



## **IMPACTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOBRE O TOMBAMENTO DE BENS DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO**

Francisco Humberto Cunha Filho<sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente artigo propõe-se a identificar e analisar alguns dos impactos havidos sobre a legislação federal do tombamento, com a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Enfoca as competências dos entes políticos de nossa federação, bem como destaca, em esquemas simplificados, os papéis de distintos atores sociais, neste domínio.

**Palavras-chave:** Direitos Culturais. Tombamento. Constituição Federal. Modificações. Legislação.

### **INTRODUÇÃO**

O advento de uma nova Constituição gera muitas alterações no ordenamento jurídico. Os valores e os fundamentos de todo o Direito são refundados. Tais impactos dão ensejo ao estudo dos chamados fenômenos constitucionais de transição normativa, quais sejam, a desconstitucionalização, a recepção e a repristinação.

Em linhas gerais, a desconstitucionalização se refere ao eventual rebaixamento das normas que antes gozavam de hierarquia constitucional, o que somente é possível quando há expressa determinação do Poder Constituinte. Significa que o advento de uma nova Constituição provoca a imediata revogação das normas da mesma natureza, salvo inequívoca e textual manifestação em contrário.

A repristinação, consistente na revalidação de uma primeira norma em decorrência da revogação de segunda, que a havia revogado, também somente é possível com expressa previsão de uma terceira norma.

---

<sup>1</sup> Bacharel (UNIFOR), Mestre (UFCE) e Doutor (UFPE) em Direito; Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza – UNIFOR (Mestrado e Doutorado); Advogado da União. E-mail: humbertocunha@unifor.br

A recepção, por sua vez, ocorre tacitamente, e se opera da seguinte forma: são “aproveitadas” todas as preexistentes normas sem hierarquia constitucional, desde que não contradigam a nova Constituição.

Assentado este quadro teórico, o presente artigo propõe-se a identificar e analisar alguns dos impactos havidos sobre a legislação federal do tombamento, com a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

## **1 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA**

Tombamento é uma forma de intervenção estatal na propriedade que tem por fito exclusivo a proteção de elementos componentes do patrimônio cultural.

De natureza jurídica controversa, ora é entendido como uma modalidade de limitação administrativa, ora como uma servidão. JOSÉ RICARDO ORIÁ FERNANDES (1995, 89-90), filiando-se à primeira concepção, sintetiza o tradicional embate doutrinário, observando que os adeptos da idéia de que o tombamento é espécie de limitação administrativa, o fazem com base no fato de que ele gera “uma restrição geral e gratuita, imposta indeterminadamente pelo Poder Público ao bem tombado”; os que entendem-no como classificável no âmbito da servidão, enxergam “um ônus real de uso, imposto especificamente pelo Poder Público a determinados bens imóveis ou móveis particulares, para possibilitar a realização de obras e serviços públicos”.

O debate referido, contudo, não cogita sobre opinião doutrinária inovadora, consistente na admissão de que o tombamento é pleno de peculiaridades, que lhe dão natureza jurídica própria. Nem servidão, nem limitação administrativa: apenas tombamento. Assim pensa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (1992, 14):

O tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público; porém dela difere por individualizar o imóvel. Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado. Preferimos, por isso, considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra como simples limitação administrativa, nem como servidão.

Assiste razão à citada administrativista. E sua tese ganha mais corpo, por irônico que possa parecer, diante da síntese comparativa entre servidão e limitação administrativa,

elaborada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (1994, 802), que entende ser o tombamento uma espécie da primeira:

Se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei, é a hipótese de servidão, porque as limitações administrativas à propriedade são sempre genéricas.

Se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata, pode ser ou não o caso de servidão. Será limitação, e não servidão, se impuser um dever de abstenção: um *non facere*. Será servidão se impuser um *patti*: obrigação de suportar.

Diante desta lição, reitera-se o pensamento em favor da tese de que o tombamento é instituto autônomo, pois, uma vez decretado segundo os termos legais, ao mesmo tempo em que estabelece abstenções, gera obrigações de suportar aos administrados, o que se conhecerá em pormenores adiante, no tópico relativo aos seus efeitos.

## **2 DA COMPREENSÃO DE ‘PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO’ À DE ‘PATRIMÔNIO CULTURAL’**

A disciplina jurídica do tombamento, no âmbito federal, é objeto da primeira metade do século XX; consta essencialmente no Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, em parte modificado tacitamente por legislação posterior e de nível hierárquico mais graduado, no caso, a Constituição Federal de 1988, que deu maior abrangência a alguns de seus aspectos.

O *caput* do art. 1º do Decreto-Lei n.º 25/37 traz os parâmetros limitadores de sua incidência normativa, definindo o que pode ser objeto de tombamento: o patrimônio histórico e artístico nacional, compreendido como “o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. Por seu turno, o art. 216 da Constituição Federal redimensionou o conceito, entendendo que “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”. As diferenças podem ser melhor evidenciadas no seguinte quadro comparativo:

ELEMENTOS COMPARADOS	DECRETO-LEI N.º 25/37	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
<i>Designação genérica dos bens protegidos</i>	Patrimônio histórico e artístico	Patrimônio cultural
<i>Tipos de bens protegidos</i>	Móveis e imóveis	Materiais e imateriais
<i>Critérios para a proteção</i>	Vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil ou possuir excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico, artístico ou paisagístico	Portar referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira

Nota-se ter havido, com a Constituição de 1988, grande ampliação conceitual relativamente ao Decreto-Lei de 1937, segundo o preceito lógico evidenciador de que quanto maior a extensão, menor a compreensão. Dizendo de outra maneira: utilizando menor quantidade de palavras, a Constituição ampliou enormemente o leque de bens passíveis de proteção. O que era continente no Decreto-Lei, passou a ser parte do conteúdo. A proteção que recaía tão somente sobre bens materiais (móveis e imóveis), hoje se estende aos bens intangíveis.

Cabe mencionar que no mesmo passo em que ampliou a abrangência do patrimônio cultural, a Constituição igualmente procedeu no que concerne aos mecanismos de sua proteção<sup>2</sup>. O resguardo dos bens de natureza imaterial, por exemplo, não é feito com a utilização do tombamento, mas do registro, disciplinado por meio do Decreto n.º 3.551/2000. Esta nova disciplina foi instituída porque de há muito se havia percebido que o tombamento era inócuo para coisas intangíveis, uma vez que quando se adota este procedimento o que se quer é uma perenização do aspecto do bem tombado pelo maior tempo possível, não obstante, como lembra SONIA RABELO DE CASTRO (1991, 33), “o bem jurídico objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa”.

Nenhum efeito prático, portanto, existe no ato de tomar uma dança, uma língua ou uma feira de artesanato, pois não é possível - e em muitos casos também não é recomendável - estabelecer controle às influências que sofrem os referidos bens.

Retomando a análise comparativa, nota-se também que foi elasticado o critério para a proteção; antes, exigia-se que o bem se vinculasse à história, etnografia, arqueologia, paisagística, arte ou bibliografia, passando, com a Constituição, para o aspecto mais universalizante de simplesmente “portar referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Longe de ser apenas uma nova redação, a escrita ‘politicamente correta’ pugna no sentido de que as diversas contribuições

2 O Art. 216, § 1º, da Constituição Federal prevê que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

para a formação brasileira sejam devidamente reconhecidas; além do mais, evita o monopólio da memória por parte dos que têm acesso a escrever a ‘história oficial’.

Nota-se que, em termos conceituais, a legislação de proteção da memória coletiva passou da compreensão restrita de ‘patrimônio histórico e artístico’ para a de ‘patrimônio cultural’, numa dimensão quase tão ampla quanto permite o conceito antropológico de cultura.

### **3 O BEM CULTURAL PROTEGIDO**

O § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n.º 25/37 assegura que “só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo<sup>3</sup>, de que trata o artigo 4º desta Lei”. Tais livros, que no plano federal são de responsabilidade do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN (art. 4º, caput), podem ter vários volumes (§ 1º, do art. 4º) e, obviamente, devem descrever com minudências o bem tombado.

Também o § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n.º 25/37 sofreu alteração, vez que podemos encontrar bens constitucionalmente tombados, conforme se constata com a leitura do § 5º do art. 216 da CF/88: “ficam tombados todos o documentos e sítios detentores de reminiscências dos antigos quilombos”. Estes bens devem ser inscritos no livro de tomo pertinente, mas antes de serem, ou mesmo que não sejam anotados, já gozam proteção jurídica, tanto mais intensa quanto melhor estejam identificados e individualizados, saliente-se.

Outro aspecto a ressaltar é que alguns bens, mesmo que possuam as características legais e constitucionais necessárias para a sua proteção, estão isentos de ser tombados; encontram-se relacionados no art. 3º do Decreto-Lei n.º 25/37: “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 ao Código Civil, e que continuem sujeitas à Lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam às casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas

---

<sup>3</sup> São eles: 1) o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; 2) o Livro do Tombo das Belas Artes; 3) o Livro do tomo das Artes Aplicadas; e 4) o Livro do tomo Histórico.

ou comerciais; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.”

A isenção de tombamento de bens pertencentes a outros países coaduna-se com os princípios de relações internacionais previstos no art. 4º da Constituição Federal, sobretudo o reconhecimento da soberania dos povos.

Com referência às empresas estrangeiras, a segurança, para elas, de que seus bens não sofrerão esse tipo de limitação, uma vez que entrem no País.

Quanto aos comerciantes de objetos históricos ou artísticos, na verdade há restrições embutidas no próprio Decreto-Lei. Em primeiro lugar, precisam de licença para livre trânsito dos bens (parágrafo único do art. 3º), além de se sujeitarem a registro especial, apresentação de relação semestral dos bens que possuem, perícias e, em alguns casos, na oferta de preferência a entidades públicas (art. 26 a 28, DL 25/37).

Outro tópico a merecer destaque refere-se à propriedade do bem. Tirante as exceções acima mencionadas, sujeitam-se ao tombamento “as coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno” (art. 2º DL 25/37), ou seja, não importa quem seja o dono do bem, mas o valor cultural que representa é o que determina o seu tombamento.

#### **4 ESPÉCIES DE TOMBAMENTO E RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS**

O Decreto-lei nº 25/37, com a alteração determinada pela Lei nº 6.292/75, prevê, quanto à constituição, os seguintes tipos de tombamento: (1) de ofício; (2) voluntário, que pode ser subdividido em (a) ‘voluntário a pedido’ e (b) ‘voluntário por aquiescência’; e (3) compulsório, compreendendo a divisão em (a) ‘compulsório ficto’ e (b) ‘compulsório contencioso’. Quanto à estabilidade, o tombamento é classificado em (1) provisório e (2) definitivo. Trata-se de um conjunto de atos administrativos encadeados, cujo objetivo é inscrever o bem cultural em um livro de tomo para o fim de gozar das prerrogativas legais de proteção.

A fim de fugir de longas explicações, os procedimentos que levam ao tombamento podem ser visualizados, no seguinte quadro:

ESPÉCIE →	DE OFÍCIO	VOLUNTÁRIO	COMPULSÓRIO
-----------	-----------	------------	-------------

CARACTERÍSTICAS ↓					
<i>Proprietário do bem</i>	Poder público (art. 5º)	Pessoas físicas ou jurídicas de direito privado		Pessoas físicas ou jurídicas de direito privado	
<i>Atitude do proprietário do bem</i>	Mero cumprimento da lei: aquiescência passiva	Solicita que o bem seja tombado ou anui com a proposta de tombamento (art. 7º)		Omite-se ou recusa-se a anuir com a proposta de tombamento (art. 8º)	
<i>Procedimento</i>	1) O IPHAN notifica a entidade a que pertence o bem; 2) Remete o processo ao Conselho de Tombamentos, que emite 'parecer'; 3) O Ministro da Cultura homologa ou não referido 'parecer'; 4) Em caso de homologação, o bem é tombado.	<u>1ª hipótese</u> (A pedido) 1) O proprietário requer ao IPHAN o tombamento do bem; 2) o IPHAN verifica se o bem preenche os requisitos legais para o tombamento; 3) Remete o processo ao Conselho de Tombamentos, que emite 'parecer'; 4) O Ministro da Cultura homologa ou não referido 'parecer'; 5) Em caso de homologação, o bem é tombado.	<u>2ª hipótese</u> (Por aquiescência) 1) O IPHAN notifica o proprietário; 2) no prazo legal (15 d), o proprietário, por escrito, concorda com o tombamento; 3) Remete-se o processo ao Conselho de Tombamentos, que emite 'parecer'; 4) O Ministro da Cultura homologa ou não referido 'parecer'; 5) Em caso de homologação, o bem é tombado.	<u>1ª hipótese</u> (Ficto) 1) O IPHAN notifica o proprietário; 2) no prazo legal (15 d), o proprietário nada responde; 3) Remete o processo ao Conselho de Tombamentos, que emite 'parecer'; 4) O Ministro da Cultura homologa ou não referido 'parecer'; 5) Em caso de homologação, o bem é tombado.	<u>2ª hipótese</u> (Contencioso) 1) O IPHAN notifica o proprietário; 2) no prazo legal (15 d), o proprietário, por escrito contesta; 3) a impugnação é apreciada pelo Conselho de Tombamentos; 4) a decisão do Conselho resulta em arquivamento do processo ou tombamento do bem; 5) a decisão do conselho é apreciada pelo Ministro da Cultura, que a homologa ou não. 5) Em caso de homologação, o bem é tombado.

A simplificação mnemônica não deixa imune de críticas os procedimentos que apresenta, ensejando as seguintes observações:

(1) No tombamento de ofício: (a) a aquiescência passiva em tombamento realizado pelo IPHAN, restringe-se à União. Em virtude da autonomia de que gozam Estados, Municípios e Distrito Federal (Art. 1º e 18 da CF/88), aos mesmos deve ser assegurado o contraditório administrativo. (b) A submissão ao colegiado técnico relacionado à matéria decorre da Lei nº 6.292/75, na qual está estabelecido que todas as modalidades devem ser submetidas ao crivo do Conselho de Tombamentos, com a subsequente apreciação do Ministro de Estado responsável pelos negócios da cultura.

(2) O tombamento 'ficto' enquadra-se como 'contraditório' porque o procedimento afeta o direito fundamental à propriedade, não podendo, portanto, sofrer abrandamento sem

que todas as cautelas sejam observadas. É razoável até que, nestes casos, seja nomeado defensor dativo do interesse do proprietário, para que a decisão final se afaste o máximo possível da possibilidade de anulação.

(3) Do ponto de vista mais genérico, poder-se-ia dizer que aquilo chamado pela legislação de ‘parecer’ do Conselho de Tombamentos, de fato é uma decisão, sem a qual o gravame não pode ser levado a efeito. A homologação de que depende é tão somente ato de averiguação de regularidade formal do procedimento. Não fora assim, facilmente o tombamento poderia ser desviado de uma decisão técnica, para uma decisão acentuadamente política. Verifica-se tal perigo quando o Ministro da Cultura poderia opor-se à deliberação de um órgão tecnicamente habilitado a dizer sobre o interesse público em tomar determinado bem. A dimensão política do tombamento figura em outro patamar, precisamente na disciplina do Decreto-lei n.º 3.866, de 29 de novembro de 1941, que em seu artigo único autoriza: “o Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com a Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937”. Tal prerrogativa, no entanto, não mais encontra lastro constitucional, posto que dentre as competências do Presidente da República, relacionadas no Art. 84 da Constituição Federal, esta não se faz presente.

## **5 EFEITOS DO TOMBAMENTO**

O principal efeito do tombamento consiste em que as coisas tombadas “não poderão, em caso algum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial (...) ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de 50% do dano causado” (Art. 17, DL 25/37).

Há quem entenda que esta proteção somente é válida após todo o trâmite do processo de tombamento. Esta opinião não se sustenta diante do fato de que há norma positivada no próprio Decreto-Lei 25/37, no caso o parágrafo único do artigo 10, cujo texto assim se expressa: “para todos os efeitos, salvo disposição do artigo 13 desta Lei<sup>4</sup>, o

---

<sup>4</sup> Este artigo trata do tombamento definitivo.



tombamento provisório se equipara ao definitivo”. Leve-se em conta que o tombamento é provisório quando simplesmente “(...) esteja o respectivo processo iniciado pela notificação (...)” (art. 10, *caput*).

Outros efeitos transparecem em forma de direitos e deveres referentes a diversas pessoas, cuja atuação ou situação relacione-se com o bem tombado, a saber:

TITULAR	DIREITO(S)	DEVER(ES)
<b>Entidades do Poder Público</b>	- Adquirir, de outras entidades do Poder Público, ou de particulares (neste caso com preferência), bem tombado (art. 11).	- Comunicar ao IPHAN a aquisição de bem tombado (art. 11).
<b>Pessoas Físicas ou Pessoas Jurídicas de Direito Privado:</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Em caso de não ter condições financeiras de executar obras necessárias à conservação de bem tombado, requerer ao IPHAN que as proceda (art. 19 e seu § 1º);</li> <li>2. requerer o cancelamento do tombamento, no caso de não execução de obra reparadora, por parte do IPHAN;</li> <li>3. gravar a coisa tombada de penhor, anticrese ou hipoteca.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ao adquirir bem tombado, por qualquer meio, em 30 dias, registrar tal aquisição (§ 1º, art. 13);</li> <li>2. quando deslocar o bem tombado, proceder, em 30 dias, ao registro no local em que se encontra, bem como comunicar o deslocamento ao IPHAN (§§ 2º e 3º do art. 13);</li> <li>3. limitação em fazer o bem sair do território nacional, fato somente admissível por curto espaço de tempo, baseado em motivo relevante (intercâmbio cultural) e com a devida permissão do órgão competente (art. 14);</li> <li>4. comunicar extravio ou furto de bem tombado ao órgão competente, no prazo de 5 dias (art. 16);</li> <li>5. sujeitar-se à vigilância permanente do IPHAN;</li> <li>6. em caso de alienação onerosa, oferecer preferência (30 dias), pela ordem à União, Estado e Município onde se situa o bem (art. 22).</li> </ol>
<b>IPHAN</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Requerer a desapropriação de bens que deva conservar (§ 3º, art. 19);</li> <li>2. os que são referidos como deveres das outras pessoas.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Mandar registrar o bem tombado no registro de imóveis pertinente, averbando ao lado da transcrição de domínio (art. 13, <i>caput</i>);</li> <li>2. Proceder ao reparo de bens danificados, a requerimento ou de ofício, quando o proprietário não puder fazê-lo (art. 19 e seus §§ 1º e 3º);</li> <li>3. os que são referidos como direitos das outras pessoas.</li> </ol>
<b>Pessoas circundantes de bem tombado</b>	- A norma não especifica.	- Não podem os vizinhos, sem autorização do órgão competente, fazer construção ou afixar propaganda que tirem ou reduzam a visibilidade do bem tombado (art. 18).
<b>Comerciantes de bens culturais e históricos</b>	- A norma não especifica.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Precisam de licença para livre trânsito dos bens;</li> <li>2. sujeitam-se: a registro especial, apresentação semestral dos bens que possuem, perícias e, em alguns casos na oferta de preferência e entidades públicas.</li> </ol>

## 6 TOMBAMENTO DE CENTROS HISTÓRICOS

Na descrição de mecanismos de efetivação de direitos culturais ligados à proteção do patrimônio, merecem capítulo especial os centros históricos urbanos.

Estes centros, como regra, constituem mais que o marco das primeiras construções de uma localidade; carregam em suas feições momentos da compreensão filosófica das diversas épocas cidadinas.

RAYMOND LEDRUT (1971, 200-213), em sua obra ‘Urbanismo e Sociologia’, realiza um “passeio” por diversos momentos evolutivos das cidades, em que o centro desponta pleno de múltiplas significações:

Como el cosmos, la ciudad griega posee un centro en el que reside el alma de la urbe, hogar sagrado de ésta, que atrae y reúne a los habitantes y que los constituye en comunidad: el templo. No encontramos en premier plano del horizonte humano la técnica o el confort, sino la religión política.”

(...)

Puesto que la ciudad medieval constituye un conjunto en el que, a diferencia de que lo sucedía en la ciudad griega, todas las partes de la urbe están enlazadas en función de la situación y del papel predominante del centro.”

(...)

En la ciudad barroca (...) el movimiento anima a las formas más estáticas. La avenida lleva hacia a los lejos; la estrella hace que el centro se despedace. Este movimiento, sin embargo, es de este mundo, y en este mundo permanece indefinidamente. No se trata ahora de una elevación contemplativa, ni de un salto en el éxtasis inmóvil de lo absoluto. Es la exaltación de la fuga, la borrachera de la espiral infinita.”

A legislação urbanística italiana disciplina a recuperação dos centros históricos, merecendo da doutrina (SALVIA/TERESI, 1992, 188) a seguinte reflexão:

La tecnica usata per tali interventi (tutela riemergente sotto diverse spoglie) era quella del c.d. sventramento che, sconvolgendo, in nome della “razionalizzazione” il vecchio tessuto viario, tendeva anche incautamente a “isolare” (per valorizzarli”) taluni monumenti (come si l’opera d’arte fosse una entità autonoma staccata o staccabile dal contesto urbanistico in cui è inserita).”

Já na França,

em 1962 foi aprovada a lei Malraux que introduziu a noção de setor urbano preservado. Segundo o texto legal, podem ser criados e delimitados alguns setores para preservação, no interior de qualquer aglomeração urbana, desde que apresentem características históricas e estéticas que justifiquem sua conservação (GOUVEIA, 1985, 58).

Nos Estados Unidos,

a designação de distritos históricos, o principal instrumento na preservação de núcleos urbanos, é uma prerrogativa da municipalidade e se acrescenta hoje em dia às funções normais de planejamento urbano como parte integrante dos planos diretores ou das leis de uso do solo (GOUVEIA, 1985, 48).

Note-se que os norte-americanos, na década de 20, deste século, chegaram ao extremo de “preservar núcleos urbanos inteiros - os chamados ‘museus ao ar livre’, sendo Williamsburg o mais conhecido deles (GOUVEIA, 1985, 44)”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, neste tocante, criou uma expressão própria: ‘conjuntos urbanos’, constante no inciso V do art. 216.

A grande vantagem da proteção de todo um centro, setor, distrito ou conjunto urbano reside em que fica resguardado, por completo, um ‘capítulo’ da história de um povo, ao invés de apenas um fragmento. Este fragmento quando é, por exemplo, um prédio incrustado no meio de outros com os quais não forma um conjunto harmônico, oferece complicadores à sua própria proteção, como incômodo à vida normal dos demais.

## **7 TOMBAMENTO EFETIVADO POR ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS**

Determina a Constituição que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (art. 23, III).

Tal determinação vem sendo compreendida como uma permissão para que todos os entes de direito público interno possam legislar sobre a matéria tombamento e, mais que isso, sobre proteção do patrimônio cultural, em gênero. É um claro equívoco, pois a competência ora apreciada é nitidamente executiva, ou seja, todos os entes federados estão autorizados, melhor dizendo, obrigados a realizar a proteção do patrimônio cultural, mas não a legislar sobre a matéria.

A competência para legislar sobre tombamento e outras formas protetivas do patrimônio cultural está definida no art. 24, VII, da Carta Constitucional: “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”. Claramente se percebe que o Município, inicialmente, está excluído da competência de criar leis nesta matéria.

Se tudo está tão claro, por que ocorre a confusão no seio da Administração Pública, que a faz divulgar, defender e editar leis, no âmbito municipal, que instituem o tombamento, inclusive com inovações, se comparado ao prescrito na legislação estadual e,

além disso, a criação de novas figuras protetivas, como a chamada ‘declaração de relevante valor cultural’, na qual chegam a ser inseridas novas limitações à propriedade privada?

A resposta a esta questão tem diversas matrizes. A primeira delas se assenta em tradição que, muitos não perceberam, foi quebrada. Esta tradição, vinculada à normatividade pretérita, dava aos municípios, também, a prerrogativa para legislar sobre tombamento. Analisando a ruptura aludida, MARIA COELI SIMÕES PIRES (1994, 106-107) anota que

sob o pálio da Constituição anterior, a competência nessa área, conquanto diferentemente caracterizada, já se distribuía entre os diversos entes estatais. O parágrafo único do art. 180 empregava a expressão **Poder Público**, de cunho genérico, conjunto de órgãos a quem cabem a administração e as funções públicas. A expressão abrangia, portanto, a União, os Estados e os Municípios, planos diversos do exercício de um único Poder - o estatal. Na sistemática anterior assegurava-se aos municípios ampla autonomia legislativa. Confira-se a propósito o parágrafo único do art. 180 da Constituição anterior.

Da lavra de SONIA RABELLO DE CASTRO (1991, 20-21), após debruçar-se longamente sobre o tema, no mesmo sentido, pode ser colhida a seguinte conclusão:

Face esta nova sistemática de distribuição de competência, pode-se afirmar que os municípios, não obstante continuem a ter competência exclusiva para a proteção de seus bens culturais, perderam a autonomia legislativa ampla que lhes era atribuída pelas Constituições anteriores, já que terão que observar as normas gerais para proteção, de âmbito federal, bem como as estaduais sobre o assunto; resta-lhes, portanto, observadas as normas referidas, suplementar a legislação no que lhes for especificamente local”.

Outra justificativa, para o equívoco ora analisado, prende-se a uma postura cívica de inconformismo relativamente à circunstância normativa que suprimiu do Município a competência de legislar sobre um assunto, no qual deveria ter trânsito mais amplo, uma vez que quanto maior a proximidade com o bem cultural, mais condições se tem de determinar a adequada forma protetiva.

Embora tal justificativa seja nobre, sua operacionalização é estéril e, até mesmo antidemocrática, uma vez que, para corrigir um equívoco político, materializado em norma jurídica de hierarquia constitucional, em tempo de democracia, o primeiro caminho não é a desobediência, mas a submissão ao ‘jogo’, propondo a modificação da cláusula equivocada.

Adindo a tais justificativas, não podem ser omitidos incompreensões e equívocos de interpretação constitucional, por partes daqueles que defendem ser o Município competente para legislar, de forma inicial ou supletiva, sobre proteção do patrimônio cultural. Podem fazê-lo tão somente de forma suplementar, nos termos do art. 30, II, da Constituição Federal, *verbis*: “compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

A causa freqüente do equívoco reside na confusão entre a competência material e a normativa. Com base na idéia de poderes implícitos, há quem pense que sempre aquela pressupõe esta. Tal sucede apenas excepcionalmente, em nosso Direito. Como regra, as competências material e legislativa são independentes, como se pode ver nos seguintes exemplos: os Municípios e os Estados não podem legislar sobre desapropriação, mas podem realizá-la; os juizes estaduais aplicam as normas penais que são exclusivamente editadas pela União, etc.

Legislar suplementarmente, portanto, é o poder do Município na matéria, cuja extensão o permite criar as condições operacionais para a realização do gravame, definindo aspectos administrativos locais, como o procedimento de tombamento, a espécie normativa local que o efetiva, as autoridades que deliberam, dentre outros passos congêneres. Jamais aspectos substanciais, como uma redefinição dos efeitos, o agravamento de penas, o esquivamento a encargos.

Desta forma, há que se concluir que, sobre tombamento e outras formas de proteção do patrimônio cultural, a União edita normas gerais (§ 1º do art. 24, CF/88), prerrogativa esta que pode ser temporariamente dos Estados, no caso de omissão legislativa da União; mas os Estados têm mesmo, de regra, a competência suplementar (§§ 2º e 3º do art. 24, CF/88). Os Municípios somente complementam a legislação existente nas outras esferas para tornar operativa a proteção do patrimônio cultural, segundo a compleição de sua estrutura administrativa. Tanto é assim que o já mencionado art. 30 da Constituição Federal, em seu inciso IX, determina que “compete aos Municípios promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

## **CONCLUSÃO**

Conforme se pôde inferir ao longo deste artigo, a Constituição de 1988 impactou consideráveis mudanças sobre o sistema de proteção do patrimônio cultural brasileiro, no qual se integra o instituto do tombamento.

As mudanças referidas, abordadas nas linhas precedentes, em síntese são: alargamento do espectro dos bens culturais merecedores de proteção; instituição de novos mecanismos protetivos do patrimônio cultural; redefinição de critérios ensejadores de proteção; inserção de elementos democráticos na promoção e proteção do patrimônio cultural; possibilidade de proteção, em casos especiais e urgentes, previamente às burocracias estatais; autorização, em nível constitucional, para proteção de unidades complexas, representativas do patrimônio cultural, como os conjuntos urbanos; abrandamento da competência legislativa do município, na matéria.

## **BIBLIOGRAFIA**

CASTRO, Sonia Rabello de: **O Estado na Preservação de Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: **Direito Administrativo**, 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1992.

FERNANDES, José Ricardo Oriá: **Direito à Memória - A Proteção Jurídica ao Patrimônio Histórico-Cultural Brasileiro** (Dissertação de Mestrado). Fortaleza: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 1995.

GOUVEIA, Maria Alice Machado de: **Políticas de Preservação do Patrimônio (Três Experiências em Confronto): Inglaterra, Estados Unidos e França**, in **Política Cultural Comparada**. São Paulo: FUNART/FINEP/IDESP, 1985.

LEDROUT, Raymond: **Sociologia y Urbanismo, Instituto de Estudios de Administracion Local**, Madrid: Madrid, 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

PIRES, Maria Coeli Simões: **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALVIA, Filippo e TERESI, Francesco: **Diritto Urbanístico**. Verona: CEDAN, 1992.