

O TOMBAMENTO COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Vagner BERTOLI¹

RESUMO: O tombamento como instituto constitucional, que visa preservar o patrimônio ambiental para as futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Tombamento; Preservação; Futuras Gerações.

Introdução

O tombamento é um instituto constitucional que toma possível a intervenção do Poder Público na esfera privada (direito de propriedade) para proteger o patrimônio ambiental, por meio da preservação de obras e locais de valor histórico, arqueológico, estético e paisagístico, bem como dos documentos, impedindo, assim, a sua destruição ou descaracterização.

1. O Tombamento

Historicamente, o instituto do tombamento remonta ao século XII, em Portugal, onde havia preocupação em preservar documentos relativos a bens móveis ou imóveis, de relevante importância histórica ou artística.

Diga-se, inclusive, que o nome “tombamento” deriva de Torre do Tombo, do Castelo de São Jorge, em Lisboa, local em que se guardavam os documentos que deveriam ser preservados.

E é exatamente neste sentido que se usa, até hoje, o termo “tombamento”: registrar os fatos importantes relativos a bens imóveis ou não. Tanto que os assentos referentes ao “tombamento” são realizados no Livro do Tombo, nomenclatura usada, inclusive, pelo legislador pátrio.

Anote-se, também, que a doutrina segue o mesmo caminho. No entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado pelo eminente ambientalista Paulo Affonso Leme Machado, define tombamento:

É urna intervenção ordenadora e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de Direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico e paisagístico (1996: p. 647).

No mesmo passo, a Secretaria Estadual da Cultura do Governo de São Paulo, em sua página na Internet, define tombamento como:

¹Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru - ITE. Professor de Direito Constitucional no Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

“(...) uni conjunto de ações realizadas pelo poder público com o objetivo de preservar,; através da aplicação de legislação específica, bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e também de valor afetivo para a população, inpedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados”.

(<http://www.prodam.sp.gov.br/dphlpreserva!prtomb.htm>).

No Brasil, antes da edição do decreto-lei nº 25/37, que visou à organização e à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, o assunto era tratado em normas individuais (em relação a cada bem a ser tombado).

Assim, dada à necessidade de se criar uma disciplina uniforme sobre as edificações, obras de arte, parques arqueológicos e sítios naturais, abarcando todo bem que pudesse ser considerado patrimônio de interesse nacional, o referido decreto-lei ampliou a extensão do conceito de bens que podem ser objeto de tombamento. Confirma-se, neste sentido, o seu artigo 1º que, in verbis:

Art. 1º 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 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 nacional depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o Art. 4º desta lei.

§ 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.

Com efeito, o decreto-lei nº 25/37 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, qual, inclusive, no seu art.216, parágrafo primeiro consagrou o tombamento como uma das formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

2. Patrimônio Cultural

Ao tratar da cultura, o constituinte houve por bem conceituar patrimônio cultural em seu artigo 216. Verifique-se:

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 “.*

Realmente, como esclarece Paulo Affonso Leme Machado, a Constituição sistematizou o tema da seguinte forma:

“o caput se refere à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira. Os quatro incisos do mesmo artigo apresentam a relação de ‘bens de natureza material e imaterial’ que podem ou não se relacionar com os grupos da sociedade brasileira. A distinção que se faz tem como conseqüência que os bens incluídos nos quatro incisos podem ser protegidos mesmo que não tenham direta ou indiretamente vínculos à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira” (1996: p. 648).

Aliás, no tocante à técnica legislativa, é importante dizer que ao prever a proteção de “formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver”, a Constituição consagrou uma cláusula aberta que permite ser preenchida com novos conteúdos, dados no tempo e no espaço, possibilitando proteção dinâmica.

De outra parte, há legislação infraconstitucional que completa o tema. O decreto nº 3.551/00 instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e também o programa nacional do patrimônio imaterial.

De fato, o aludido decreto determina que os registros dos bens culturais que merecerão à tutela constitucional devem ocorrer em pelo menos quatro livros: o Livro de Registro dos Saberes, no qual se registrará o conhecimento e modo de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; o Livro de Registro das Celebrações, em que constarão os rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; o Livro de Registro das Formas de Expressão, destinado à inscrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas e, finalmente, o Livro dos Lugares, em que se inscreverão mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Ressalte-se que tais inscrições objetivam a preservação histórica do bem e da sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

3. Garantia constitucional do direito de propriedade em face do tombamento

Não se desconhece que a Constituição de 1988 considera o direito de propriedade como pertencente à categoria de direito fundamental (art. 5º, inciso XXII) que, na sua essência, são intangíveis e não modificáveis (art. 60, § 4º).

Todavia, isto não significa que exercício do direito de propriedade seja ilimitado, pois, como determina a própria norma constitucional, o direito de propriedade está condicionado à sua função social (artigo 5º, inciso XXIII). Aliás, ao cuidar dos princípios norteadores da atividade econômica (artigo 170, incisos II e nu), a Lei Maior reitera a consagração dos princípios (conexos) da propriedade e da função social.

De fato, embora aparentemente contraditórios os aludidos princípios, eles, no contexto

da moderna hermenêutica constitucional, são vetores axiológicos auto-limitativos, que existem por sucessivas interferências recíprocas que procuraram “harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas a concretizar” (CANOTILHO: 1998, p. 1.096).

Bem por isso, um princípio jamais pode impedir a concretização do outros, eles devem coexistir, em interação dialética, ou ainda, na perspectiva de Karl Larenz, num “jogo concertado de princípios” (LARENZ: 1989, p. 490).

Assim, fica fácil concluir que o direito à propriedade não é absoluto nem ilimitado, já que é inteiramente condicionado pelo princípio da função social. Ou seja, a Constituição somente protege a propriedade que cumpre a sua função social.

Com efeito, a respeito do tema, lembra Celso Ribeiro de Bastos que:

“A função social visa a coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim, da ordem jurídica [...]. A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes, até com medidas de grande gravidade jurídica a recolocar a propriedade na sua trilha normal” (1989: p. 125).

Ainda, neste passo, cumpre ressaltar que a Constituição impõe ao titular da propriedade uma ação (um fazer) comprometida com sua função social, eis que, nos dizeres de Sérgio de Andréa Ferreira, ela “pode levar a que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum, correspondendo a uma concepção ativa, comissiva, do uso, do exercício da propriedade”.

E é exatamente neste contexto hermenêutico-constitucional que se insere o tombamento como instrumento de preservação da coisa que, por via reflexa necessária, provoca a interferência estatal no direito de propriedade privada², o qual, depois de gravado pelo tombamento, será tutelado por um regime jurídico público, e não mais privado, embora o bem continue na posse e domínio do particular³.

Neste sentido, o direito de propriedade sobre o bem cultural a ser tombado refoge à esfera privada, para tornar-se direito cultural que é direito comum de todos, também chamado de difuso, transindividual.

Bem por isso, o tombamento envolve limitações de exercício das faculdades do domínio reguladas na legislação infraconstitucional, decreto-lei nº 25/37, como por exemplos, o direito de preferência da União, Estados e Municípios para aquisição onerosa dos bens tombados (artigo 22 e parágrafos); limitações quanto ao deslocamento dos bens culturais (art. 13 parágrafos 2º e 3º) e quanto à sua saída do país e à exportação (art. 14 e 15); proibição de destruição e mutilação dos bens tombados, inclusive, da prévia autorização governamental, para restaurá-los (art. 17); direito público de vizinhança (área de entorno) que implica a vedação de construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada (art. 18).

Tema interessante no concernente às limitações à propriedade é o da indenização. Isso porque, enquanto na desapropriação é pacífico o dever de indenizar do Poder Público (art. 50, inciso XXIV da Constituição Federal), em se tratando de restrição de um ou mais faculdades do domínio, iii casu, o tombamento (art. 216, parágrafo primeiro da CF), o ressarcimento dependerá do caráter geral das restrições.

Isto significa que, se a propriedade tombada está inserida num contexto de outros bens igualmente tombados (a propriedade não está sujeita a gravames desiguais em relação às demais propriedades vizinhas, como por exemplo, as cidades históricas de Ouro Preto e Olinda), nada

há a indenizar pelo Poder Público, eis que a limitação é geral. Por outro lado, se a propriedade é escolhida solitariamente para ser conservada, impõe-se o dever de indenizar, já que, nestes casos, a limitação passa a ser individual e não geral (MACHADO: 1996, p. 687).

Diga-se, também, que, em vez da indenização, o particular pode optar pela alienação do direito de construir não utilizado ou o direito de construir em outro local, isenção de impostos, como formas de compensar o ônus suportado.

Além disso, como ensina, com muita propriedade Flávio de Queiroz B. Cavalcanti:

“o tombamento pode provocar sobre a propriedade, vale dizer sobre o feixe de faculdades componentes do direito de propriedade, três tipos de conseqüências: (a) No primeiro e mais raro, o tombamento não promove qualquer inibição, com ocorre, por exemplo, no tombamento de um quadro em que seu proprietário não perde o deleite, ou, com o tombamento de bens públicos; (b) Na segunda, o tombamento atinge com tal violência o uso da coisa, que a mesma perde, por exemplo, o seu conteúdo econômico; (c) Na situação mais comum, o tombamento restringe o direito de propriedade, com diminuição de seu potencial econômico, sem, contudo, ocorrer seu complexo esvaziamento. A solução à questão principal de cabimento da indenização dependerá do efeito que o tombamento provoca sobre o direito de propriedade, sendo evidente que, na primeira das situações, isto é, naquela em que não houve dano, não há o que se falar em indenização”.

4. O tombamento e o devido processo legal

O devido processo legal encontra-se consagrado em nossa Carta Magna no artigo 5.º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Modernamente, este dispositivo é analisado sob dois aspectos: o processual (procedural) que implica na observância de um procedimento justo destinado à eventual privação ou à limitação do direito de propriedade e de liberdade e o material (substantive due process) decorrente do próprio sistema constitucional vigente, em que se equacionam os meios, e sopesam a sua adequação, para alcançar os fins previstos na Constituição⁵.

Na esfera da Administração Pública, a presença destes vetores, resulta na observância do procedimento formal “para tornar efetivas as garantias do ‘contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5, LV da CF), a envolver a oposição de razões e a apresentação de postulações, o oferecimento de prova, contraprova e contradita. Em suma: a impugnação, devidamente instrumentalizada, ao ato que o atingirá” (FERREIRA: 1997), além da análise material que se refere à competência, objeto, fim, motivo, elementos estritamente vinculados ao princípio da moralidade administrativa (CASTRO: 1989, p. 37).

4.1. Do Procedimento

Explicitados os princípios que nortearam o tombamento, cabe tratar do procedimento a ser observado para perfeita regularidade do ato (a contrario sensu, para não maculá-lo de invalidade ou ineficácia).

O primeiro passo é a existência de valor cultural na coisa que o Poder Público pretende incluir no patrimônio cultural brasileiro, atentando-se para os requisitos expressamente

contemplado no artigo 216 da CF: seja portadora de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O procedimento regrado pelo Decreto-lei nº 25/37, de fato, inicia-se com uma peça inicial que deve conter a indicação do bem que se pretenda tombado. Em seguida, deve-se proceder à notificação do proprietário “para anuir ao tombamento” ou para o “impugnar”. No caso de contestação, o principal argumento versará sobre o valor cultural e natural do bem tombado e da necessidade da restrição. Ressalte-se que não havendo impugnação poderá ser determinado o tombamento pelo Ministro da Cultura (esfera federal) ou Secretário da Cultura (na esfera estadual).

Por outro lado, se apresentada defesa, a Administração deve responder ao proprietário, com base em laudos técnicos. A decisão incumbe ao Ministro da Cultura ou Secretário da Cultura, dependendo da natureza do tombamento, federal ou estadual.

Autorizado o tombamento do bem imóvel, órgão competente deverá expedir o Auto de Tombamento, que será registrado e averbado na matrícula do imóvel (art. 246 da Lei nº 6.015/73)⁶ que é o que caracteriza o término do processo de tombamento e prova de que ele foi efetivado.

Conclusão

Como já mencionado, o tombamento data do século XII, quando já existia a preocupação em resguardar o patrimônio cultural para as próximas gerações, guardando assim a identidade de um povo em sua época.

O legislador constitucional, demonstrando a mesma preocupação, erigiu como norma constitucional o tombamento, assegurando, assim, a preservação do patrimônio cultural, podendo, por meio dele o Poder Público exercer efetivamente a sua tutela, protegendo os documentos, obras e locais de valor histórico, paisagístico, estético e arqueológico.

FALLING AS FORM OF PRESERVATION OF THE CULTURAL PATRIMONY BERTOLI, Vagner.

ABSTRACT: The falling as constitutional institute, that aims preserv the environmental patrimony to future generations.

KEYWORDS: Constitution; Falling; Preservation; Future Generations.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. Tombamento e Dever do Estado de Indenizar. Revista

Jurídica. São Paulo: RTJ dos Estados, nº 130.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O tombamento e o devido processo legal. Revista Jurídica. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 208, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1989.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. Revista Jurídica. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 161, 1995.

SIQUEIRAE SILVA, Paulo Fernando de. Prática da Lei nº6015/73. Tombamento. Decreto Lei 25 de 1937. Estudos de Direito Registral Imobiliário, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

TUGLIO, Vania Maria. Patrimônio histórico. Uma lacuna legal. Webgrafia

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. (http://www.mp.rs.gov.br/hmpage2.nsf/pages/cma_patcul)

<http://www.mp.sp.gov.br/caoumaJdoutrinaJamb/teses/patrimoniohistorico>).

