

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: O TOMBAMENTO E AS NORMAS GERAIS NO DECRETO-LEI N.º 25/1937

PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE: TIPPING AND GENERAL RULES IN
DECREE-LAW N.º 25/1937

Thiago Anastácio Carcará*

Marcus Pinto Aguiar**

Hercules Breno de Alcântara Soares***

Resumo

O presente artigo pretende examinar a proteção do patrimônio cultural, especialmente o instituto do Tombamento regulamentado por meio do Decreto-Lei n.º 25 de 30 de novembro de 1937 de âmbito nacional, bem como diante do art. 216 da Carta Magna, que em seu parágrafo 1º designa o poder público em colaboração com a comunidade à missão de promover a proteção do patrimônio cultural. Outrossim, a importância e a tradicional utilização do instituto do tombamento para a proteção do patrimônio cultural, especialmente do patrimônio de natureza material, fazem deste instrumento a forma mais robusta de efetivação da proteção. Ademais, o tombamento ao incidir sobre o direito de propriedade do bem material possibilita um controle amplo de preservação da memória e da história, pois abarca uma gama de situações que visam a expansão, pelo tempo, da cultura e da história da sociedade brasileira. Por meio da verificação de normas gerais contidas no Decreto-Lei n.º 25/37, é verificada a possibilidade de aplicação do Decreto-Lei, na concretização da proteção do patrimônio cultural por meio do tombamento, esclarecendo o papel do Conselho Consultivo durante o processo de Tombamento, bem como verificando a sua possibilidade de cancelamento.

Palavras-chaves: Patrimônio cultural; Tombamento; Processo Administrativo;

Abstract

This article seeks to examine the protection of cultural heritage, especially the institute regulated by Decree-Law No. 25 of November 30, 1937 nationwide Tipping and before art. 216 of the Constitution, which in its paragraph 1 designates the government in collaboration with the community mission of promoting the protection of cultural heritage. Also, the importance and the traditional use of tipping Institute for protection of cultural heritage, especially heritage of material nature, make this instrument more robust form of effective protection. Moreover, tipping the focus on the right of ownership of the material and enables a broad preservation of memory and history control, since it covers a range of situations that aim to expand, by time, culture and history of Brazilian society. By verifying the general rules contained in Decree-Law No. 25/37, it is proved that the application of Decree-Law, the realization of the protection of cultural heritage through tipping, clarifying the role of the Advisory Council for the Tipping process as well as checking their possibility of cancellation.

Key-words: Cultural heritage; Tipping; Administrative Process;

* Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Professor e Coordenador do Curso de Direito da FATEPI, Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Culturais da UNIFOR, Membro do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais – IBDCULT, Advogado e Consultor Jurídico.

** Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Culturais da UNIFOR, Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais – IBDCULT, Advogado e Consultor Jurídico.

*** Bacharelado em Direito pela Faculdade de Tecnologia do Piauí - FATEPI.

III Encontro Nacional de Direitos Culturais

INTRODUÇÃO

A proteção do patrimônio cultural brasileiro teve grande ampliação com a promulgação da Constituição de 1988. O parágrafo 1º do art. 215 da Carta Magna especificou formas de proteção, mas não se prendeu a expor um rol taxativo. Ciente da importância do tema, e de como as reflexões da sociedade deve ser incorporada ao direito, o legislador constituinte originário possibilitou “outras formas de acautelamento e preservação” dando margem à diversificação dos instrumentos para a proteção do patrimônio cultural. Não deve se esquecer, também, da ampliação do próprio conceito do que seja patrimônio cultural elencado no caput do dispositivo supracitado.

Outrossim, a importância e a tradicional utilização do instituto do tombamento para a proteção do patrimônio cultural, especialmente do patrimônio de natureza material, fazem deste instrumento a forma mais robusta de efetivação da proteção. Ademais, o tombamento ao incidir sobre o direito de propriedade do bem material possibilita um controle amplo de preservação da memória e da história, pois abarca uma gama de situações que visam a expansão, pelo tempo, da cultura e da história da sociedade brasileira.

O presente artigo busca analisar o procedimento de tombamento, analisando suas nuances, bem como a sua aplicação. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, com auxílio da jurisprudência nacional e a legislação extravagante dos Estados e Municípios, se norteia o estudo, com o fito de propiciar o debate sobre o tema, além de asseverar a importância da discussão para a efetivação da proteção do patrimônio cultural.

1 PATRIMONIO CULTURAL E TOMBAMENTO

O tombamento é regulado, essencialmente, por uma única norma: o Decreto-Lei n.º 25 de 30 de novembro de 1937. Apesar da intitulação de Decreto-Lei, a norma, vigente, diga-se de passagem, teve uma elaboração nos termos do processo legislativo que possibilitava um debate sobre o tema, principalmente pelo visível conflito entre o direito de propriedade e a proteção do patrimônio cultural. Sem por menores, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o citado dispositivo, apesar de que não fora ainda questionado junto ao Supremo Tribunal Federal sua constitucionalidade, fato aqui indiferente.

A importante ampliação da Constituição Federal dos instrumentos para a proteção do patrimônio cultural em nada contribui se não houver por parte de todos os entes da Federação, inclusive da própria comunidade como acusa a Lei Maior, um esforço para tornar realidade esta proteção, que de fato já ocorre satisfatoriamente em muitos estados e municípios, mas, em sua grande maioria, ainda não ocorre.

Porém a União somente pode tomar algum bem móvel ou imóvel quando o mesmo revestir caráter de interesse público da nação. Assim poder-se-ia creditar que muito do que foi construído e cravado no seio de uma comunidade, de uma pequena cidade do sul do Piauí, está fadado ao esquecimento pela sua deteriorização ou por conta de uma monstruosidade qualquer introduzida pelo capitalismo em sua incansável missão de dispor livremente da propriedade como entender o egoísta interesse privado.

Antes de tudo, entender o que possa ser patrimônio cultural é necessário não só como delimitação do campo de aplicação dos instrumentos de proteção, mas para, ciente da sua estrutura, possibilitar maior eficácia jurídica aos instrumentos de proteção desse patrimônio.

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

Vale dizer: o patrimônio cultural brasileiro – modo de preservar os valores das tradições, da experiência histórica e da inventividade artística – compreende o *patrimônio cultural nacional*, integrado pelos bens de interesse nacional, o *patrimônio cultural estadual* (de cada Estado), integrado pelos bens culturais de interesse apenas do Estado interessado, o *patrimônio cultural municipal*, de interesse de cada Município que o tenha formado. (Grifo do autor) (SILVA, 2001, p. 101)

É importante frisar que patrimônio cultural é termo de maior abrangência sobre os atos de identificação da cultura, abarcando desde a elitizada cultura erudita até a cultura das grandes massas, passando pelas marcas de identidade cultural dos grupos sociais minoritários. Nesse contexto, assevera-se que o maior interesse, pressupõe-se, na preservação do patrimônio cultural é da própria comunidade, entendida no seu conjunto plural uníssona de indivíduos das mais variadas origens e de diferentes formações culturais.

Ademais, a partir do interesse na preservação cultural, neste ponto sendo destacada a finalidade da proteção do patrimônio cultural, pode-se atribuir a cada ente federado sua responsabilidade e sua competência para dirimir aspectos normativos a despeito dos instrumentos para efetivar essa proteção. No caso do presente estudo, o tombamento tem sido o instrumento de maior escala na utilização para atribuir efeitos a determinados bens para sua preservação.

O tombamento, como já ressaltado, possui regramento normativo atribuído pelo Dec. Lei 25/1937. Em análise sobre as mudanças da sociedade, e em decorrência do surgimento de novas constituições pelo passar dos anos, poder-se-ia suscitar que tal regramento estaria defasado e seria inconstitucional. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, formando um *leading case* sobre o referido diploma.

Mas, por maioria de votos, entendeu-se ser constitucional esse diploma legal, porque, na opinião da maioria dos ministros, a Constituição de 1934 teria inaugurado um novo conceito de propriedade. O direito absoluto de propriedade, consagrado na Constituição de 1891, não mais coadunava com a realidade daquela época. A Constituição de 1937, ademais, teria permitido que a própria lei ordinária pudesse limitar o conteúdo do direito de propriedade para atender o interesse social. O Min. Castro Meira, inclusive, sustentou que essas limitações relativas ao tombamento eram decorrência da função social da propriedade. (TOMASEVICIUS FILHO, 2004, p. 240-241)

Superado esse percalço, outro existente é a viabilidade normativa do dec. Lei 25/37. Não restam dúvidas de sua efetividade federal, abrangendo todo o território nacional, mas no tocante a aplicabilidade perante Estado e Municípios a nevoa existente ainda causa celeumas jurídicas.

2. DECRETO-LEI 25/37

11 OUTUBRO
2014

Universidade de Fortaleza

Dia 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas outorga a Constituição de 1937, e dissolve o Congresso Nacional. Vinte dias depois, é promulgado o Decreto-Lei n.º 25/37. Passados quase 75 anos, a referida norma é vigente e possui eficácia de lei ordinária. É salutar questionar-se sobre como pôde a referida lei percorrer tanto tempo, ser recepcionada por diversas Constituições, tendo sido publicado quando estava dissolvido o Congresso Nacional, e, mesmo, assim ter tão grande eficácia e sustentáculo no ordenamento jurídico hodierno.

Inicialmente a nomenclatura da norma, Decreto-Lei, já instaura um trauma originário nos tempos do autoritarismo. A figura normativa não mais existe, sendo similar a ela a Medida Provisória - MP, ato unilateral do Poder Executivo. Ocorre que a MP deve atender a

critérios para sua edição, e tramitar pelo Congresso para, assim, transforma-se em lei. No caso, o decreto-lei é ato unilateral do Poder Executivo, mas não necessita tramitar pelo Congresso para ter força de lei, daí que o Dec. Lei. n.º 25/37 é eficaz e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com força de lei ordinária.

É importantíssimo frisar, que apesar do Dec. Lei ser ato unilateral, o Dec. Lei n.º 25/37 teve intenso debate no Congresso, tanto na Câmara e no Senado, e teve forte influencia dos modernistas da época.

Esse trecho é o que induz à afirmativa de que Maria de Andrade é o grande mentor do Decreto-Lei (25/1937). Contudo, como se pode perceber pelo exposto, é possível argumentar que o poeta modernista não criou genialmente o referido projeto de diploma legal em duas semanas, mas incorporou, provavelmente, ideias estrangeiras, além de diretrizes e trechos dos projetos anteriores de Luis Cedro, Jair Lins e Wanderley Pinho.

Esses catorze dias que Mário de Andrade utilizou para formular seu anteprojeto são, na verdade, fruto de uma década de debates e tentativas de se criar uma legislação de proteção ao patrimônio histórico e artístico.

[...]

Mesmo já visto anteriormente o intenso debate jurídico que antecedeu a criação do Decreto-Lei n.º 25/37, este ainda tem a pecha de ser, em sua origem, autoritário. Explica-se: é que ele não passou pela aprovação do Congresso Nacional, pois este foi dissolvido em novembro de 1937, exatamente na mesma época de promulgação do Decreto-Lei n.º 25/1937.

Ora, essa alegativa é, em parte procedente. De fato houve sim, além do colóquio jurídico aqui evidenciado, um debate político (incompleto, é verdade) na Câmara e no Senado. Conforme se vê na citação abaixo, apenas este último propôs alterações, através de emendas ao projeto de lei encaminhado às Casas Legislativas, as quais já estavam sendo votadas novamente na Câmara quando foi instituído o Estado Novo. (TELLES; CAMPOS, 2010, p.92-95)

De certo, o Decreto-Lei n.º 25/37 foi precedido de intenso debate, tanto na formulação de seu projeto como no Congresso Nacional, e na data que o mesmo iria para ultima discussão na Câmara, foi o dia em que se dissolveu o Congresso, havendo sua promulgação posterior por Getúlio Vargas com o texto integral como se apresentava naquele momento da tramitação. A referida norma é constitucional, legítima e eficaz.

2.1. – CONCEITO DE PATRIMONIO CULTURAL E BENS PASSÍVEIS DE TOMBAMENTO

O Capítulo 1 do DL 25/37 refere-se ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e aos bens cujo tombamento pode recair, sendo composto por três artigos:

Art. 1 Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Art. 2º A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

- 1) que pertençam às repartições 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.

No art. 1º, apresenta-se um delimitador do que seja o patrimônio histórico e artístico nacional, atrelando-se apenas a bens materiais. Inclusive em seu §2º eleva bens integrantes deste patrimônio. Contudo, a Constituição de 1988 ampliou o conceito de patrimônio cultural, então, por ordem hierárquica a Lei Maior prevalece no que concerne a conceituação de patrimônio cultural.

Longe de ser apenas uma nova redação, a escrita ‘politicamente correta’ pugna no sentido de que as diversas contribuições 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’.

Note-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. (CUNHA FILHO, 2008, p. 4-5)

Por outro lado, até por lógica jurídica em razão dos efeitos do tombamento e da existência de outros instrumentos hábeis a proteção do patrimônio cultural, como o Registro, somente podem sofrer Tombamento patrimônio cultural de natureza material, bens móveis e imóveis.

Já o que representa patrimônio cultural, poderá, em conformidade com a Constituição, ser ampliado pela legislação dos entes, de acordo com o seu interesse, haja vista a inovação trazida pela própria Constituição Brasileira em seu art. 216 e incisos, como frisado.

Dando seqüência à análise, no art.1º, §1º do Dec. n.º Lei 25/37, emerge o momento pelo qual o Tombamento se torna definitivo, a inscrição em qualquer livro de Tombo. Tal dispositivo marca a efetiva proteção do patrimônio cultural, e como tal, deve ser seguido sob pena de contrariedade por todos os demais entes, haja vista o tombamento recair sobre o direito de propriedade. Lembrando que, conforme art. 10 do referida norma, estando perfeita a notificação do proprietário do imóvel, o mesmo encontra-se tombamento provisoriamente.

No art. 2º do decreto-lei, mais uma delimitação agora sobre a pessoa que é proprietária do imóvel, estando a legislação concorrente atrelada a este limite, não sendo possível sua redução ou ampliação, no máximo especificar em um rol meramente exemplificativo. De semelhante forma o art. 3º apresenta uma excludente do patrimônio cultural, que são as obras estrangeiras, devendo tal exclusão ser inteiramente obedecida.

A despeito dos bens excluídos de proteção, as obras de origem estrangeira são necessariamente àquelas que são referidas no rol, que é exaustivo. Ou seja, havendo obra de origem estrangeira que não esteja dentro dos critérios trazidos pelo art. 3º, esta poderá ser tombada.

Tirante as exceções acima mencionadas, sujeitam-se ao tombamento “as coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

de direito público interno” (art. 2º DL 25/37), ou seja, não importa quem seja o dono do bem, mas o valor cultural que represente é o que determina o seu tombamento. (CUNHA FILHO, 2008, p. 6)

Deve-se frisar que a comprovação de tais critérios deverá ser feita por meio de norma específica dos entes federados que regulamentará a entrada, saída, a permanência de tais bens, o acesso ou não ao público, bem como documentos necessários. Não se trata de ser burocrata, mas de adimplir a estrita legalidade acometida a Administração Pública. Ademais o parágrafo único, aqui norma dirigida a autoridade especial, aduz a necessidade de guia de licença para transito livre.

2.2. – O PROCEDIMENTO ADOTADO PARA O TOMBAMENTO

O Capítulo quatro do Decreto-Lei n.º 25/37 adentra com dispositivos sobre o procedimento do Tombamento.

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.

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo 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

III Encontro Informal de Direitos Culturais

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.

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.

Antes da análise dos dispositivos, deve se ressaltar que o capítulo acima apresenta pontos de partida que devem ser seguidos pelos demais entes, já que são normas específicas dirigida a autoridade especial, mas que contém parâmetros limitadores, haja vista tratar-se de procedimento administrativo.

Frise-se ainda que, em havendo lei específica sobre procedimento administrativo, esta deve ser adotada de forma equânime respeitando o procedimento do tombamento, por ser este um ato administrativo. No âmbito federal cinge a lei 9.784/99, que pode ser aplicada na ausência de lei estadual, distrital ou municipal.

O art. 4º emerge com rol de livros que deverá ser adotado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN* percebe-se de plano uma eficácia plena do dispositivo, mas denota-se a necessidade de um órgão do Poder Executivo que execute o tombamento, devendo o mesmo, conter Livros de Tombo onde deverão ser inscritos os bens tombados. O tipo, nome e quantidade de livros não é uma regra que deve ser seguida estritamente, sendo possível a criação de novos livros relacionados a determinada espécie de patrimônio cultural.

De igual eficácia é art. 5º, que pode emergir com uma dúvida a despeito da possibilidade, por exemplo, do Município tomar bem da União. O que parece plenamente possível, já que os bens excluídos do tombamento são somente os que estão dispostos, exaustivamente, no art. 3º do decreto-lei.

O procedimento adotado pelo decreto-lei deve ser cumprido rigorosamente pelo IPHAN, vinculando os entes federados em determinados aspectos, mas não impede que seja adotado outro tipo de tramite, desde que respeitados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa consoante art. 5º, LIV e LV da Lei Maior.

Um dos pontos que deve ser observado, sob pena de nulidade, é a despeito do Conselho Consultivo, que apesar da omissão de sua exigência legal, deve ser criado por todo ente que realizar a proteção do patrimônio cultural, por tratar-se de meio de participação da comunidade e reveste o procedimento administrativo de tombamento com uma manta mais densa de supremacia do interesse público em razão do princípio da participação popular. Mais a frente abordar-se-á mais detidamente o referido órgão.

Ressalte-se que existem três tipos de tombamentos: de ofício, voluntário e o compulsório. O tombamento compulsório pode ser dividido em provisório ou definitivo. O tombamento de ofício diz respeito aos bens públicos, sendo exigida a notificação da autoridade cuja guarda o bem estiver. Este tipo de tombamento tem aplicabilidade plena, e como regra procedimental, não pode sofrer alteração por legislação concorrente. Já o tombamento compulsório possui procedimento específico.

O *tombamento compulsório* ocorre quando o proprietário particular se recusa a anuir à inscrição da coisa (Decreto-lei 25, de 1937, art. 8º). Nesse caso o tombamento reveste-se do caráter mais complicado, que se desenvolve nos termos

*O referido órgão hoje é chamado de Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional de âmbito nacional.



III Encontro de Intelectuais Culturais

seguintes: 1) o órgão competente notificará o proprietário da coisa, para anuir ao tombamento, dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da *notificação*, ou para, se quiser impugnar, oferecer, dentro do mesmo prazo, as razões da *impugnação*; 2) no caso de não haver impugnação no prazo assinalado, que é fatal, a autoridade competente mandará, por simples despacho, que se proceda à *inscrição* da coisa no Livro do Tombo competente; 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinalado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros 15 dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento a fim de sustentar a inscrição; 4) em seguida, independentemente de custos, o processo será remetido ao Conselho Consultivo do IPHAN, quando se tratar de tombamento de sua competência (ou a órgão correspondente nos Estados e Municípios), que proferirá *decisão* a respeito, dentro do prazo de 60 dias, a contar do seu recebimento; 5) em qualquer caso, determinado o tombamento, sua eficácia fica dependendo de *homologação* do Ministro da Cultura; 6) quando realizado pelo IPHAN, cabe recurso para o Presidente da República (Decreto-lei 3.866, de 1940). (Grifo do autor) (SILVA, 2001, p. 163)

O tramite adotado tanto no tombamento voluntário quanto no tombamento compulsório servem de parâmetros, contendo aspectos que devem ser seguidos à risca pelos entes, como é o caso de apreciação pelo Conselho Consultivo bem como da homologação da decisão do Conselho.

Muitos aspectos descritos no DL 25/37 necessitam de legislação complementar, como a notificação por edital do proprietário, mas não são essências para a condução do procedimento administrativo, pois, como citado, deve-se utilizar a legislação referente a procedimento administrativo para fins de sanar possíveis omissões.

Ao fim do capítulo II, o art. 10 do decreto-lei, conduz regra de aplicabilidade plena a nível procedimental, elevando a notificação com caráter de comunicação de tombamento provisório, medida que assegura o esvaziamento do objeto do tombamento, a exemplo, sua destruição. Tal ato se estende a todos os entes e concerne ao próprio tombamento, que se reveste de caráter provisório e ao final do procedimento poderá se tornar definitivo.

2.3. – OS EFEITOS DO TOMBAMENTO

O capítulo III é dirigido aos efeitos do Tombamento. Aqui o parâmetro diverge do utilizado sobre o conceito de patrimônio cultural a ser protegido pelo Tombamento. A interpretação sistemática teleológica deve preponderar no sentido de que haja uma maior efetividade de proteção ao patrimônio histórico cultural.

Os Estados, Distrito Federal e Municípios podem traduzir outros efeitos ao tombamento, mesmo que estes efeitos venham a ser diversos do traduzido pelo Dec. Lei. Porém a própria natureza jurídica do tombamento emerge restrições claras a propriedade que devem ser respeitadas.

Universidade de Fortaleza
É o tombamento, nesse sentido, que constitui o bem tombado em patrimônio cultural nacional, estadual, do Distrito Federal ou municipal. Ao impor restrições (*non facere*), transforma bem em *bem de interesse público*, cujo valor deve ser auferido por todos (*pacti*). Não institui, propriamente, um bem de domínio público, mas de *interesse público*. Inova a situação jurídica do bem (seja público, seja privado), ao impor-lhe um regime especial. Se privado, não lhe retira a condição de direito subjetivo, mas impõe um conjunto de restrições, tendo em vista o valor positivo do bem, cujo gozo passa a ser coletivo. O bem tombado, se privado, continua na esfera do direito do particular: ele não é desapropriado, mas posto a serviço da coletividade. Por isso, o particular, no exercício do seu direito, deve submeter-se aos deveres decorrentes do tombamento (*supportar pacti*), inclusive às

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

obrigações especiais referentes aos cuidados especiais na sua conservação. Pode aliená-lo, mas dentro dos limites impostos pela lei (inalienabilidade relativa). (Grifo do autor) (FERRAZ JÚNIOR, p. 22)

Assim, o tombamento, independentemente de outros efeitos aduzidos pela legislação suplementar acarreta a alienabilidade relativa, art. 12, obrigação de não fazer, art. 14 e 17, conservar, art. 17, e restrições ao entorno do bem tombado, art. 18. Contudo, situação especial é a de bens tombados de propriedade da União, Estados e Municípios.

O art. 100 do Código Civil Brasileiro assevera a inalienabilidade dos bens públicos, de uso comum e de uso especial. Fato relevante é a coexistência dessa inalienabilidade e os efeitos do tombamento, haja vista as restrições sofridas no direito de propriedade.

Com relação aos bens pertencentes à União, Estados e Municípios, a lei estabeleceu uma inalienabilidade especial. Com esse dispositivo legal, será inaplicável aos bens públicos tombados a regra geral de que a inalienabilidade desses bens possa ser dispensada por lei emanada, individualmente, por essas pessoas políticas (art. 67 do Código Civil). Havendo tombamento, pela União, de bem público federal, estadual ou municipal, sua inalienabilidade só poderá ser liberada por lei federal específica em relação a este bem, que autorize sua alienação. Entretanto, a inalienabilidade desses bens públicos não é absoluta, já que é permitida sua transferência a qualquer uma dessas pessoas jurídicas entre si. O art. 11 do Decreto-Lei 25/37 é lei especial e, portanto, só pode ser modificado ou alterado por outra lei especial, e não por lei geral que disponha sobre a alienabilidade dos bens públicos, salvo se houver dispositivo específico neste sentido. (RABELLO, 2009, p. 105)

Não menos importante, e também efeito decorrente do tombamento de aplicabilidade plena a todos os entes, é a averbação no livro de registro de imóveis no cartório competente, porém somente quando findo o processo administrativo de tombamento com a inscrição no livro do tomo, o que caracteriza o tombamento definitivo. Lembrando que o parágrafo único do art. 10 do DL 25/37 assevera os efeitos desde o tombamento provisório, ou seja, a partir da notificação do início do procedimento administrativo.

De fundamental importância, sendo um dos efeitos mais raros ao Tombamento, é a servidão que os bens vizinhos ao tombando sofrem. Esta servidão é caracterizada pela impossibilidade de que se construam obras nos prédios vizinhos que de alguma forma interfiram, inclusive na sua visualização. O art. 18 do DL 25/37 assevera tal efeito impondo pena de multa no caso de seu descumprimento, além da possibilidade de demolição.

Não há que se negar a aplicabilidade deste feito a todos os bens tombados, independentemente da sua esfera ou por qual ente. A preservação do entorno é medida salutar e necessária vista a sua relação na conservação do meio ambiente cultural em que se insere o bem tombado.

A definição de entorno como “ambiente” dos monumentos e, portanto, suscetível de interesse cultural encontra também fundamentos teóricos na doutrina italiana de Giovannoni, arquiteto italiano que concebe o importante conceito segundo o qual a salvaguarda dos bens culturais “não se deve limitar a considerar o monumento singular, mas estender o conceito de conservação ao ambiente circunstante”. Dessa afirmação geral se depreende que o conceito de entorno deve ser compreendido como o conjunto de imóveis que circunda o monumento, o qual é necessário proteger por sua decisiva influência na valorização e configuração histórico-artística do patrimônio cultural, o que por si só lhes confere um valor cultural relevante. (GUIMARÃES, 2010, p. 213)

Exaltada a necessidade de proteção do entorno, há de se ressaltar que o DL 25/37 não trouxe critério que possam definir limites ou a extensão do entorno. Também nunca se deve esquecer que a ação do poder público só é possível por via estreita da legalidade, principalmente no tocante a restrição na propriedade, que, no caso do entorno, poderá limitar

desde uma simples construção e alterações arquitetônicas que alterem o meio ambiente cultural.

Assim, poder-se-ia dizer que o efeito gerado pelo tombamento de um bem ao seu entorno, só passaria a existir com o estabelecimento de critérios normativos legais através de uma legislação própria. De fato, tal assertiva não parece equivocada já que o estabelecimento de tais critérios fortaleceria mais ainda o efeito ora em apreço, mas deve se lembrar que o DL 25/37 em seu art. 18 já estabelece um critério: impedimento ou redução da visibilidade.

Ademais, o dispositivo citado emerge outras formas de restrição ao entorno da vizinha de maneira exemplificativa. Desta forma, mesmo sem uma legislação suplementar o efeito ao entorno do bem tombado é eficaz, cabendo apenas ao legislador concorrente suplementar tal regramento com outros aspectos.

O legislador deverá ter a preocupação com a proteção da visibilidade da coisa tombada para que possa permitir uma fruição estética, mesmo à distância, não devendo, entretanto restringir o conceito de visibilidade aos seus aspectos objetivos. Ela deverá ser entendida do ponto de vista físico (distância, perspectiva, altura...), como também, finalístico e qualitativo (harmonia, interação e ambiência). (GUIMARÃES, 2010, p, 211-212.)

No último capítulo IV, a despeito do direito de preferência que é uma consequência tanto do tombamento provisório quanto do definitivo, em face ao interesse público existente, e pelo próprio teor do *caput* do art. 22, é latente a sua aplicabilidade plena em todos os âmbitos da federação.

Ora, como consequência do ato jurídico do tombamento, o Decreto-lei 25/37 quis conferir à administração direitos específicos, como o de preferência, que embora gerado pelo ato administrativo, constituiu-se direito individualizado da administração, oponível aos terceiros envolvidos na negociação de determinado bem privado – a alienação. É absolutamente compatível com a lógica e sistemática do direito positivo brasileiro que a constituição de direitos específicos que interfiram na relação da alienação de bens imóveis, sujeitos à segurança do sistema do registro, tenham que ser também registrados, para que produzam os seus efeitos. A função do registro na aquisição do imóvel é de fundamental importância. Por conseguinte, ainda que a lei estabeleça a preferência na aquisição de pessoa de direito público, é compreensível que, para exercício desta faculdade, tenha a administração de mandar averbar esse direito no registro imobiliário, a fim de que produza efeitos contra terceiros adquirentes. (RABELO, 2009, p. 111-112)

Os limites à alienabilidade do bem tombado são diretamente ligados ao direito de preferência. Uma das principais razões para a proteção do patrimônio cultural é justamente preservar, no caso do tombamento, bens matérias carregados de conteúdo cultural que tenham uma significativa relação com a construção da sociedade. Por esta razão o direito de preferência na alienação do bem tombado decorre do interesse público, caso contrário, não haveriam razões para a existência do tombamento.

Mas o que interessa destacar é a necessidade ou não de notificar os entes federados na ordem destacada pela lei, independentemente do âmbito que o bem esteja tombado. Em um juízo interpretativo, vários cominhos podem ser seguidos, devendo então averiguar-se, inicialmente a intenção do legislador. Pela interpretação sistemática do DL 25/37, o tombamento evidenciado é o da União, e neste caso, deve haver a notificação de todos os entes, partindo da União, Estado e município.

No caso de bem tombando somente pela União parece ser desnecessário, em virtude do comando legal do Decreto-Lei, averiguar a razão de o Estado e o município estarem incluídos no direito de preferência, já que não houve o tomo por parte de tais entes. A verdade é uma e corrobora com a razão da necessidade de proteger o patrimônio cultural, o interesse público.

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

3rd International Meeting on Cultural Rights

Por óbvio o bem tombado unicamente pela União está na circunscrição de um município, que por sua vez está inserido em um Estado. Se o bem tombado representa o interesse nacional, é evidente que o referido bem tem um expressivo valor local, o que justifica a necessária faculdade do direito de preferência ao Estado e ao município.

Por outro viés, sendo um bem tombado pelo município, não parece ser necessário notificar todos os entes para que estes possam ou não exercer direito de preferência, já que o interesse local estaria restrito àquele município. Ora, a assertiva esta totalmente alheia a proposta de promoção da proteção do patrimônio cultural. Se um bem tombado é de interesse municipal, este interesse é parte do interesse nacional e, portanto, tanto o Estado quanto a União devem ter a faculdade de exercer o direito de preferência, sob pena de nulidade, sendo mantida a mesma ordem cravada no art. 22 do DL 25/37.

2.4. – SANÇÕES

As indisposições ou o não cumprimento de tais restrições e obrigações acarretam sanções de ordem econômica, art. 15 a 20, e de ordem criminal, art. 15, §3º e art. 21, todos dispositivos do Decreto-Lei n.º 25/37. Contudo, as sanções administrativas previstas no Decreto-Lei somente podem ser aplicadas pelo IPHAN que é o órgão competente para tanto. Isso com relação a bens tombados a nível nacional.

A autoridade do IPHAN para aplicar multas administrativas decorre do §1º do art. 70, da lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas de condutas lesivas ao meio ambiente. Não se pode incorrer no equívoco de entender o conceito de meio ambiente diverso de patrimônio cultural.

Marcos Paulo Miranda declara que o íntimo relacionamento entre cultura e meio ambiente é fato totalmente incontroverso, a ponto de o próprio legislador constituinte ter elencado os sítios de valor paisagístico e ecológico, que a princípio seriam bens meramente naturais, como integrantes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, inciso V, da Constituição Federal). Lembra ainda que o Decreto-Lei n.º 25/37 já viabiliza o tombamento (instrumento de proteção eminentemente cultural) de monumentos, sítios e paisagens dotados pela natureza de feições notáveis (art. 1, §2º). Por derradeiro, menciona que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) tem entre seus objetivos o de proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural (art. 4º, inciso VII, da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000.) (RODRIGUES; WALCACER, 2009, p. 79)

Contudo, ainda haveria outro requisito a ser cumprido pelo IPHAN para a aplicação de sanções: ser integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. Ocorre que tal requisito se satisfaz consoante o inciso III do art. 6º da Lei 6.938/81, onde o IPHAN, pela sua função de preservar o ambiente cultural, se enquadra como órgão setorial do SISNAMA.

A atuação do IPHAN, como já ressaltado, somente se deve a bens tombados pelo referido órgão, o que o impede de sancionar violações a bens tombados a nível estadual e municipal. Mas, é pelo mesmo raciocínio que os órgãos estaduais e municipais que detêm a competência para promover a proteção do patrimônio cultural são autoridades competentes também para lavrar auto de infração por violação aos bens tombados dentre de sua territorialidade.

Os órgãos estaduais e municipais de preservação do patrimônio cultural são também ambientais, na medida em que protegem o meio ambiente cultural. Integram igualmente o SISNAMA como Órgãos Seccionais e Locais, respectivamente, eis que são responsáveis, em seu âmbito de atuação, pela

III Encontro Internacional de Direitos Culturais

execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental cultural (incisos V e VI da Lei n.º 6.938/81- versão atual). (RODRIGUES; WALCACER, 2009, p. 88)

Indubitavelmente os órgãos de promoção da proteção do patrimônio cultural, em todas as esferas, dentro do âmbito de atuação de cada delas e respeitada sua territorialidade, têm competência para autuar aqueles que praticam condutas lesivas ao patrimônio cultural, é o simples exercício de sanção do poder de polícia administrativo. A despeito dos órgãos de promoção da proteção do patrimônio cultural, cada ente é responsável pela sua criação, como se examinará detidamente mais à frente.

No campo penal, a aplicação se dará conforme a Lei 9.065/98, artigos 62 a 65, sendo a autoridade policial competente para tanto, em qualquer das esferas do Estado Federal e sob qualquer que seja o âmbito do bem tombado, haja vista ser competência privativa da União, conforme art. 22, I da CF, legislar sobre direito penal.

Findando o Decreto-Lei n.º 25/37, as disposições gerais trazem providências que exigem norma complementar para adquirem eficácia plena, mas não possui tais disposições a imperiosa necessidade de cumprimento por parte dos entes federados, com exceção da União.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Decreto-Lei 25/37 apesar da sua idade se mostra jovem e forte. Sua aplicabilidade perante os Estado e Municípios é vigorosa e válida, desde que seja legalmente designada a autoridade competente e a criação do Conselho Consultivo.

Mesmo diante das várias Constituições que pelo tempo se perderam, o DL 25/37 foi por todas elas recepcionadas sempre tendo corpo firme e robusto. Há que se reconhecer que em virtude do desenvolvimento da sociedade, e do surgimento de novos paradigmas, alguns dispositivos perderam força conceitual, como o próprio *caput* do art. 1º que definia patrimônio cultural.

Novos elementos adentram no ordenamento jurídico brasileiro e fazem do DL 25/37 ponto de partida para abarcarem com a maior eficiência a proteção do patrimônio cultural. A importância dos municípios é salutar pela proximidade com o bem protegido, e a eficiência da fiscalização sobre esses bens somente se dá de maneira efetiva com o uso de sua competência suplementar.

Com a entrada em vigor do Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, e a expressa previsão do tombamento como instrumento de política urbanística, o papel municipal se enrijece e o tombamento ganha novos ares de política cultural e urbanística.

Assim, o estudo do Decreto-Lei n.º 25/37 para a sua correta implementação se faz necessário para a perfeita consumação do processo de tombamento, com um olhar sempre focado na promoção da proteção do patrimônio cultural.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988.



_____. **Decreto-Lei n.º 25 de 30 de novembro de 1937.** Organiza o patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em 29 de maio de 2012.

CUNHA FILHO, F. H. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988:** a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

_____. **Impactos da Constituição Federal de 1998 sobre o tombamento de bens do patrimônio cultural brasileiro.** Salvador, mai. de 2008. IV Enecult. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14209-02.pdf>>. Acesso em 07 mai. 2012.

DIAS, Márcia Regina Martins Lima. Tombamento e desapropriação: a intervenção do Estado na revitalização da região portuária do Rio de Janeiro. **Revista magister de direito ambiental e urbanístico.** n. 34, p. 72 a 91, fev./mar. 2011.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. O tombamento de bens imóveis – apontamentos sobre o sentido e os valores do tombamento de bens imóveis na atualidade e a proteção do entorno via legislação especial urbanística. Uma abordagem comparada da legislação brasileira e da portuguesa. In: FERNANDES, Edésio. ALFONSÍN, Betânia (Org). **Revisitando o instituto do tombamento.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RABELLO, Sonia. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio. ALFONSÍN, Betânia (Org). **Revisitando o instituto do tombamento.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **O Estado na preservação dos bens culturais:** o tombamento. Rio de Janeiro, IPHAN, 2009.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; WALCACER, Fernando. Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservações patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais. **Revista magister de direito ambiental e urbanístico.** n. 25, p. 68-90, ago./set. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Malheiros, 2001.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; CAMPOS, Marcio D’Olne. Entre a lei e as salsichas: análise dos antecedentes do decreto-lei n.º 25/1937. **Revista magister de direito ambiental e urbanístico.** n. 27, p. 83-99, dez./jan. 2010.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. **Revista de informação legislativa,** Brasília, a.41, n. 163, p. 231-247, jul./set. 2004.

11 outubro
2014
Universidade de Fortaleza
Fortaleza
Ceará - Brasil

