

O instituto do tombamento como garantidor do patrimônio cultural brasileiro

Sônia Guerra¹

Resumo

O presente artigo parte da evolução social do homem, visando à aquisição de direitos, atingindo os direitos humanos culturais. Analisa os instrumentos jurídicos previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, que visam à proteção do patrimônio cultural brasileiro e a efetividade do tombamento como garantidor da preservação do mesmo.

Palavras-chave: Direitos humanos culturais. Tombamento.

Abstract

This article is part of the social evolution of man for the acquisition of rights, reaching cultural human rights. Analyzes the legal instruments provided the Brazilian Federal Constitution of 1988 aimed at protecting the cultural heritage of Brazil and the effectiveness of tipping as a guarantor of the preservation of it.

Keywords: Cultural human rights. Overturning.

Desde os primórdios, o homem necessita viver com seus semelhantes, mas, ao mesmo tempo em que possui a capacidade de conviver com seus semelhantes, o homem também possui a de destruir-se e aos seus, bem como aos bens que o grupo amealhou ao longo de sua história. Daí a necessidade da utilização de diversos mecanismos como formas de controle social para que a harmonia seja mantida no seio da sociedade. Peter Berger² demonstra estes mecanismos através de um conjunto de círculos concêntricos, cujo centro é o homem, do qual também faz parte o sistema jurídico. O ordenamento jurídico é, inegavelmente, necessário à convivência social, surgindo das necessidades e da realidade de cada sociedade, refletindo seus anseios e expectativas. Na expressão de Rudolf Von Jhering, utilizada pela professora Maria Helena Diniz³, se a norma jurídica não refletisse os anseios sociais, seria ‘um fantasma de direito’ uma reunião de palavras vazias; sem conteúdo substancial esse ‘direito fantasma’, como todas as assombrações, viveria uma vida de mentira, não se realizaria (...)”. É pois, o direito, um indutor da coesão social, de modo a assegurar um estado propício ao desenvolvimento de cada indivíduo no contexto social. Pelo sistema jurídico, substitui-se o poder do mais forte

¹ Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professora do Centro Universitário Augusto Motta, Advogada no Rio de Janeiro.

² BERGER, Peter. *Perspectivas sociológicas – uma visão humanística*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

³ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18.

pelo poder vinculado ao bem-estar da coletividade. Há a organização da sociedade de modo que todos possam buscar a harmonia na vida em comum. Sendo um reflexo da sociedade, dinâmica por essência, também o é o direito, refletindo a preocupação do homem com o bem-estar de seus semelhantes. Esta preocupação remonta a priscas eras, tendo seu ápice na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, período no qual o intervencionismo estatal nas relações sociais era extremamente elevado. A conquista das liberdades públicas decorreu, ao longo dos tempos, desta luta dos indivíduos face às arbitrariedades existentes, como já lecionava Jhering: “A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para a conseguir.(...) A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.”⁴

O posicionamento de Joaquim Herrera Flores⁵ comunga com os ensinamentos que absorvemos de Jhering, pois, em sua concepção, os direitos humanos foram alcançados em consequência da luta da sociedade, visando a uma vida com dignidade.

“De este modo, los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad. Entendiendo por dignidad, no el simple acceso a los bienes, sino que dicho acceso sea justo y se generalice por igual a todas y a todos los que conforman la idea abstracta de humanidad. Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea ‘digna’ de ser vivida.”

No cenário pátrio, a Constituição Federal de 1988 é a chamada “Constituição Cidadã” tamanha foi a preocupação do constituinte brasileiro em declarar direitos e elevar a importância da cidadania como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.⁶

Com o seu advento, nosso país passa a uma nova fase, já que visa assegurar o exercício das liberdades públicas. como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a função de diminuir as desigualdades sociais.

Diversos são os artigos em que o constituinte se preocupou com a proteção aos direitos humanos culturais, como, por exemplo, a previsão do artigo 23, inciso V, atribuindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a responsabilidade de proporcionar aos cidadãos os meios de acesso à cultura e, ainda, em seu artigo 215, a obrigação estatal em garantir a efetividade desses direitos.

Vale ressaltar que Toshio Mukai⁷, bem como outros doutrinadores, entende que a cultura integra um dos aspectos do meio ambiente: o ambiente como uma ou mais zonas

⁴ VON JHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 1.

⁵ FLORES, Joaquín Herrera. *La complejidad de los derechos humanos – bases teóricas para una redefinición contextualizada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 103-135, junho/2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33315-42530-1-PB.pdf>> Acesso em 27 de janeiro de 2012, p. 107.

⁶ 31 CF/88. Art. 1º, II.

⁷ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 4.

circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função do seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica, isto é, o ambiente enquanto soma de bens culturais, enquanto ponto de referência, objeto dos interesses e do direito à cultura.

Neste sentido, o Sidney Guerra⁸ Assim leciona:

“Pode-se relacionar ao meio ambiente a proteção dos espaços naturais e das paisagens, a preservação das espécies animais e vegetais, a manutenção dos equilíbrios biológicos e a proteção dos recursos naturais.

Da mesma forma, pode-se associar à comodidade dos vizinhos, à saúde, à segurança, à salubridade pública, à proteção da natureza e do meio ambiente, à conservação dos sítios e monumentos.

Como se vê, o conceito de meio ambiente não pode apresentar uma visão simplista e reduzida. Ao contrário, deve estar inserida a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico, e o meio ambiente do trabalho.”

Contudo, não basta conquistar direitos, precisamos de efetivação dos mesmos, pois direitos meramente legislados não servem aos anseios dos povos que necessitam, além da previsão legal, da efetivação dos mesmos para que não se constituam apenas em uma retórica, pois, como diz Bobbio:

“Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão dotado de poder de coerção”.⁹

Pois bem, a aquisição de direitos e seu exercício não podem ser entendidos como tendo um caráter absoluto e devem ser interpretados de forma compatível com os interesses gerais da sociedade juridicamente organizada. Faz-se necessário, portanto, que a ordem jurídica repouse em uma correlação que possibilite a convivência dos dois mundos: o do indivíduo e o da comunidade.

Assim há necessidade de atuação estatal para que a convivência social seja harmônica, por meio do exercício do poder de polícia que serviu para caracterizar o

⁸ GUERRA, Sidney. *A tutela constitucional do meio ambiente cultural*. Revista de Direito da Unigranrio, Vol. 4, No 2 (2011). Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/1603>> Acesso em 27 de janeiro de 2012. p. 12.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, p. 83.

Estado liberal por “se constituir no máximo de atividade interventiva que lhe reconhecia o liberalismo burguês.”¹⁰

“Por intermédio do poder de polícia, o Estado poderá coibir abusos dos particulares no exercício de seus direitos. Contudo, não podemos esquecer de que o poder de polícia que, legalmente, regula e coordena a atividade de pessoas, também é disciplinado pela norma de direito, à medida que, ao definir o limite de competência da autoridade, repele e torna ilícito o abuso de poder, coibindo excessos e arbitrariedades dos agentes da administração pública no exercício de suas atividades administrativas, de modo que o desvirtuamento do exercício do poder de polícia seja passível de punição.”

Dos ensinamentos colhidos do Prof. Marcello Caetano, destacamos neste mister:

“A polícia é atuação da autoridade, pois pressupõe o exercício de um poder condicionante de atividades alheias, garantido pela coação sob a forma característica da administração, isto é, por execução prévia.

É uma intervenção no exercício de atividades individuais, pois pressupõe a existência de normas de conduta dos indivíduos e a possibilidade da sua violação por estes.(...)”

A polícia intervém nas atividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais. Só aquilo que constitua perigo susceptível de projetar-se na vida pública interessa à polícia, e não o que apenas afete interesses privados ou a intimidade das existências pessoais.”¹¹

Na mesma esteira, seguindo a definição de Santi Romano, Baltazar Gama Barbosa, fazendo uma análise sobre poder de polícia e direito, anota:

“Na definição de Santi Romano, o eminente professor italiano, chama-se ‘polícia’ a atividade administrativa que, por meio de limitações eventualmente coativas à atividade privada, é dirigida a prevenir os danos sociais que possam surgir dessa última, (...)”¹²

O poder de polícia é assim um poder instrumental da administração pública, decorrente de norma jurídica, para condicionar e restringir os possíveis abusos de pessoas físicas ou jurídicas em relação ao Estado e, consequentemente à coletividade, já que o mesmo atua visando ao interesse desta.

Relativamente aos direitos culturais, como já mencionado anteriormente, o artigo 215 da Constituição Federal em vigor atribui ao Estado a obrigação de

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. In: *Direito administrativo da ordem pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 67.

¹¹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 270.

¹² BARBOSA, Baltazar Gama. *Poder de polícia e direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*, out-dez. 1958, p. 14.

garanti-los e, ainda, em seu artigo 216, abrange a natureza dos bens merecedores de proteção, por integrarem o patrimônio cultural pátrio¹³.

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º – O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º – A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do país e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II – produção, promoção e difusão de bens culturais; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV – democratização do acesso aos bens de cultura; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V – valorização da diversidade étnica e regional; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

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.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, disciplinam o tema: o Decreto-Lei nº 2, de 11 de abril de 1969, que define os bens integrantes do patrimônio cultural e

¹³ Patrimônio cultural é o conjunto de bens materiais e imateriais que compõem uma memória coletiva das sociedades.

institui medidas para a sua proteção, a Lei nº 509, de 3 de dezembro de 1981, que dispõe sobre o Conselho Estadual de Tombamento; o Decreto nº 5.808, de 13 de julho de 1982, que a regulamenta, e do Decreto nº 23.055, de 16 de abril de 1997, que dispõe sobre a tutela do patrimônio cultural do Estado, no que se refere ao poder de polícia, controle, sanções e penalidades.

Ainda analisando-se a previsão constitucional, o Estado intervém na propriedade para que esses objetivos sejam atingidos e, relativamente aos direitos culturais, prevê no § 1º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, diversos mecanismos para a preservação do patrimônio cultural brasileiro: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

De forma sintética, inventário é o registro de determinados bens pelos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio histórico e cultural, visando identificar características importantes que levam à necessidade de sua proteção. Ressaltamos, contudo que, embora seja instrumento de suma importância, não existe norma nacional regulamentando-o.

O registro destina-se à preservação do patrimônio cultural imaterial de modo que o conhecimento retido por determinados indivíduos de grupo específico relevante culturalmente para nossa sociedade, não se perca com a morte dos mesmos.

Vigilância caracteriza a obrigação de reprimir que os bens tombados sejam depredados, tanto pelo Estado (quando se tratar de bem público) como pelo particular proprietário do bem tombado.

A desapropriação, que ao nosso entendimento não é instituto destinado à preservação, é a forma interventiva mais drástica, pois retira do proprietário o direito de propriedade que passa a integrar o domínio público. Concordamos contudo que, se o proprietário do bem não tenha condições de suportar o ônus de um bem que deve ser preservado, o poder público deverá desapropriá-lo e dar-lhe destinação que possa servir a este fim.

Tombamento é uma das formas interventivas por meio da qual o Poder Público, visando preservar o patrimônio cultural brasileiro, impõe limitações ao uso e gozo de determinado bem. Tal instituto, ao nosso entendimento, de fato atende o propósito de proteção e preservação de bens móveis ou imóveis, públicos ou particulares, materiais ou imateriais importantes à nossa sociedade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim o conceitua:

“É a intervenção ordinária e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de direitos de utilização e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, de bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico”¹⁴.

O tombamento está disciplinado pelo Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, além da legislação própria de cada Estado e Município.

Pode ser voluntário ou compulsório. No primeiro, existem duas possibilidades: o proprietário do bem, entendendo que o mesmo possui características relevantes para

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 3189.

a sociedade solicita-o, ou quando o mesmo venha a anuir no momento em que for notificado pelo IPHAN¹⁵. Caso o proprietário recuse-se a anuir à notificação, dar-se-á o tombamento compulsório.

Outro aspecto importante a ser ressaltado, é que desde o momento em que o proprietário do bem a ser tombado é notificado pelo órgão competente pelo tombamento, denomina-se tombamento provisório, cujos efeitos equiparam-se ao tombamento definitivo para que desde o início do processo haja a preservação do bem tutelado.

Dentre os diversos efeitos do tombamento, apontamos os seguintes: o bem tombado não poderá sair do país sem autorização do órgão competente e, caso seja tentada a exportação da coisa tombada, o responsável responderá na esfera criminal por seu ato¹⁶; os bens tombados não poderão sofrer qualquer alteração, destruição ou demolição sob pena de punição pecuniária; a vizinhança de um bem tombado não poderá construir de modo a impedir ou reduzir a visibilidade do bem tombado, tampouco nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser determinada a destruição da obra ou a retirada do objeto, impondo-se neste caso pena de multa; para que o proprietário possa exercer o direito à alienação do bem tombado, deverá obedecer ao direito de preferência da União, Estados e Municípios, nesta ordem, que poderão exercê-lo no prazo de 30 dias da notificação realizada pelo proprietário, pois, caso o bem seja alienado sem a observância ao direito de preferência, a alienação será nula, e transmitente e adquirente responderão solidariamente por pena pecuniária.

Embora o bem passe a ter diversas restrições, o proprietário não perde o direito de propriedade e, caso não possua recursos para a preservação do bem, deverá comunicar ao IPHAN a necessidade de obras para sua conservação, que, considerando-as necessárias, mandará executá-las às expensas da União, e, embora exista o direito de preferência, o proprietário poderá gravar livremente o bem tombado.

A Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, prevê a concessão de incentivos e benefícios fiscais a bens de interesse social e, em função desta proteção, o IPTU de imóveis tombados poderá ser diferenciado dos demais, desde que estejam conservados cabendo a cada Município estabelecer o percentual de desconto (e em alguns casos até a isenção total) do referido imposto.

Após a análise realizada, verificamos que, no ordenamento jurídico pátrio, a proteção à cultura é de suma importância, de modo que o indivíduo possa deixar como herança e transmitir valores aos que virão no futuro.

As conquistas de direitos pelo homem, bem como das chamadas liberdades públicas, se fizeram à custa de lutas durante séculos, devendo refletir um anseio social de modo que, interiorizadas nos componentes da sociedade, possam ser por eles exigidas.

Diversos mecanismos legais existem no Brasil para viabilizar uma preservação do patrimônio cultural brasileiro mais eficiente, contudo, não se pode afirmar que tal proteção esteja sendo efetiva.

Não pretendemos dizer ser tarefa das mais fáceis, mas há que se ter vontade política para tal.

¹⁵ IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

¹⁶ Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.

Em nossa obra *Falsificação de remédios e poder de polícia*¹⁷, já questionávamos, relativamente ao tema e novamente repetimos: “de que adiantam tantos dispositivos legais, se o Poder Público, por problemas gerenciais, não consegue fazer atuar o poder de polícia que possui?”

Não basta o sistema legal direcionado à proteção e à preservação do patrimônio cultural brasileiro, não basta a existência de órgãos de proteção nos âmbitos federal, estadual e municipal (quando existem), se diversos bens tombados estão se deteriorando a cada dia.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Baltazar Gama. *Poder de polícia e direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*, out-dez. 1958.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERGER, Peter I. *Perspectivas sociológicas - uma visão humanística*. 10. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- BRASIL., *Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CRUZ, Sônia Guerra. *Falsificação de remédios e poder de polícia*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FERNÁNDEZ, Jorge Ruiz. *Derecho administrativo (servicios públicos)*. México: Editorial Porrúa, 1995.
- FLORES, Joaquín Herrera. *La complejidad de los derechos humanos – bases teóricas para una redefinición contextualizada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 103-135, junho/2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33315-42530-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Direito administrativo da ordem pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUERRA, Sidney. *A tutela constitucional do meio ambiente cultural*. Revista de Direito da Unigranrio, Vol. 4, No 2 (2011). Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/1603>> Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- VON JHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

¹⁷ CRUZ, Sônia Guerra. *Falsificação de remédios e poder de polícia*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 110.