. Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.”

O tombamento provisório do art. 10 do Decreto-lei 25/37 ocorre apenas após iniciado o procedimento de tombamento pela notificação. Não protege o bem naqueles casos em que só foi detectado o interesse público na conservação quando o bem já foi descaracterizado ou recém demolido.

O instituto do embargo de obra, previsto no inciso III do art. 24 da lei 6.513/77, bem como os outros institutos previstos nos demais incisos do mesmo artigo, também são ineficazes, pois pressupõem a prévia instituição das áreas e locais de interesse turístico.

Para prevenir e remediar a ação precoce ou apressada de proprietários, ou de terceiros, em face de patrimônio cujo tombamento ainda não foi iniciado, deve-se admitir o tombamento retroativo.

Deve-se buscar no art. 4º da lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, incisos VII e VIII, por exemplo, princípios do Direito Ambiental, que se aplicam também ao patrimônio cultural. Estes princípios, chamados pela referida lei de objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, *mutatis mutandis*, seriam o da proteção e restauração do patrimônio histórico e artístico nacional com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente e o da imposição ao depredador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de referido patrimônio com fins econômicos.

Estes princípios são o fundamento do tombamento retroativo e do tombamento por réplica.

5.3 Tombamento por réplica

O Brasil é um colosso territorial, com imensas áreas despovoadas. Os municípios brasileiros, em sua maioria, possuem zonas rurais muito grandes, de tal modo que não faça sentido demolir edificações para a construção de novas no mesmo lugar.

Faria mais sentido criar novos bairros, transferir o centro econômico e político para outras regiões das cidades e consequentemente conservar o centro histórico.

O tombamento por réplica vem ao socorro daquele patrimônio histórico que já foi destruído e em seu lugar construído outro edifício, em alguns casos histórico também, ou foi aberta uma avenida ou outro aparelho urbano sobre ele.

Tendo à mão fotografias, descrições, projetos e plantas, estudos científicos etc., é possível replicar em outro lugar o bem histórico demolido há muito tempo. Se for possível reconstruir no mesmo lugar, será um tombamento retroativo. Em lugar diferente, por réplica.

Por exemplo: a primitiva igreja matriz do século XVIII foi demolida no final do século XIX para a construção da atual. A todo momento são construídas novas igrejas no Brasil. Por meio do tombamento por réplica seria, de alguma maneira, exigido da organização religiosa responsável que alguma nova igreja a ser construída fosse uma réplica daquela matriz do século XVIII demolida.

Esta exigência pode ser materializada em uma condição para aprovação do projeto e liberação do alvará de construção, ou mediante algum incentivo financeiro, por exemplo. Em último caso, o próprio Poder Público pode construir o edifício no formato do templo demolido e lhe dar outra destinação, como um centro cultural, um teatro, um auditório etc.

6. Tutela judicial do patrimônio histórico e artístico

Como bem recorda Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abella Rodrigues (1999, p. 236), a Constituição Federal de 1988 determina que deve haver colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural, mas não estabelece qual o grau desta colabo-

ração. Isto significa que a comunidade pode colaborar por meio de ações coletivas “de modo que o juiz expeça uma ordem determinando que seja *tombado* (inscrito no seu respectivo livro) um bem cultural” (Fiorillo; Rodrigues, 1999, p. 238, destaque no original).

A ação popular objetiva anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. O artigo 21 do Decreto-lei 25/37 equipara os atentados contra bens tombados, públicos ou privados, aos cometidos contra o patrimônio nacional. Para fins da ação popular, o artigo 1º da lei 4.717/65 considera patrimônio público os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico, entre outros.

A ação popular pode ter por objeto omissão do Poder Público em proteger o patrimônio cultural.

O jurista José Afonso da Silva admite o cabimento da ação popular na hipótese de omissão desde que esta enseje a produção de um evento danoso ao patrimônio público, como previsto no art. 6º da lei da ação popular. Contudo, outros entendem que não cabe o ataque à omissão através da ação popular, visto que a lei e os próprios termos da Constituição sempre se referem a ato, sendo que no art. 6º supramencionado o que se vai reparar é a lesão provocada pelo ato ocorrido, e não a omissão propriamente dita. Entendemos que se da omissão administrativa, que ocorre quando a Administração Pública deve agir e não o faz, resulta lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural há possibilidade da propositura da ação (Rodrigues, 2008, p. 282-283).

Novamente aqui deve prevalecer o texto constitucional que impõe a proteção. A literalidade do art. 6º da lei 4.717/65 e do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 devem ser lidos em conformidade com o já citado art. 216, §1º da Constituição.

A lei 7.347, de 24 de julho de 1985, ao disciplinar a ação civil pública, estabelece que se regem pelas disposições daquela lei, sem

prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ao patrimônio público e social (art. 1º, I, III, IV e VIII).

O art. 4º da mesma lei admite o ajuizamento de ação cautelar objetivando evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Conforme artigo 17-D, incluído pela lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, na lei 8.429, de 2 de junho de 1992, sobre improbidade administrativa, a ação por improbidade administrativa não pode ser ajuizada para a proteção de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mas a *ação civil pública*.

A lei orgânica nacional do Ministério Público (lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e a lei orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993), respectivamente nos arts. 25, IV, “a e 6º, VII, “b”, estabelecem competir ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a *proteção, prevenção e reparação* dos danos causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei Complementar 75/93, no art. 37, II, estabelece que o Ministério Público Federal exercerá suas funções nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico integrantes do patrimônio nacional.

A Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, no art. 4º, X, arrola entre as funções institucionais da Defensoria Pública a ampla defesa dos direitos culturais dos necessitados, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

O artigo único do Decreto-lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, autoriza o Presidente da República a cancelar o tombamento por motivos de interesse público. Esta norma é de constitucionalidade duvidosa²⁰, pois a preservação do patrimônio histórico e artístico não pode ficar à mercê de flutuações ideológicas ou compromissos políticos e eleitorais. A inconstitucionalidade está em deixar nas mãos de uma só pessoa a decisão sobre o interesse público na conservação. Além disto, aumentaria a procura pelo tombamento judicial, imutável com o trânsito em julgado. O destombamento deve ser, como o tombamento, um procedimento sobre o qual, sob pena de nulidade, deve ser dada ampla publicidade, e do qual devem ser cientificados a comunidade diretamente interessada, a casa legislativa correspondente, e o Ministério Público, para que possam buscar o tombamento por outra via, se for o caso.

Do mesmo modo, o §2º do art. 19 do Decreto-lei 25/37, que prevê o cancelamento do tombamento por inércia da União na realização de obras necessárias, deve ter sua constitucionalidade questionada. O proprietário que não disponha de recursos deverá propor a ação cabível, ou representar ao Ministério Público. O §1º do art. 216 da Constituição Federal de 1988 não trata o patrimônio cultural brasileiro como bem disponível, isto é, o Poder Público promoverá e protegerá este patrimônio. Carência de recursos não é, no ordenamento constitucional vigente, justificativa para cancelar a proteção de um bem tombado.

20 José dos Santos Carvalho Filho entende que “o cancelamento não resulta de avaliação discricionária da Administração; ao revés, está ela vinculada às razões que fizeram desaparecer o fundamento anterior. Assim, se o bem tombado continua a merecer proteção, não pode a Administração agir a seu exclusivo arbítrio e proceder ao destombamento, porque, assim agindo, sua conduta seria ofensiva aos mandamentos constitucionais que *impõem* (e não *facultam*) a tutela dos órgãos públicos” (Carvalho Filho, 2008, p. 715, destaque no original) e que se houvesse autorização legal para o administrador agir discricionariamente, “difícilmente se poderia considerar o dispositivo recepcionado pelo quadro constitucional que atualmente rege a matéria” (Carvalho Filho, 2008, p. 715).

7. Conclusão

O efeito antiprotetivo decorre da maneira como a legislação brasileira regulamenta os instrumentos de proteção do patrimônio cultural, sobretudo o instituto do tombamento. Como os seus efeitos estão condicionados à prévia inscrição no Livro do Tombo, a lei deixa margem para que proprietários e administradores possam demolir ou descaracterizar bens candidatos ao tombamento antes que o Poder Público inicie o procedimento.

Conforme analisado, o patrimônio cultural brasileiro é muito diversificado, existindo um grande número de leis que visam a preservá-lo. Esta pluralidade normativa cria uma proteção fragmentária, incompatível com o modelo constitucional.

Como forma de combater o efeito antiprotetivo da legislação brasileira e adequar o instrumento jurídico do tombamento à promoção e preservação do patrimônio cultural desejadas pelo constituinte, deve-se ampliar a figura do tombamento automático, e admitir os tombamentos retroativo e por réplica no sistema jurídico nacional.

Por fim, destaca-se a via judicial como importante meio de exigir do Poder Público a proteção do patrimônio histórico e artístico brasileiro, inclusive para realização dos tombamentos automático, retroativo e por réplica.

8. Referências

Cangussu, Débora Dadiani Dantas; Cabral, Bruno Fontenelle. Análise dos atuais mecanismos de proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico nacional. *Portal e-Gov UFSC*. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-dos-atuais-mecanismos-de-prote%C3%A7%C3%A3o-do-patrim%C3%B4nio-hist%C3%B3rico-cultural-art%C3%ADstico-tur%C3%ADstico>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Cunha Júnior, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2007.

Dantas, Fabiana Santos. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan): um estudo de caso em direito administrativo. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 223-243, set/dez. 2013.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco; Rodrigues, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Milaré, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Rodrigues, Geisa de Assis. Ação popular. In: Didier Júnior, Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008.

Schmitt, Fernanda. Tombamento: proteção do patrimônio histórico e artístico nacional à luz da Constituição Federal, Dec.-Lei n. 25 de 30/11/37 e Lei n. 3.924 de 20/07/61. *Portal e-Gov UFSC*. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/tombamento-prote%C3%A7%C3%A3o-do-patrim%C3%B4nio-hist%C3%B3rico-e-art%C3%ADstico-nacional-%C3%A0-luz-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-fede>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Sirvinskaskas, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Tartuce, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

Telles, Mário Ferreira de Pragmácio. Entre a lei e as salsichas: análise dos antecedentes do decreto-lei 25/37. *Anais do V ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2009. Disponível em: < <https://cult.ufba.br/wordpress/biblioteca/trabalhos-apresentados-no-enecult/quinta-edicao-%e2%80%93-2009/sessoes-de-trabalho-2009/>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Trennepohl, Terence Dornelles. *Fundamentos de direito ambiental*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2007.

Artigo recebido em 14/09/24.

Artigo aprovado em 31/10/24.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.535