

**ORDENAÇÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA**

© JOSÉ AFONSO DA SILVA

ISBN 85.7420.276.2

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29 - conjunto 171  
CEP 04531-940 - São Paulo - SP  
Tel.: (0xx11) 3842-9205 - Fax: (0xx11) 3849-2495  
URL [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@zaz.com.br](mailto:malheiroseditores@zaz.com.br)*

*Editoração Eletrônica  
Letra por Letra Studio*

*Capa  
Criação: Vânia Lucia Amato  
Arte final: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
3-2001

## Capítulo X

### MEIOS DE ATUAÇÃO TUTELAR DO PATRIMÔNIO CULTURAL

*1. Base constitucional. 2. Classificação dos meios de atuação. 3. Tombamento: 3.1 Conceito, natureza, tipos e procedimentos – 3.2 Efeitos do tombamento – 3.3 Revisão e cancelamento do tombamento. 4. Regime especial de proteção do patrimônio arqueológico. 5. Meios repressivos de proteção ao patrimônio cultural. 6. Coordenação das atividades protetoras.*

#### **1. Base constitucional**

*1. Os meios de atuação tutelar do patrimônio cultural estão hoje previstos no art. 216, § 1º, da Constituição, onde se determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, pelos seguintes meios: I – inventário; II – registros; III – vigilância; IV – tombamento; V – desapropriação; VI – outras formas de acautelamento e preservação.*

Vê-se, daí, que *meios de atuação* constituem formas, procedimentos ou instrumentos preordenados para promover e proteger o patrimônio cultural. Alguns desses meios são apropriados à formação oficial do patrimônio cultural, por constituírem técnicas jurídicas destinadas a elevar determinado bem à condição de participante desse patrimônio – tais são, por exemplo, o *inventário*, os *registros*, o *tombamento* e a *desapropriação* e outras formas de *aquisição* (compra de um

quadro, por exemplo). Outros são meios de proteção desse patrimônio já constituído, como a *vigilância*, a *fiscalização*, os *reparos*, a *restauração*, as *restrições* à imodificabilidade e à alienabilidade.

2. Alguns desses meios têm aplicação geral – como é o caso do tombamento e da desapropriação, que tanto se usam para móveis ou imóveis, embora não sejam formas adequadas à conservação de *documentos*. Estes são mais propensos a registros em arquivos públicos, mas existem arquivos privados, e, conforme seu interesse, podem ser tombados e classificados como de interesse público, sem sua transferência para o patrimônio público, ou podem até ser desapropriados, transformando-se, assim, em arquivo público. O *registro* e o *inventário* não são formas regulamentadas. Mas o registro de obra literária, por exemplo, na Biblioteca Nacional constitui uma forma de conservação, assim como o registro de obras de arte em pinacotecas ou mesmo em museus. Embora a lei sobre direitos autorais (Lei 9.610, de 1998) disponha que a proteção dos direitos sobre obras intelectuais, de que ela trata, independa de registro; é facultado ao autor promover o registro de sua obra no órgão público competente, previsto no art. 17 da Lei 5.988, de 1973,<sup>1</sup> ou seja, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Os *museus* entram naquelas outras formas de acautelamento mencionadas na Constituição (art. 215, § 1º), ao mesmo tempo em que se caracterizam como modalidades de espaços destinados às manifestações artístico-culturais a que também faz menção a Constituição (art. 215, IV). A eles, como já vimos, cabe *recolher, classificar e expor ao público objetos de importância histórica e valor artístico, e concorrer, por meio de cursos, conferências, comemorações e publicações, para o conhecimento da história pátria e o culto das tradições, das artes etc.*

## 2. Classificação dos meios de atuação

3. Os meios de atuação, arrolados acima, podem ser classificados nos seguintes grupos: I – *meios primários*; II – *meios secundários*; III – *meios cautelares*; IV – *meios repressivos*.

4. Os *meios (ou instrumentos) primários* são aqueles por meio dos quais se constitui o patrimônio cultural: o *inventário*, o *registro*,

1. Em vigor por força do disposto no art. 115 da Lei 9.610/98.

o *tombamento*, a *desapropriação* e o *zoneamento*. Mas a *desapropriação* é apenas um modo de retirar o bem, tido como de valor cultural, da propriedade particular, transferindo-o para o domínio público, nos termos do art. 5º, “k”, do Decreto-lei 3.365, de 1941 (lei das desapropriações), que considera de utilidade pública, para o fim de desapropriação, “a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela Natureza”. Assim desapropriado, o bem será incluído no patrimônio cultural, segundo sua categoria, por sua inscrição *ex officio* no respectivo Livro do Tombo, o que é uma forma de tombamento, ao qual, assim, a desapropriação reconduz o bem.

O *zoneamento* é também uma forma de reconhecimento do valor cultural de bens imóveis urbanos ou conjuntos urbanos (CF, art. 216, V), por meio da delimitação de *zona* ou *sítio* de valor histórico, artístico e paisagístico, como são as zonas Z8-200 da Capital Paulista. É uma daquelas outras formas de acautelamento e de preservação referidas no art. 216, § 1º, da Constituição. Mas o zoneamento, por si só, não é suficientemente eficaz para a proteção do patrimônio cultural urbanístico, ainda que seja de reconhecer que nele se configuram limitações que, numa primeira fase, podem propiciar medidas protetoras importantes. Acontece que o zoneamento, entre nós, é fixado por lei, e, sendo esta ato eminentemente político, pode ser que o legislador (descompromissado com a apreciação técnico-valorativa do bem) inclua ou não inclua áreas de valor cultural, como pode incluir áreas sem significação cultural. Demais, como a revogação da lei também é ato de natureza política, o legislador, atendendo à pressão eleitoral e clientelística, poderá revogar as zonas de interesse cultural, a qualquer momento, de tal sorte que a matéria fica sujeita ao puro juízo político. O *tombamento* tem sido o instrumento primário mais eficaz, e é o que nossas leis albergam como regra geral. Como ele demanda estudos mais aprofundados, dele trataremos separadamente, em seqüência.

## 3. Tombamento

### 3.1 Conceito, natureza, tipos e procedimentos

5. Assinalamos que os *instrumentos primários* de atuação protetora dos bens culturais em geral convergem para o *tombamento* desses

bens. A proteção destes assenta-se no reconhecimento de seu valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico (*valor cultural*, enfim) pelos órgãos competentes (IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional,<sup>2</sup> no âmbito federal, ou órgãos semelhantes nos Estados e Municípios). Esse reconhecimento, que se traduz na sua *inscrição* em livro especial, chamado *Livro do Tombo*, é que os transforma em *patrimônio* histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico (isto é: *patrimônio cultural*) nacional, estadual ou municipal, com todas as conseqüências jurídicas previstas na lei. Como a Constituição fala que o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, isso significa que todas as entidades componentes da Federação têm competência para o tombamento e outras formas de acautelamento e de preservação indicadas no seu art. 216, § 1<sup>o</sup>.

6. A *inscrição no Livro do Tombo* é, pois, o *tombamento*. *Tombar*, aqui, significa lançar nos Livros do Tombo, “livros em que se dizem a denominação, a situação e os limites ou outras características do bem tombado”.<sup>3</sup> Esses livros ficam na repartição competente para realizar o tombamento. O IPHAN possui quatro deles, nos quais são inscritos os bens mencionados segundo sua categoria (Decreto-lei 25, de 1937, art. 4<sup>o</sup>):

1<sup>o</sup>) *Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*, no qual se inscrevem as coisas pertencentes às categorias de bens arqueológicos e etnográficos e os monumentos e paisagens notáveis;

2<sup>o</sup>) *Livro do Tombo Histórico*, em que se inscrevem as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

3<sup>o</sup>) *Livro do Tombo das Belas Artes*, no qual se inscrevem as coisas de arte erudita;

4<sup>o</sup>) *Livro do Tombo das Artes Aplicadas*, em que se inscrevem as obras que se incluem na categoria das artes aplicadas.

Nos Estados e Municípios o número de livros costuma ser também quatro. Em São Paulo, contudo, a legislação acrescentou o *Livro do Tombo das Artes Populares*, no qual são inscritos os bens relacionados com manifestações folclóricas.

2. O IBPC – Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural voltou a denominar-se IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional desde a Medida Provisória 610, de 8.9.1994. Retorno desnecessário, porque IBPC era denominação muito mais adequada e mais afinada com a Constituição.

3. Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2<sup>a</sup> ed., t. VI, p. 370.

7. “*Tombamento [na definição de Hely Lopes Meirelles]* é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”.<sup>4</sup> Cretella Jr. o define como “conjunto legal de restrições parciais que o Poder Público faz a bem particular, móvel ou imóvel, por motivo de interesse público, mencionado em lei”.<sup>5</sup> Tombam-se também bens públicos (tombamento de ofício), e não só bens particulares. Para Lucia Valle Figueiredo é simplesmente “o ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem”.<sup>6</sup> Contudo, o tombamento não é uma simples manifestação de vontade de preservar determinado bem. Já para Carlos Augusto A. Machado “o tombamento nada mais é que uma atitude, tomada por parte do Poder Público, em declarar que determinado bem é detentor de um valor histórico, artístico etc., inscrevendo-o, desta forma, num dos Livros do Tombo correspondentes”.<sup>7</sup> O tombamento não é uma *atitude* do Poder Público – expressão que carece de sentido técnico.

O *tombamento*, para nós, é o ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade.<sup>8</sup>

8. A *natureza jurídica* do tombamento deve ser considerada sob dois aspectos: 1) quanto a saber se se trata de ato declaratório ou constitutivo; 2) quanto a saber se é simples limitação administrativa, servidão administrativa ou desapropriação.

As definições de Hely Lopes Meirelles, Lucia Valle Figueiredo e Carlos Augusto A. Machado podem induzir a idéia de que o tombamento é ato meramente declaratório. Pontes de Miranda, por seu lado, distingue a natureza do tombamento em função da natureza dos bens tombados: “O tomo dos bens de uso comum do povo (mares, ruas, praças e estradas) tem eficácia declarativa. O tomo dos bens de uso especial de regra só tem tal eficácia, se bem que se possa dar que af

4. *Direito Administrativo Brasileiro*, 26<sup>a</sup> ed., p. 536.

5. “Regime jurídico do tombamento”, *RTD* 112/62.

6. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, p. 16.

7. “Tombamento – Um instituto jurídico”, in *Temas de Direito Urbanístico-1*, p. 26.

8. Cf. nosso *Direito Urbanístico Brasileiro*, 1981, p. 499, cujo texto estamos re-produzindo com atualização.

se especialize o uso, que antes era comum, ou de ordem patrimonial (eficácia constitutiva); se a lei permite que se mude, por meio de tombamento, da categoria dos bens do patrimônio das entidades estatais para a categoria de bens de todos, algum ou alguns bens, o tombamento passa a ter eficácia constitutiva".<sup>9</sup> A lição é incompleta (nada diz sobre o tombamento de bens particulares) e, além disso, não pode ser aceita.

De fato, o tombamento tanto pode incidir sobre coisas pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às autarquias, de uso comum, especial ou dominial; assim como sobre coisas pertencentes às pessoas naturais ou às pessoas jurídicas privadas (Decreto-lei 25, de 1937, arts. 5º e 6º). Em qualquer desses casos, o tombamento é que constitui o bem tombado em *patrimônio cultural* nacional, estadual, municipal ou do Distrito Federal. Ele produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, dos bens tombados, impondo restrições ao direito de propriedade, e cria para eles um regime jurídico especial, transformando-os em *bens de interesse público* (situação diversa de domínio público e de domínio privado), sujeitos a vínculos de várias espécies, conforme já vimos, e, mostraremos, ainda, ao estudarmos os efeitos jurídicos do tombamento. Tudo isso inova a situação jurídica dos bens tombados, transforma sua posição jurídica e impõe a seus proprietários condutas jurídicas, *ob rem*, que antes não havia, demonstrando que o tombamento, em qualquer caso, é *ato constitutivo*.

Essa é também a opinião de José Cretella Jr., para quem o tombamento é "ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo".<sup>10</sup>

Sob outro ângulo, afirmamos, como se viu acima, que o tombamento impõe *restrições* ao direito de propriedade. Como se sabe, as *limitações* ao direito de propriedade são de três tipos – *restrição*, *servidão* e *desapropriação* –, conforme atinjam, respectivamente, o caráter *absoluto*, *exclusivo* ou *perpétuo* desse direito. Entendo que o tombamento é limitação ao caráter absoluto da propriedade, porque reduz a amplitude dos direitos do proprietário por meio de um regime jurídico especial de interesse público que impõe ao bem tombado vínculos de destinação, de imodificabilidade e limites à alienabilidade. Não atinge o caráter da exclusividade porque não constitui um direito real, nem mesmo um ônus real sobre coisa alheia, a coisa tomba-

9. Ob. cit., t. VI, p. 370.

10. Artigo cit., RDA 112/62.

da. Menos ainda atinge o caráter de perpetuidade, porque a propriedade continua imputada a seu titular. É essa também a opinião de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*: "O tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral. É restrição individual quando atinge determinado bem – uma casa, por exemplo –, reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos".<sup>11</sup>

Lucia Valle Figueiredo, com quem concorda Carlos Augusto A. Machado,<sup>12</sup> assume posição diversa. Parte ela da idéia de que o tombamento pode ter três tipos de efeitos sobre a propriedade tombada: a) inutilização total do bem para o proprietário; b) utilização apenas parcialmente reduzida; c) nenhum prejuízo ao proprietário. Na primeira hipótese configura-se autêntico caso de desapropriação – "desapropriação indireta"; na segunda hipótese deverá o Poder Público constituir servidão administrativa, mediante indenização, claro; na terceira também será caso de servidão administrativa, porém sem indenização.<sup>13</sup>

Lamentamos muito ter que discordar da ilustre administrativista. A primeira hipótese trabalha com uma premissa, em princípio, não-verificável, porque o tombamento, por regra, não inutiliza totalmente o bem. A premissa, como posta, é irreal, na medida em que a autora concebe a inutilidade total apenas pelo fato de o proprietário não dispor de recursos para obras de reparação ou conservação da coisa. Ora, se não se fizerem obras necessárias à conservação da coisa, esta pode se tornar deteriorada e inutilizar-se não por efeito do tombamento, mas pelo desleixo do proprietário ou do órgão público que o tombou. Não nos parece válido para a conclusão a que a autora chegou o argumento fundado no art. 19 do Decreto-lei 25, de 1937.<sup>14</sup> Se o

11. Ob. cit., p. 536.

12. In ob. cit., pp. 39 e 49, ns. 4-5.

13. *Disciplina ...*, cit., pp. 19-20, e *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., pp. 290-291. O STF não apóia a tese da autora. Ao contrário, sufraga nossa posição: "Tombamento provisório – Limitação administrativa – Prédio considerado unidade de interesse de preservação, por decreto do Prefeito de Curitiba – Limitação genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito dos proprietários, em prol da memória da cidade, que tem base no parágrafo único do art. 180 da Constituição Federal [de 1969] – Recusa de autorização para demolição que não importa afronta ao direito de propriedade – Recurso não conhecido" (RDA 173/186).

14. Cf. Lucia Valle Figueiredo, *Curso ...*, cit., p. 290.

proprietário não tiver recurso, comunicará ao órgão competente, que mandará executar as obras de reparo e conservação, "ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa". Quer dizer: nesse caso, não é efeito do tombamento, nem é da sua natureza. Por outro lado, o tombamento, com a devida vênia da ilustre autora, em nenhuma hipótese caracteriza servidão administrativa, simplesmente porque não gera direito real sobre a coisa tomada em favor da entidade pública. Toda servidão, inclusive a pública, se configura por estabelecer no "imóvel *serviente* o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, dito *dominante*, ou de uma *pessoa*, de sorte que o proprietário não é o *único* a exercer os direitos dominiais sobre a coisa".<sup>15</sup>

É lição também de Sônia Rabello de Castro, para quem o tombamento, como ato administrativo, visa à proteção do interesse público genérico, que é a cultura nacional, insere o bem identificado na classe dos bens culturais, de interesse público, com o quê "o exercício das faculdades do domínio passa a estar modulado pelas limitações impostas pela Administração Pública, visando à proteção e conservação daquele bem; não tira o tombamento, em momento nenhum, a exclusividade do proprietário sobre a coisa, mas condiciona a forma do exercício das faculdades do domínio. A imposição das limitações pela Administração não dá a esta nenhum direito próprio nem titularidade sobre qualquer das faculdades do domínio, mas simplesmente explicita o interesse público sobre a coisa, criando para si o poder-dever de agir na proteção daquele bem". E, logo, conclui: "No caso do tombamento, o ato administrativo traduz não a serviência da propriedade, visando à realização de determinado serviço público, mas a qualidade intrínseca de determinada propriedade que, além da sua simples existência material, retrata e materializa um interesse público. Não é pois constituição de 'direito real público', como a servidão; trata-se de interesse público geral, inegociável e inalienável pelo ente político que a impõe, no caso sobre a coisa móvel ou imóvel".<sup>16</sup>

É claro que se, numa situação concreta, o tombamento aniquilar totalmente o valor econômico da propriedade, com certeza cabe indenização,<sup>17</sup> mas isso nada tem a ver com a natureza em si do tombamento.

9. A lei concebe vários tipos de tombamento: de ofício, voluntário, compulsório (provisório ou definitivo).

*Tombamento de ofício* é o que incide sobre bens públicos. Faz-se por simples ordem do diretor do IPHAN (ou de órgão competente nos Estados e Municípios), mas deverá ser notificada a entidade a que o bem pertencer ou sob cuja guarda estiver, a fim de produzir os necessários efeitos (Decreto-lei 25, de 1937, art. 5º).

O *tombamento voluntário* recai sobre bem privado e se realiza pela simples anuência de seu proprietário, quer a seu pedido, quer em atendimento a notificação que se lhe fizer, para a inscrição da coisa no Livro do Tombo respectivo (Decreto-lei 25, de 1937, art. 7º)

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 de um procedimento mais complicado, que se desenvolve nos termos 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 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 custas, 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 dependente de *homologação* do Ministro da Cultura; 6) quando realizado pelo IPHAN, cabe recurso para o Presidente da República (Decreto-lei 3.866, de 1940).

Os *tombamentos provisório e definitivo* são subespécies do compulsório. *Provisório*, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação. *Definitivo*, consoante esteja o processo concluído, pela inscrição do bem no Livro do Tombo (Decreto-lei 25, de 1937, art. 10). Vale dizer: a *notificação*, com que se inicia o tombamento compulsório, tem eficácia de tombamento provisório, que é equiparado ao definitivo para todos os efeitos, salvo para fins de registro e para o direito de preferência, consignados no art. 13 do citado decreto-lei. O tombamento torna-se *definitivo* com inscrição do bem no Livro do Tombo correspondente e sua homologação pelo Ministro

15. Cf. nosso *Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed., p. 390.

16. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*, pp. 136-137.

17. Nesse sentido, cf. decisão do STF in RDA 200/158.

da Cultura ou autoridade prevista na legislação estadual ou municipal nos tombamentos de sua iniciativa.

10. Como se nota, o tombamento compulsório é ato culminante de um procedimento que se integra de atos de relevância que merecem atenção à parte, como: a *notificação*, que lhe dá início e vale como tombamento provisório; a *inscrição*, que o conclui; e a *homologação*, que o torna definitivamente eficaz, salvo recurso provido.

A *notificação* é ato que se dirige ao proprietário (e na falta deste ao possuidor), para a inscrição da coisa no Livro do Tombo. Não é um simples ato de iniciativa procedimental, que dê ciência ao interessado da instauração do procedimento. Tem essa natureza mas vai além, pois significa verdadeira intimação ao proprietário para anuir na inscrição da coisa ou para se defender, impugnando a pretensão de tomar. Seus efeitos jurídicos não são de mero conhecimento, mas constitutivos, na medida em que a lei lhe dá a *natureza de tombamento provisório*, equiparado ao definitivo, nos termos já vistos.

A *inscrição da coisa no Livro do Tombo* constitui o *verdadeiro e definitivo tombamento*, com todas as conseqüências jurídicas daí decorrentes, conforme veremos. Mas com o surgimento da Lei 6.292, de 1975, essa inscrição ficou na dependência de *homologação*, então, do Ministro da Educação e Cultura, hoje do Ministro da Cultura (tombamento federal), para surtir os efeitos jurídicos previstos. A homologação ministerial é ato de controle pelo qual o tombamento se torna eficaz e definitivo. É evidente que ela é ato discricionário, que pode ser recusado pela autoridade competente, que, ao contrário, determinará o cancelamento da inscrição, anulando-a por vício de legalidade (se existir), ou revogando-a por entendê-la inoportuna, inconveniente ou por entender que a coisa não preenche os requisitos para integrar o patrimônio cultural. Certamente que não foi uma boa solução esta de submeter à discricção de uma pessoa, não necessariamente técnica, a apreciação da decisão de um órgão altamente técnico, com a possibilidade de desfazê-la.

### 3.2 Efeitos do tombamento

II. Os instrumentos de atuação até agora vistos são primários, os quais se confluem para o objetivo prático, que é efetivar o tombamento do bem cultural, como forma de proteção, mediante a constituição do patrimônio cultural. Destes decorrem outros, que são *instrumentos secundários* de proteção dos bens tombados. Tais instrumen-

tos, como dissemos antes, já se inserem no campo dos *efeitos do tombamento*, como meios de controle da preservação dos bens tombados, caracterizando, assim, forma de proteção do patrimônio cultural já constituído, tais como: 1) a obrigação de levar o tombamento a registro; 2) restrições à alienabilidade da coisa tombada; 3) restrições à modificabilidade da coisa tombada; 4) possibilidade de intervenção, nela, do órgão do tombamento (vigilância, vistoria, fiscalização etc.); 5) sujeição da propriedade vizinha da coisa tombada a restrições especiais.

12. A lei exige que o tombamento *definitivo* da coisa de propriedade *particular* seja, por iniciativa do órgão competente, *transcrito*, para os devidos efeitos, em livro a cargo dos oficiais de registro de imóveis e *averbado* ao lado da transcrição do domínio. Há quem queira extrair da transcrição e da averbação do tombamento efeitos vinculatórios das limitações que o tombamento importa à propriedade do bem tombado ou de terceiro. Mas, evidentemente, esses atos não têm esse valor. Não são integrantes do tombamento. Bem o disse, em magnífico parecer, o Min. Luiz Rafael Mayer, então Consultor-Geral da República, quando, acentuando que a omissão dessas providências "não influi sobre a validade e eficácia do tombamento definitivo", ensinou:

"A transcrição e a averbação não constituem elementos do processo de tombamento, não o aperfeiçoam, nem condicionam os seus efeitos, senão em um plano, e para fins estritos e especiais.

"Com efeito, as inscrições registrárias, não tendo, de nenhum modo, o intento de constituição de direitos reais de natureza privada, visam apenas à publicidade que assegure a observância das restrições legais sobre a alienabilidade dos bens tombados e o exercício das preferências do Poder Público."<sup>18</sup>

Aderimos a essa doutrina porque realmente nos parece, de acordo com Gastone Pasini e Sandulli, que tendo o registro, no caso, função de publicidade reforçada, serve para dar eficácia aos vínculos do tombamento *apenas* em relação aos sucessores do proprietário dos bens tombados, mas *só* no sentido limitado de que da sua falta deriva para os referidos sucessores a inaplicabilidade das sanções previstas para a violação do vínculo.<sup>19</sup>

18. Cf. "Patrimônio histórico e artístico - Tombamento - Vizinhança - Registro", RDA 120/406.

19. Cf. Gastone Pasini, *La Tutela delle Bellezze Naturali*, pp. 111 e 113, citando Sandulli, "Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private di interesse artistico e storico qualificato", notas 61 e 65.

Quer-se dizer, em verdade, que o regime especial a que fica subordinada a coisa tombada decorre diretamente do tombamento simplesmente, não do registro dele, não do tombamento registrado.

Quanto às *restrições à alienabilidade* a lei distingue entre bens de domínio público e de domínio privado. Se a coisa tombada pertence à União, a Estado ou a Município torna-se *inalienável* para particulares, permitindo-se tão-somente ser transferida de uma a outra daquelas entidades, ficando a adquirente obrigada a dar imediato conhecimento ao IPHAN.

Os bens de propriedade privada não se tomam inalienáveis com o tombamento, mas a alienabilidade sofre as seguintes restrições: a) se for onerosa, dá-se o *direito de preferência* em favor da União, Estados ou Municípios; b) o adquirente fica obrigado a fazer constar do registro imobiliário a transferência no prazo de 30 dias, sob pena de multa, ainda que se trate de transmissão judiciária ou *causa mortis*; mas para que se possa exigir do adquirente esse efeito é necessário que o tombamento esteja transcrito no registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio, na forma vista acima.

Quanto ao *direito de preferência*, referido *supra*, consiste na obrigação legal de o proprietário previamente oferecer a coisa tombada, pelo mesmo preço, aos titulares do direito de preferência, para que o exercitem dentro do prazo de 30 dias, sob pena de perdê-lo, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor a multa de 20% do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela responsáveis solidariamente (Decreto-lei 25, de 1937, art. 22). Todavia, como dissemos, o adquirente somente sofrerá a sanção se o tombamento estiver regularmente registrado. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o seqüestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de 30 dias. Por outro lado, não se realizará a alienação judicial de bem tombado sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam notificados judicialmente, correndo em favor deles o direito de remissão, se dele não lançarem mão. No prazo de lei, as pessoas que tiverem a faculdade de remir:

A *imodificabilidade da coisa tombada* constitui vínculo mais rigoroso que deflui do tombamento, pois em caso algum ela poderá ser destruída, demolida ou mutilada. Poderá, contudo, ser reparada, pintada ou restaurada, mediante prévia *autorização especial* do órgão competente. Esse vínculo não atinge apenas as coisas de propriedade particular, mas também as públicas. Essa autorização é um instru-

mento secundário de proteção, para controle do vínculo imposto à coisa tombada, que fica também sujeita a diversos tipos de intervenção do órgão do tombamento, como *vigilância permanente*, agora prevista na Constituição (art. 216, § 1<sup>o</sup>), e *possibilidade de penetrar no imóvel*, para inspecioná-lo, sempre que for julgado conveniente, não podendo o proprietário ou responsável criar obstáculos a essas providências, sob pena de multa.

13. As *coisas vizinhas do bem tombado* sofrem limitações de uso e gozo, pois que nelas não poderá ser feita construção que impeça ou reduza a *visibilidade* daquele, nem se permite colocar nelas anúncios ou cartazes, sob pena de destruição e multa. "O conceito de *redução de visibilidade*, para fins da lei de tombamento, é amplo, alcançando não só a tirada da vista da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilos arquitetônicos, e tudo mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra protegida".<sup>20</sup>

A lei não impõe a notificação dos titulares das coisas vizinhas do bem tombado, para que o tombamento seja eficaz em relação a eles. Tampouco submete essa eficácia a transcrição e averbação do tombamento no registro imobiliário; e nem haveria razão para fazê-lo, porque o tombamento já é uma inscrição pública, portanto já é um registro público, como o é sua lavratura no Livro do Tombo da repartição competente. Apesar disso, alguns juristas entenderam que o registro no ofício de imóveis e a notificação aos vizinhos constituem atos necessários à eficácia do tombamento em relação a eles.<sup>21</sup>

### 3.3 Revisão e cancelamento do tombamento

14. O tombamento, como ato administrativo de conteúdo cultural, é anulável, por ilegalidade, e revogável, por inoportunidade de sua realização.

Como já vimos, sua eficácia, em definitivo, depende da homologação do Ministro da Cultura, no âmbito federal, ou, no estadual e municipal, na forma indicada nas respectivas leis. Neste instante a autoridade, em vez de homologar, poderá determinar sua *revisão*, *alteração* ou *desfazimento* por ter sido efetivado com vício de legalida-

20. Cf. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 538.

21. Cf.: Carlos Medeiros Silva, parecer in RDA 108/429; Themístocles Brandão Cavalcanti, parecer in RDA 119/428.



de ou por julgá-lo inoportuno, inconveniente, ou até por entender que a coisa tombada não preenche os requisitos para sua integração no patrimônio cultural. A homologação, assim, reveste-se de natureza discricionária.

Mesmo que o tombamento tenha sido homologado e venha a surtir efeitos definitivos, quando feito pelo órgão federal pode ser revisto pelo Presidente da República, cancelando-o, de ofício ou em grau de recurso interposto por qualquer interessado. Essa revisão tanto pode atingir o tombamento de bens privados como o de bens públicos, consoante expressamente estabelece o art. único do Decreto-lei 3.866, de 1941. Nos Estados e Municípios essa competência cabe ao Governador e ao Prefeito.

15. A discricionariedade do cancelamento do tombamento está, porém, limitada à observância do interesse público – daí por que tais atos precisam ser motivados, para terem validade. O Presidente da República já exerceu essa atribuição em dois casos, cancelando o tombamento do Parque Lage, em 20.6.1960, com base em parecer do então Consultor-Geral da República, Caio Mário da Silva Pereira,<sup>22</sup> e o tombamento do Pico do Itabirito, em despacho emitido com base em exposição de motivos e parecer do então Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa<sup>23</sup> – em ambos os casos dando provimento a recurso de interessados.

16. Estamos com Hely Lopes Meirelles quando critica a possibilidade do cancelamento pelo Presidente da República, valendo os mesmos argumentos contra a possibilidade de idêntica medida pelo Ministro da Cultura. Diz o mestre do direito administrativo: “Não é de se louvar o poder discricionário que se concedeu ao Presidente da República em matéria histórica e artística, sobrepondo-se seu juízo individual ao do colegiado do IBPC [IPHAN], a quem incumbe decidir originariamente o assunto. A autoridade deste órgão, especializado na matéria, não deveria ficar sumariamente anulada pelo julgamento subjetivo ou político do Chefe da Nação. A instituição deste recurso deve-se, naturalmente, à origem ditatorial do diploma que o estabeleceu, em cujo regime o Presidente da República absorvia todos os poderes e funções, ainda que estranhos à sua missão governamental”.<sup>24</sup>

22. Cf. parecer in RDA 65/315.

23. Cf. parecer in RDA 82/341.

24. Ob. cit., pp. 537-538. Em lugar de “colegiado do IBPC” deve-se ler “diretoria colegiada do IPHAN (cf. nota 1, *supra*). Cf., na mesma p. 537, na nota 97 dos atualizadores

#### 4. Regime especial de proteção do patrimônio arqueológico

17. Coube à Lei 3.924, de 26.7.1961, estabelecer o regime peculiar de proteção dos monumentos arqueológicos e pré-históricos, segundo a qual tais monumentos ficam sob a guarda e proteção do Poder Público nos termos do então art. 175 da Constituição de 1946, a que, no assunto, correspondem os arts. 23, III, e 216, V, da Constituição de 1988, dispondo que a propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do então art. 152 da Constituição de 1946, correspondente, no que interessa aqui, ao *caput* do art. 176 da Constituição vigente, segundo o qual “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União”. Hoje a matéria conta com um suporte constitucional mais afirmativo e incisivo, a teor do art. 20, X, que declara como bens da União, além dos recursos minerais, inclusive o subsolo (inciso IX), também “as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos”.

Para esse efeito, a Lei 3.924, de 1961, distinguiu as jazidas arqueológicas ou pré-históricas em dois grupos: a) *manifestadas* – as que, à data da publicação da lei, já estivessem sendo objeto de exploração e as conhecidas como “sambaquis”, manifestadas ao Governo Federal por intermédio do IPHAN (arts. 4º e 6º); b) *não-manifestadas*. As primeiras deveriam ser registradas no IPHAN, para exame, fiscalização e salvaguarda do interesse da Ciência; as segundas foram consideradas, para todos os efeitos, *bens patrimoniais da União* – regra agora recebida pela Constituição, como se viu acima.

18. Para todos os efeitos, consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos (art. 2º): a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos da cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis,<sup>25</sup> montes artificiais, pousos sepulcrais, jazigos, aterrados e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico, a juízo da autoridade compe-

da obra (Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho), os esclarecimentos sobre aquela passagem de Hely Lopes Meirelles.

25. *Novo Dicionário Aurélio*: “Sambaqui (do Tupi *taba'ki*). S. m. Bras. Designação dada a antiquíssimos depósitos, situados ora na costa, ora em lagoas ou rios do litoral, e formados de montões de conchas, restos de cozinha e de esqueletos amontoados por tribos selvagens que habitaram o litoral americano em épocas pré-históricas”.

tente; b) os sítios nos quais se encontrem vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios" nos quais se encontrem vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; d) as inscrições rupestres ou locais, como sulcos de polimentos de paleoameríndios.

19. O fato de as jazidas arqueológicas ou pré-históricas constituírem propriedade distinta da do solo confere-lhes, só por isso, independentemente do tombamento, um regime jurídico especial. A lei declara que a posse e a salvaguarda dos bens de natureza arqueológica ou pré-histórica constituem, em princípio, *direito imanente do Estado* (art. 17); por isso, sua descoberta deve ser imediatamente comunicada ao IPHAN pelo autor do achado ou pelo proprietário do local onde tiver ocorrido (art. 18). Isso, no entanto, não exclui a possibilidade de *escavações arqueológicas* por particulares, em terras de domínio público ou particular, mediante permissão do Governo Federal, por meio do IPHAN. Se as escavações não tiverem de ser realizadas em terrenos de propriedade do interessado deverá ser anexado ao pedido o consentimento por escrito do proprietário ou de quem estiver no uso e gozo desse direito (arts. 8<sup>a</sup>-12). Por outro lado, a União, bem como Estados e Municípios, mediante autorização federal, poderão proceder a escavações e pesquisas no interesse da Arqueologia e da Pré-História em terrenos de propriedade particular, com exceção das áreas muradas que envolvem construções domiciliares (art. 13). Se o proprietário não concordar, a área será declarada de utilidade pública e autorizada sua ocupação pelo período necessário à execução dos estudos, nos termos do art. 36 do decreto-lei *supra*-referido.<sup>26</sup> Terminados os estudos, o local deverá ser restabelecido, sempre que possível, na sua feição primitiva, salvo quando tiver havido destruição de relevo – a menos que se comprove que desse aspecto particular do terreno resultaram incontestáveis vantagens para o proprietário (art. 14). Se as jazidas forem de excepcional significado arqueológico poderá ser promovida a desapropriação do imóvel, ou de parte dele, por utilidade pública, com fundamento no art. 5<sup>a</sup>, "h" e "i", do Decreto-lei 3.365, de 1941.

26. O citado dispositivo estatui: "É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, a final, por ação própria, de terrenos não-edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida". Não há *expropriante*. A lei errou, aqui. Há *ocupante*. A ocupação encontra respaldo na Constituição, que reputa de propriedade da União as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos (art. 20. X).

### 5. Meios repressivos de proteção ao patrimônio cultural

20. Os meios ou instrumentos repressivos de proteção ao patrimônio cultural no âmbito federal são de *natureza administrativa, civil e penal*. Os primeiros consistem em *multa, destruição de obra, remoção de objetos, apreensão e perda de obra e ressarcimento de dano*; os segundos, em *sanções criminais*. No âmbito estadual e municipal também podem ser estabelecidas sanções administrativas para proteção de seus patrimônios culturais. As sanções previstas na lei penal aplicam-se tanto na proteção do patrimônio cultural nacional como nos estaduais e municipais.

21. Será passível de *multa* de 10% do valor da coisa o adquirente que não levar a aquisição da obra tombada a registro no prazo de 30 dias; de 50% do valor do dano causado a pessoa que destruir, demolidir, mutilar a coisa tombada ou nela fizer reparos, pinturas ou restauração sem prévia autorização do IPHAN; na mesma penalidade incidirá, pessoalmente, a autoridade responsável pela infração, tratando-se de bens públicos; do dobro do valor avaliado dos danos sofridos pela coisa o proprietário que não tomar providências para sua conservação; de R\$ 100,00, elevados ao dobro em caso de reincidência, o proprietário da coisa tombada que impedir sua inspeção pelo IPHAN; de 20% do valor da coisa o transmitente e o adquirente que violarem o direito de preferência da União, Estados e Municípios no caso de sua alienação onerosa.

22. A *destruição de obra* ocorrerá no caso de construção, na vizinhança de coisa tombada federal, sem prévia autorização do IPHAN, que impeça ou reduza a visibilidade do bem. A *remoção de objeto* se dará na hipótese de anúncios ou cartazes na vizinhança de coisa tombada, em prejuízo de sua visibilidade.

23. Ficam sujeitas a *apreensão*, a requerimento do titular, as obras literárias, artísticas ou científicas fraudulentamente reproduzidas. Igualmente será suspensa sua divulgação ou utilização se fraudulentas, sem prejuízo de indenização cabível. Por outro lado, quem editar tais obras sem autorização do titular perderá para este os exemplares que se apreenderem e lhe pagará o preço dos que tiver vendido (Lei 9.610, de 1998, arts. 102-103). Tenham-se em mente, ainda, as sanções civis e administrativas (multas), sem prejuízo de sanções penais cabíveis, aplicáveis aos contrafatores de obras literárias, artísticas e científicas constantes dos arts. 104 a 110 da referida lei, consoante veremos no capítulo sobre direitos autorais, *infra*.

24. Típicos e importantes meios processuais de defesa do patrimônio cultural são a *ação civil pública* e a *ação popular*.

24.1 A *ação civil pública* foi agasalhada pela Constituição quando, no art. 129, III, a prevê, entre as funções do Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Nessa dicção constitucional por certo se inclui a defesa do patrimônio cultural. A Lei 7.347, de 1985 – anterior, pois, à Constituição –, disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente; ao consumidor, a *bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico* – como consta de sua ementa e do inciso III de seu art. 1º. O *objeto mediato* da ação consiste na tutela do patrimônio cultural, e seu *objeto imediato* será a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, conforme explicitamente está previsto no seu art. 3º. A *legitimação* para a ação têm-na pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como associações que tenham entre suas finalidades a proteção do patrimônio cultural e o Ministério Público. *Juízo competente* para a causa é o do foro do local onde ocorrer o dano (art. 2º).

24.2 A *ação popular* consta do art. 5º, LXXIII, da Constituição, segundo o qual – naquilo que nos interessa aqui – *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*. Ela é regulada pela Lei 4.717, de 1965, que, embora anterior à Constituição, continua em vigor, mas naquilo em que o objeto da ação foi ampliado deve ser interpretada à vista das novas exigências do texto constitucional. A lei adiantou-se à Constituição ao estabelecer que se consideram patrimônio público, para os seus fins, os bens e direitos de valor *econômico, artístico, estético, histórico ou turístico*. A *legitimação* é, pois, de qualquer cidadão – ou seja, de qualquer pessoa no gozo de seus direitos políticos. *Juíz competente* para dela conhecer, processá-la e julgá-la é aquele que, de acordo com a organização judiciária e a Constituição, o for para as causas que interessem à União, Distrito Federal, Estado ou Município, conforme a pertinência do bem cultural em defesa. *Objeto imediato* da demanda popular consiste na anulação do ato lesivo ao patrimônio cultural. *Objeto mediato*, a proteção do patrimônio cultural.

25. A *proteção penal do patrimônio cultural* consta da Lei 9.605, de 12.2.1998, cujo art. 62 estabelece a pena de reclusão, de um a três anos, e multa a quem destruir, inutilizar ou deteriorar: I – bem especial-

mente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; se o crime é culposo, a pena será de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa. É igualmente crime punível com a pena de reclusão, de um a três anos, e multa, segundo o art. 63 da lei: alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a autorização que fora concedida. Considera-se também como crime punível com pena de detenção, de seis meses a um ano, e multa, nos termos do art. 64 da lei: promover construção em solo não-edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão dos mesmos valores culturais enunciados no art. 63, *supra*-indicado. Também se considera crime, punível com detenção, de três meses a um ano, e multa, pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano; e se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico a pena será de seis meses a um ano de detenção e multa.

#### 6. Coordenação das atividades protetoras

26. A lei prevê a coordenação das atividades protetoras do patrimônio cultural, exercidas pela União, Estados e Municípios e pelas pessoas e instituições privadas (Decreto-lei 25, de 1937, arts. 23 e 25). Essa cooperação hoje se realiza, especialmente, mediante convênios entre o Ministério da Cultura e as secretarias de cultura dos Estados e Municípios. Ultimamente temos tido razoável avanço nessa cooperação entre as entidades federativas, que lutam com grande deficiência de recursos financeiros.