
A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: UMA ANÁLISE DO DECRETO-LEI Nº 25/1937 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior

Mestre em Direito Constitucional das Relações Privadas, com bolsa PROSUP/CAPES pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e graduado pela Universidade de Fortaleza (2010). Professor do curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito e Processo Tributários, Pesquisador nas áreas de Direitos da Propriedade Intelectual, Direitos Culturais e Análise Econômica do Direito. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT) pela UNIFOR. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais (GEPDC) da UNIFOR.
vicenteaugusto2@gmail.com

Francisco Humberto Cunha Filho

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará, doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente é Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) - Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, além de membro dos Conselhos Editoriais de revistas científicas, tais como: 'Pensar' (UNIFOR), Revista da Advocacia-Geral da União (AGU) e Políticas Culturais em Revista (CULT/UFBA). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direitos Culturais, atuando principalmente nos seguintes temas: cultura, patrimônio cultural, políticas culturais e direitos fundamentais.

RESUMO

Durante anos de tentativas que culminaram na feitura de diversos anteprojetos, a criação do Decreto-lei nº 25/1937 representou um marco legislativo, principalmente por ser posterior às Constituições de 1934 e a própria de 1937, as que por primeiro abrigaram disposições restritivas da ideia de propriedade absoluta. Inovador e vanguardista, o Decreto-lei sofreu com muitas críticas e tentativas de revogação, mas permaneceu, mesmo com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, e mantém-se como uma referência simbólica à proteção ao patrimônio cultural material. O presente trabalho procura fazer uma análise da participação da comunidade na preservação e promoção do patrimônio cultural brasileiro, após a previsão expressa da Constituição Federal de 1988, como dever tanto da comunidade quanto do Poder Público. O Decreto-lei nº 25/1937, tomado como referência, nesse sentido, uma vez que prevê o tombamento, instituto utilizado para a preservação de bens materiais, sejam eles móveis ou imóveis e que detenham valor cultural, torna-se relevante para o estudo e verificação dessa participação social.

Palavras-Chave: Decreto-lei nº 25/1937. Tombamento. Patrimônio Cultural. Comunidade.

*THE COMMUNITY PARTICIPATION IN PROTECTION
OF CULTURAL HERITAGE: AN ANALYSIS OF
DECREE-LAW Nº 25/1937 UNDER THE
FEDERAL CONSTITUTION OF 1988*

ABSTRACT

During years of attempts that culminated in the making of several drafts, the creation of the Decree-Law n.º. 25/1937 was a landmark legislation, especially for being later to the Constitutions of 1934 and even 1937, which first housed the restrictive provisions of the idea of absolute ownership. Innovative and avant-garde, the ordinance has suffered much criticism and attempts to withdraw, but remained even with the entry into force of the Constitution of 1988 and stands as a symbolic reference to the protection of cultural heritage material. This paper attempts to analyze the participation of the community in the preservation and promotion of cultural heritage of Brazil, after the express provision of the Constitution of 1988 as the duties of both the community as the Government. Decree-Law No. 25/1937, taken as a reference in this regard, since it provides for the registration, the institute used for the preservation of property, whether movable or immovable and which have cultural value, it becomes important to study and verification of social participation.

Keywords: Decree-Law nº 25. Tipping. Cultural Heritage. Community.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou a compreensão de patrimônio cultural, e o fez de maneira expressa, conforme disposição de seus artigos 215 e 216. Ao mesmo tempo, abriu novas possibilidades de preservação para os bens pertencentes ao patrimônio cultural e, também, aos bens culturais. Entretanto, essa ampliação não foi fácil, e sequer indiscutível.

A criação do Decreto-lei nº 25, de 1937, durante anos de tentativas com a feitura de diversos anteprojetos, representou um marco legislativo para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por ser posterior às Constituições de 1934 e a própria de 1937, as que por primeiro abrigaram disposições restritivas da ideia de propriedade absoluta. Inovador e vanguardista, o decreto-lei sofreu com muitas críticas da doutrina especializada e tentativas de revogação, mas permaneceu como uma referência simbólica à proteção ao patrimônio cultural material, mesmo com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Por ele, foi criada a figura do tombamento, não somente recepcionado, mas também valorizado pela Constituição de 1988, instituto que deixou de ser único, mas que persistiu como referência no meio de vários outros instrumentos de proteção do patrimônio cultural. Algo nele, porém, sofreu grande abalo: de instrumento atavicamente ligado a determinações quase que exclusivamente estatais, inclusive de governos autoritários, após a Constituição de 1988 suas normas foram doutrinariamente reexaminadas para o adequado dimensionamento da participação da comunidade, que passou a ser, necessariamente, colaboradora do Poder Público na promoção e proteção do patrimônio cultural.

Nesse contexto, verifica-se como se constituiriam os meios de participação da comunidade na defesa do patrimônio cultural, uma vez que o Poder Público tenta agir cada vez mais de maneira efetiva na preservação do patrimônio cultural, e o Decreto-lei nº 25, de 1937, representa um diploma relevante.

O presente trabalho procura fazer uma análise da participação da comunidade na preservação e promoção do patrimônio cultural brasileiro, enquanto deveres tanto da comunidade quanto do Poder Público, previstos expressamente na Constituição Federal de 1988. O Decreto-lei nº 25, de 1937, tomado como referência, uma vez que prevê o tombamento, instituto utilizado para a preservação de bens materiais, sejam eles móveis ou imóveis e que detenham valor cultural, torna-se relevante para o estudo e verificação dessa participação social.

Para tanto, divide-se o trabalho em três partes. Primeiramente, falar-se-á acerca da ampliação conceitual realizada pela Constituição Federal de 1988 e a afetação provocada sobre o

Decreto-lei de nº 25/1937. Analisar-se-ão, da mesma maneira, a sua recepção e as posições doutrinárias relativas à atual situação de vigência e eficácia da aludida norma.

Dando prosseguimento, discutir-se-á o instituto do tombamento, figura central do Decreto-lei nº 25/1937 e que, durante anos, foi utilizado como o único meio de preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro, a fim de se verificar como a participação da comunidade, ora constitucionalmente determinada, poderá ocorrer.

Finalmente, analisar-se-á a participação da comunidade na preservação do patrimônio cultural através do Decreto-lei nº 25/1937, na Constituição Federal de 1988 e nos demais diplomas que tratam do assunto, propondo soluções e meios que, acredita-se, poderão ajudar a melhorar o incremento da cidadania, no âmbito de sua operacionalização.

1 A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL E O TOMBAMENTO: ORIGENS, AMPLITUDE CONCEITUAL E REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, estabeleceu um novo parâmetro de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, concedendo-lhe uma maior amplitude quando em comparação aos textos constitucionais anteriores. Porém, por maior que seja a ampliação conceitual fornecida pelo texto constitucional, é outro o diploma referenciado como aquele que regulamentou pioneiramente o assunto.

O surgimento do Decreto-lei nº 25, em 30 de novembro de 1937, representou um marco na preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro, principalmente quando é avaliado o contexto em que foi inserido. E o seu nascimento não poderia ter sido mais conturbado.

Uma série de anteprojetos e tentativas de regulamentação, desde o início da década de 1920, tentou tratar da matéria, levando em consideração o seu relevante interesse nacional e que envolvia as mais diversas áreas, como arqueologia, arquitetura, comércio, turismo, entre outras. Porém, na sessão de 10 de novembro de 1937, quando o projeto de lei que previa a preservação ao patrimônio

cultural pelo tombamento estava programado para ser votado, ocorreu um golpe de Estado, decretando-se a dissolução do Congresso Nacional (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 5).

Entrou em vigor o regime político denominado “Estado Novo”, liderado por Getúlio Vargas, o qual viabilizou o ambiente para que o então ministro Gustavo Capanema ao lado de Rodrigo Mello Franco de Andrade adaptassem o quanto antes o projeto de lei ordinária, com algumas modificações, para a figura do decreto-lei (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 5).

Passados praticamente setenta e cinco anos desde o seu nascimento, o Decreto-lei nº 25/1937 continua exercendo, ao lado da dimensão operacional, um papel simbólico fundamental para a preservação do patrimônio cultural brasileiro e, por isso, é considerado por muitos como um instrumento de vanguarda (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 5).

O Decreto-lei nº 25/1937 teve o mérito de entrar em consonância com a recém promulgada Constituição de 1937 e até a de 1934. Diferentemente da anterior (a de 1891), que valorizava o direito de propriedade, somente submetendo-a à desapropriação por interesse público, o novo texto constitucional de 1934 sujeitou-a a uma função social, em seu artigo 113, § 17; o de 1937 previu garantias para “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício” (Art. 122, § 14). Além disso, trouxe um assento constitucional para se criarem instrumentos jurídicos capazes de proteger o patrimônio cultural, dentre os quais se encontrava o recém-criado decreto-lei (PRAGMÁCIO TELLES; CAMPOS, 2010, p. 97).

Mesmo que alcançando um contexto político e jurídico favorável à sua criação, o Decreto-lei nº 25/1937 encontrou obstáculos pelo seu caminho. Para se ilustrar esse panorama, diversos foram os anteprojetos que antecederam à sua criação, dos quais se destacam: o projeto do Deputado Luis Cedro (1923); o esboço de anteprojeto de lei federal de Jair Lins (1924); o projeto do Deputado José Wanderley de Araújo Pinho (1930); e, finalmente, o anteprojeto de Mário de Andrade (1936), que serviu de base fundamental para o texto final do decreto-lei (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 6).

Um breve esboço histórico é necessário para que se compreenda o contexto em que se inseriu o decreto-lei no ordenamento jurídico brasileiro, seu funcionamento e como o mesmo fornece sustentação para uma participação ativa da comunidade na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

1.1 As tentativas de regulamentação do patrimônio cultural brasileiro: os anteprojetos de lei que antecederam o Decreto-lei nº 25/1937

Partindo da necessidade de uma regulamentação para os bens imóveis que representassem valor histórico ou relevante nacionalmente, o então deputado Luis Cedro defendeu em plenário, em 1923, uma proposta de lei que criaria a Inspeção dos Monumentos Históricos. O órgão, por sua vez, realizaria a classificação dos referidos bens imóveis, desde que estes possuíssem relevância nacional (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 6).

Apesar de ter apresentado as primeiras bases sobre as quais se direcionariam normas posteriores à preservação do patrimônio cultural brasileiro, como o próprio Decreto-lei nº 25/1937, o projeto de Cedro preocupou-se tão somente com os interesses nacionais, não avaliando os bens sob o ponto de vista da história ou da arte, no sentido em que é atribuído hoje aos bens culturais (PRAGMÁCIO TELLES; CAMPOS, 2010, p. 85). Mesmo assim, destacava apenas os bens imóveis, ignorando, por outro lado, os bens móveis e os de natureza imaterial.

O anteprojeto de Jair Lins, por sua vez, deu um grande passo na defesa dos interesses da coletividade, em se tratando de preservação do patrimônio cultural. Convocado pelo então Presidente Mello Vianna em julho de 1925 para organizar a proteção ao patrimônio histórico e artístico brasileiro, Jair Lins propôs a criação do Serviço de tutela ao patrimônio histórico e artístico da União e o Serviço de tutela ao patrimônio histórico e artístico dos Estados para catalogar bens móveis e imóveis de relevante interesse histórico e artístico (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 7).

O anteprojeto trouxe várias contribuições à preservação do patrimônio cultural como se entende hoje, mas as mais importantes

são a preocupação com os bens móveis e, também, a vinculação da catalogação dos bens ao interesse público, por meio da “coletividade” (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 7).

Os bens não seriam protegidos somente por interessarem ao Poder Público, mas também à coletividade e desde que detivessem relevância histórica e artística. Já se discutia a função social da propriedade, que somente se consagraria constitucionalmente em 1934 (BERCOVICI, 2005, p. 131), mas que demonstrava sua potencialidade nas discussões em plenário na década de 1920, sob as influências de Leon Duguit, da Constituição alemã de Weimar e da Constituição mexicana de 1917 (FIGUEIREDO, 2010, p. 82).

Apesar das diversas contribuições (em que se encontravam, também, o direito de preferência pelo Poder Público na aquisição do bem catalogado), o anteprojeto ainda estava longe da proteção que se buscava (e, também, porque ia de encontro às disposições constitucionais vigentes), e não logrou êxito. Porém, uma nova tentativa surgiu com o então Deputado José Wanderley de Araújo Pinho.

Apresentando em 29 de agosto de 1930, ao Congresso Nacional, um projeto de lei com os mesmos objetivos elencados pelos anteriores, o Deputado Wanderley Pinho defendia a criação da Inspeção de Defesa do Patrimônio Histórico-Artístico Nacional, que também faria a catalogação de bens imóveis ou móveis de relevante interesse histórico e artístico (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 8).

O grande mérito desse novo anteprojeto está no fato de ter aprofundado ainda mais os conceitos e regras trazidos pelos anteriores, melhorando institutos ali presentes, como, por exemplo, adicionando o critério da peculiar e notável *beleza* aos bens, para que pudessem ser catalogados (PRAGMÁCIO TELLES; CAMPOS, 2010, p. 89). Mesmo assim, o contexto político e jurídico ainda não era favorável (tendo em vista, conforme ressaltado anteriormente, a vigência de uma constituição – a de 1891 – que defendia a plenitude da propriedade), e o projeto não foi aprovado.

Após uma série de tentativas, a proposta desenvolvida por Mário de Andrade em 1936 veio a consolidar as ideias expostas nos projetos anteriores, com algumas alterações: trazia a figura do tombamento, no lugar da classificação ou da catalogação, como o meio mais adequado para a proteção de obras de arte, fossem elas

arqueológicas, ameríndias, populares, históricas, eruditas nacionais, eruditas estrangeiras, aplicadas nacionais e aplicadas estrangeiras (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 9).

O projeto de Mário de Andrade, que, fazendo papel de vanguarda, trazia uma grande preocupação com o patrimônio cultural imaterial, previa a criação do SPAN, o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional (que depois viria a se chamar SPHAN – o ‘H’ representa o acréscimo da palavra ‘Histórico’ – e, anos depois, se transformaria no IPHAN – o ‘I’ é a inicial da palavra ‘Instituto’, representativo de nova designação e de novo status administrativo). Por mais que se cogite dar méritos somente ao projeto de Mário de Andrade, ele foi muito influenciado pelos anteriores, de Luis Cedro, Jair Lins e Wanderley Pinho (COSTA, 2002, p. 78), representando, dessa maneira, a evolução da ideia de preservação ao patrimônio cultural brasileiro (PRAGMÁCIO TELLES; CAMPOS, 2010, p. 89).

Somente com a dissolução do Congresso Nacional e efetiva publicação do Decreto-lei nº 25/1937 é que se estabeleceu a primeira ação direcionada à preservação do patrimônio cultural brasileiro, mesmo em dimensão bem mais restrita que a atual, o que se infere da leitura do artigo 1º da referida norma, pelo qual se definiu que constituem o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, o que ocorre se houver vinculação do bem a fatos memoráveis na história do Brasil e/ou também pelo seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.

1.2 A ampliação conceitual do conceito de patrimônio cultural pela Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 veio a ampliar o conceito de patrimônio cultural, e, com essa medida, abriu novas possibilidades de cotejo com relação ao Decreto-lei nº 25/1937. O artigo 216 do texto constitucional traz, além da referência à preservação de bens materiais e imateriais, cinco incisos com grupos de bens que são protegidos. São eles: as formas de expressão (inciso I); os modos de criar, fazer e viver (inciso II); as criações científicas, artísticas e tecnológicas (inciso III); as obras, objetos,

documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais (inciso IV); e, por fim, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (inciso V).

Esses elementos, por sua vez, constituem um rol exemplificativo entre as possíveis manifestações que podem ser consideradas como integrantes do patrimônio cultural brasileiro (RODRIGUES; ALMEIDA, 2012, p. 134), como se pode inferir da expressão “nas quais se incluem” adotada pelo constituinte, o qual abriu, assim, a possibilidade de outras manifestações que venham a ser preservadas.

Nesse contexto, estaria o decreto-lei revogado, por trazer conceitos mais restritos (mesmo que pioneiros para a sua época) ou apenas desatualizado, necessitando de reformas? Quais os efeitos provocados pelo texto constitucional para as normas do decreto-lei, uma vez que este tenha sido recepcionado?

É factível entender que a ampliação conceitual realizada pela Constituição Federal de 1988 não afastou conceitos anteriores, tais como aqueles previstos no Decreto-lei nº 25, de 1937, e da Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, mas, na verdade, os ratificou e aumentou sua amplitude, abrindo-se, dessa maneira, um leque de possibilidades para uma proteção mais completa (CUNHA FILHO, 2009, p. 219). De fato, a Constituição Federal de 1988 legitimou de forma inquestionável o tombamento, quando o trouxe expressamente em duas oportunidades (CUNHA FILHO; VIANA, 2011, p. 143).

A primeira delas tem relação com a amplitude conceitual fornecida pelo próprio texto constitucional. Buscando uma proteção mais completa, exige-se, no parágrafo primeiro do mesmo artigo 216, que o Poder Público atue com a colaboração da comunidade, promovendo e protegendo o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação pertinentes. Dentre os meios de preservação elencados, destaca-se a figura do tombamento.

A segunda oportunidade está no mesmo artigo 216, mas em outro parágrafo, o quinto. Estabelece o texto constitucional que, sem intermediação de lei, o adota em seu próprio texto para

determinar que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

O elevado prestígio concedido ao tombamento tem como principal consequência a recepção da maior parte dos dispositivos do Decreto-Lei nº 25/1937, dando ampliação a seus conceitos e favorecendo a preservação ao patrimônio cultural (CUNHA FILHO; VIANA, 2011, p. 143).

E quanto às partes do Decreto-lei nº 25/1937 defasadas relativamente à Constituição? Explica Mário Ferreira de Pragmácio Telles que, por mais que algumas partes do decreto-lei merecessem uma atualização, o que ocorreu, em caso de discordância constitucional, foi a sua não recepção (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 7).

Afirma ainda o autor (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 7) que o ideal seria, mantendo a força simbólica do decreto-lei, ampliar ainda mais a proteção com instrumentos jurídicos complementares e articulados entre si, delimitando o decreto-lei a uma vertente específica do patrimônio cultural (como, por exemplo, o patrimônio histórico e artístico), e “rompendo com a atual hiperutilização sobre-carregadora deste”.

E, para uma análise aprofundada acerca do funcionamento do instituto, é necessário que se faça uma constatação sobre sua origem. Alguns autores, como Pragmácio Telles (2008, p. 7) e Telles (1997, p. 20) remetem suas origens ao registro ou inventário feito na Torre do Tombo, em Portugal, ao final do período medieval (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 7; TELLES, 1997, p. 20).

Nesse contexto, as partes não recepcionadas do decreto-lei são aquelas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito que, dentre seus fundamentos, adota o pluralismo político e, por conseguinte, o pluralismo cultural. As que espelham o “acanhamento da sua abrangência originária, em face da grandiosidade dos bens que, potencialmente, passaram a integrar o novo conceito de patrimônio cultural brasileiro, do qual o patrimônio histórico e artístico é apenas uma fatia” (CUNHA FILHO; VIANA, 2011, p. 144).

Mesmo diante do quadro de desatualização em que se encontram diversas partes do Decreto-lei nº 25/1937, o Poder Público não buscou suprimi-lo do ordenamento jurídico brasileiro. A solução mais adequada seria a de lhe dar interpretação mais abrangente,

conforme a Constituição, a partir das práticas administrativas, bem como de reconhecimentos formais, como o que se almeja obter por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 206 (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 7).

Verifica-se, dessa maneira, que, ao dispor um conceito amplo e pioneiro para a sua época, o Decreto-lei nº 25/1937 somente encontrou um novo modelo com a disposição do artigo 216 da Constituição Federal de 1988. E foi nesse mesmo artigo, mais precisamente em seu parágrafo único, que o tombamento encontrou respaldo e fortalecimento constitucionais.

Contudo, por potencializar choque de interesses entre o direito à memória e a propriedade privada, houve abalos em toda sua existência já quase octogenária. Vê-se isso, por exemplo, na Apelação de nº 7.377, julgada em 19 de agosto de 1943, que teve como relator o Ministro Castro Nunes, do Supremo Tribunal Federal (STF), na qual os inimigos do instituto afirmavam existir uma inconstitucionalidade do tombamento, figura típica do Decreto-lei nº 25/1937. Alegavam que o direito de propriedade era garantido pela Constituição de 1937 e que o tombamento feito contra a vontade do proprietário o violava (TOMASEVICIUS, 2004, p. 240). Porém, a Corte rejeitou a tese e, por maioria dos votos, entendeu-se pela constitucionalidade do decreto-lei, principalmente porque a Constituição de 1934 havia elevado a propriedade a um novo patamar, submetendo-a ao cumprimento de função social, o que não retrocedeu com a Carta de 1937.

Mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que claramente prevê o tombamento entre as medidas protetivas para o patrimônio cultural, na revisão constitucional, em 1993, houve propostas dos senadores Jutahy Magalhães (PSDB/BA, com a proposta de nº 014188-4), Pedro Teixeira (PP/DF, com a proposta de nº 015488-7) e Elcio Alvares (PFL/ES, com a proposta de nº 016586-1), no intuito de aditar o texto constitucional, limitando sua utilização somente para os bens públicos, deixando aqueles de caráter privado de fora do raio de abrangência do instituto (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 4). Todavia, firmes na máxima da função social da propriedade, prevista nos artigos 5º e 170 do texto constitucional originário, os constituintes revisores rejeitaram o projeto mitigador do tombamento.

Nesse contexto, cumpre ressaltar a posição de Mário Ferreira de Pragmácio Telles, que afirma ser direito da sociedade, acima de tudo, adequar o direito às suas necessidades. Mas, mesmo que ultrapassadas mais de sete décadas, salvo algumas exceções, não se justifica a eliminação de um diploma inovador e um dos poucos a encarar o direito de propriedade como algo a se limitar em benefício dos bens culturais (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 6).

Esse mesmo posicionamento é esboçado por Sônia Rabello de Castro, uma vez que o Decreto-lei nº 25/1937 deixa claro e objetivo, mas ao mesmo tempo aberto e flexível, o que deve e pode ser preservado. Sendo aberto e flexível, permitiu que seus conceitos pudessem ser alargados para uma melhor preservação do bem cultural; a autora cita como exemplo o disposto no artigo 18 do decreto-lei, com as restrições à vizinhança (muito interligado atualmente aos conceitos de entorno e ambiência) e que devem ser suportadas em benefício do patrimônio cultural brasileiro (CASTRO, 2007, p. 1).

Apesar de outras discussões e julgamentos a que se submeteu o tombamento durante esses mais de setenta e cinco anos de vigência do Decreto-lei nº 25/1937, continua o mesmo exercendo um papel fundamental para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, sendo recepcionado pelas constituições que sobrevieram à sua outorga.

Eis que se questiona: estando o Decreto-lei nº 25/1937 em sua essencialidade vigente, como a comunidade poderá participar da preservação ao patrimônio cultural através do tombamento? Essa participação é juridicamente prevista em toda a sua potencialidade e em que medida é efetiva? Esses são questionamentos que serão enfrentados a seguir, mas, antes, faz-se necessário descrever o conceito, o funcionamento e a maneira de atuação do tombamento, a partir do decreto-lei, para, assim, ter-se uma melhor compreensão das maneiras através das quais a participação da comunidade ocorre e poderá ocorrer.

2 O TOMBAMENTO: DISPOSITIVOS TUTELADORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO DECRETO-LEI Nº 25/1937

O tombamento foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro somente por força do Decreto-lei nº 25 de 1937, em substituição

às demais figuras que vinham sendo propostas para realizar a preservação do patrimônio cultural brasileiro (como o registro, a classificação e a catalogação). Um grande número de doutrinadores, porém, remete suas origens ao registro ou inventário feito na Torre do Tombo, em Portugal, ao final do período medieval.

Afirma Telles (1997, p. 20) que, na Idade Média, os monarcas lusitanos valiam-se de arquivos ambulantes, transportados no dorso de animais, tendo em vista as peregrinações e campanhas bélicas em que se envolvia o Estado português. Dessa maneira, preocupados com a relevância das informações constantes nesses documentos (em que se encontravam, dentre outros, testamentos reais, correspondências e atos oficiais), eram providenciadas cópias que ficavam depositadas em diversos conventos (TELLES, 1997, p. 20).

No século XIV, porém, inspirado no modelo britânico da Torre de Londres, instaurou-se o arquivo real, que tinha na Torre de Albarrã, do Castelo São Jorge, sua matriz. Por realizar o depósito de diversos documentos, com o seu respectivo tombo, passou-se a associar a ideia de tombamento a essa torre. Porém, não é uma teoria isenta de críticas.

O conceito de tombo adotado pelos portugueses no final da Idade Média guarda pouca similaridade com o instituto do tombamento como se encontra hoje, provavelmente emprestando-lhe pouco mais que o seu nome, porque o tombamento moderno consubstancia-se na proteção ao patrimônio cultural, e não apenas na realização do registro ou do inventário dos impostos e das rendas, além dos documentos oficiais do governo (NIEBUHR, 2011, p. 196).

É nesse sentido que Fonseca (2005, p. 57) propõe uma origem diversa para o instituto. Registra a autora que as primeiras ações de proteção ao patrimônio cultural remontam à Antiguidade, mas consistiam medidas isoladas, geralmente por iniciativa de particulares ou vinculadas a questões religiosas. Foi somente com a ameaça de perda de documentos ou monumentos valorizados – como, por exemplo, ocorreu com a destruição de muitos deles a partir do vandalismo da Reforma Protestante e da Revolução Francesa – que o tema passou a ser de interesse público.

Explica ainda a autora (FONSECA, 2005, p. 57) que, no final do Antigo Regime francês, a monarquia, por força da doutrina

iluminista, tentou dar acesso aos seus acervos e monumentos com a criação de museus, entre outros meios de divulgação cultural; mas a Revolução, que defendia a inauguração de um novo tempo, com novos calendários e novos costumes, assim justificava a destruição de qualquer bem que se relacionasse com a nobreza e o clero.

Tentando evitar a destruição de diversos bens pertencentes ao patrimônio histórico-cultural francês, o governo revolucionário passou a regulamentar a proteção aos bens confiscados, uma vez que os atos de vandalismo são contrários aos ideais iluministas, da preservação e difusão do saber (FONSECA, 2005, p. 57).

A partir daí é que Fonseca (2005, p. 59) afirma que surgiu o conceito de patrimônio cultural, que coincidia, ainda, com o de propriedade da nação. Essa mesma noção de patrimônio cultural serviria para reforçar a noção de cidadania, identificar os bens representativos da nação e, também, a funcionar como prova material das versões oficiais da história nacional.

Esse mesmo modelo francês, que exercia a valorização do patrimônio nacional, de forma planejada e regulamentada, é o que predominou na grande maioria dos países europeus, sendo exportado, posteriormente, na primeira metade do século XX, para países latino-americanos, como o Brasil e a Argentina, e, após a Segunda Guerra Mundial, para as ex-colônias francesas, o que pode ser verificado quando se tratou dos anteprojetos de leis ordinárias para a proteção ao patrimônio cultural brasileiro (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 8).

É nesse sentido que defende Niebuhr (2011, p. 197) que a afirmativa de Fonseca aparece como mais plausível, sendo o termo tombamento apenas inspirado no registro português realizado nas Torres do Tombo. Porém, no Brasil o instituto do tombamento já alcançou diferentes características e passou a ter novos objetivos.

2.1 Os diversos posicionamentos doutrinários na conceituação e classificação do tombamento

A evolução do conceito de propriedade, em seu pleno uso, gozo e disposição, ao lado do seu conflito com a dimensão social fizeram com que o ordenamento jurídico brasileiro passasse a preocupar-se com sua regulamentação.

Nesse contexto, estabelece o Decreto-lei nº 25/1937 que, quando um bem adquire relevante interesse nacional e possui valor cultural específico (artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, paisagístico, entre outros), que se referia à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, esse bem necessita ser tutelado pelo Poder Público.

Dessa maneira, afirma Silva (2001, p. 114) ser a referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos sociais uma condição *sine qua non* para que um bem cultural seja considerado como integrante do patrimônio cultural brasileiro.

O dono é privado de parte da titularidade da propriedade de seu bem, em favor do interesse da coletividade. O próprio Decreto-lei nº 25/1937 estabelece o tombamento como o meio adequado para a preservação de bens materiais, sejam eles móveis ou imóveis, e que, conforme ressaltado anteriormente, ganhou respaldo constitucional através do artigo 216, *caput* e seus parágrafos primeiro e quinto.

A doutrina, ao conceituar o instituto, costuma ser uníssona quando da utilização dos termos “preservação” ou “proteção”. Pode-se registrar o posicionamento adotado por Marchesan (2007, p. 212), segundo a qual o tombamento consiste no instituto mais difundido na preservação dos bens culturais materiais, sendo confundido com a preservação como se sinônimo fossem.

Muitos doutrinadores costumam utilizar, dessa maneira, as expressões preservação e tombamento como sinônimas, confusão que não deve ocorrer, em razão, segundo explicita Rodrigues (2003, p. 33), de a preservação constituir-se num gênero, do qual seriam suas espécies o tombamento e todas as outras formas pelas quais o Estado garante a integridade do patrimônio cultural. Cita o autor como exemplo a Lei Federal de nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente.

O mesmo posicionamento é adotado por Castro (1991, p. 48), que afirma ser a preservação o gênero e que por ele pode-se compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma nação, a partir da ampliação conceitual realizada pelo artigo 216 da Constituição Federal de 1988. Feita essa diferenciação, pode-se conceituar mais adequadamente o instituto do tombamento.

O tombamento é, portanto, um meio de intervenção do Estado na propriedade, seja a mesma pública ou privada, com o objetivo de proteger o patrimônio cultural brasileiro, composto de certos bens corpóreos que guardam determinado valor para a sociedade brasileira (CUNHA FILHO; VIANA, 2011, p. 143).

Para Gasparini (2008, p. 803), por sua vez, o tombamento consiste na submissão de certo bem, público ou privado, dotado de nome próprio, a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição, instituído sempre que o Poder Público almejar preservá-lo em razão do seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Uma definição similar é dada por Meirelles (2007, p. 577), segundo o qual o tombamento constitui-se na declaração, pelo Poder Público, do valor histórico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa mesma razão, devam ser preservados, de acordo com a sua inscrição em livro próprio, segundo previsão do artigo 216, § 1º, da Constituição Federal.

A doutrina parte de conceitos similares, salvo algumas mudanças, mas principalmente com relação à sua natureza jurídica. Em decorrência disso, durante muito tempo os doutrinadores passaram a debatê-la.

Para Castro (1991, p. 127), é importante que se faça a delimitação da natureza jurídica do instituto, tendo em vista que, assim, a aplicação de diversas regras a ele pertinentes seria facilitada, além do delineamento dos efeitos jurídicos que dele decorrerão.

Inicialmente, como ressalta Reale (1980, p. 82), no tombamento de bens culturais estão em jogo valores distintos, que são memória e propriedade, e que ambos merecem proteção e resguardo pelo Poder Público. Esse posicionamento é pertinente no momento em que o conceito de patrimônio cultural, aliado ao de bens culturais, foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, conforme destacado anteriormente.

Assim, cumpre registrar que um dos objetivos do tombamento é a conservação da coisa, e, por isso, defende Machado (1987, p. 68) que o instituto vai possibilitar que não se transfira, por esse motivo, o domínio de uma propriedade particular ao Estado, o que resultaria na estatização de todo o patrimônio histórico e paisagístico.

Ilustrando esse mesmo posicionamento e o poder de atuação do tombamento, aliado à sua importância, relembra Mello (2010, p. 911) que, quando bem entender a Administração, uma vez que inserida nos dispositivos legais, que deverá obter a propriedade do bem em sua integralidade, altera-se aí o instituto do tombamento e realiza-se a desapropriação, em que a propriedade passa a ser do Poder Público, mediante a devida indenização ao proprietário originário.

Passou-se a discutir, então, qual seria a natureza jurídica do tombamento tentando incluí-la dentre aquelas previstas pela Administração, quais sejam: a servidão administrativa; o domínio eminente estatal; bem cultural como bem imaterial; e, por fim, como uma limitação administrativa.

Partindo da defesa do tombamento como uma servidão administrativa, estão, entre outros, doutrinadores como Mello (2010), Valle Figueiredo (1994), Moreira Neto (1976), Dallari (1987) e Lima (1987).

Afirma Mello (2010, p. 911) que os poderes inerentes do proprietário sobre seu bem ficam parcialmente elididos, podendo usá-lo, gozá-lo e dispô-lo, mas sem destruí-lo ou danificá-lo, além de mantê-lo sob seus próprios recursos. O direito de propriedade tem mitigado, ao menos nesse contexto, seu caráter absoluto, passando a aceitar uma intervenção estatal no sentido de preservar o bem correspondente a um patrimônio cultural nacional. Sendo um ato específico, imposto pela Administração, sedimentado em lei, e, ao contrário das limitações administrativas, não sendo genérico, constituiria o tombamento uma servidão administrativa.

Para Dallari (1987, p. 11), o tombamento seria uma servidão administrativa, uma vez que o Poder Público decide pelo instituto, absorve uma qualidade ou um valor já existente num bem tombado, para proveito da coletividade, devendo haver uma indenização na hipótese de ocorrer dano economicamente aferível para o proprietário, em decorrência do tombamento.

Por sua vez, defende Lima (1987, p. 197) que seria uma servidão, juntamente com outras constituídas sobre as margens dos rios públicos, as impostas às propriedades marginais das vias férreas e a existente sobre as propriedades vizinhas de aeroportos e aeródromos.

Alguns defendem, tal como Valle Figueiredo (1994, p. 194), que o tombamento assumiria, dependendo das circunstâncias e das consequências do ato administrativo sobre a propriedade, o caráter de desapropriação ou de servidão administrativa.

Para Moreira Neto (1976, p. 318), por sua vez, o tombamento pode ser definido como uma intervenção ordinatória 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, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.

Há, ainda, aqueles que o defendem como sendo uma limitação administrativa. Esse é o posicionamento de Castro (1991), Rodrigues (2003) e Di Pietro (2007).

Para Castro (1991, p. 136), representa o tombamento uma limitação administrativa em razão de o instituto ser constituído por um ato administrativo que visa à proteção do interesse público genérico, ou seja, cultura nacional corporificada em bens móveis ou imóveis, que, após identificação e classificação por órgão competente, passam a ser protegidos pelo Estado em virtude do interesse público que os referidos bens possam vir a ter, sem resultar, assim, em interferência na relação dominial entre a coisa e o seu proprietário.

Afirma Rodrigues (2003, p. 38), por sua vez, que representaria uma limitação administrativa em razão “do seu caráter genérico e da ausência da obrigatoriedade de indenização, por parte do Estado, advindo da imposição de limites ao direito de propriedade em prol da preservação de bens que tenham interesse para o patrimônio cultural”.

Defende Di Pietro (2007, p. 140) posicionamento acertado, considerando o tombamento de uma natureza jurídica diversa, autêntica e própria, não se enquadrando nem como servidão, nem como limitação administrativa.

2.2 A regulamentação do tombamento no Decreto-lei nº 25/1937: efeitos e procedimento para concessão

Para incidirem as restrições decorrentes do instituto sobre o direito de propriedade de maneira adequada, ao tombamento são atribuídos diversos efeitos. Dentre estes, a imposição ao proprietário

de manter e preservar o bem por conta própria. Segundo explicita Niebuhr (2012, p. 199), repetindo o comando legal, na proibição de destruir, demolir ou mutilar o bem tombado. O proprietário só poderá repará-lo, pintá-lo ou restaurá-lo com a prévia autorização do Poder Público, por força do artigo 17 do Decreto-lei nº 25/1937.

Outros efeitos provocados pelo tombamento de um bem constituem-se, porém, em obrigações positivas, tal como o dever de conservar para mantê-lo dentro de suas características originais. E, na hipótese de seu titular não dispor de recursos, o dever do proprietário de comunicar ao órgão de proteção que executará as obras de conservação e reparação às suas próprias custas, segundo o artigo 19 do Decreto-lei nº 25/1937.

A partir dos efeitos citados, verifica-se que uma das primeiras formas de participação popular (ou, quando menos, não estatal) está na figura do próprio proprietário, que deverá, muitas vezes, abster-se de realizar determinado ato (uma ação negativa, consubstanciada numa obrigação de não fazer), como não destruir ou mutilar o bem, além de realizar outros atos (ações positivas, consubstanciadas numa obrigação de fazer), como o caso de mantê-lo dentro de suas características originais e nele realizar reparos, quando necessário.

Quanto ao procedimento, o Decreto-lei nº 25/1937 divide o tombamento basicamente em cinco etapas: qualificação do bem; notificação do proprietário; decisão do órgão competente; homologação e registro no Livro do Tombo respectivo (artigos 4º a 10 do decreto-lei).

Por mais que o proprietário acate um tombamento, respeitando, dessa maneira, a restrição ao seu direito de propriedade, determinada pelo Poder Público, pode-se classificar o mencionado instituto de três modos ou procedimentos distintos, quais sejam: de ofício (artigo 5º), voluntário e compulsório (previstos no artigo 6º).

O tombamento de ofício é aquele realizado pela Administração sobre os seus bens, devendo ser simplesmente notificada a entidade à qual pertencem, ou sob cuja guarda estiverem, por força do artigo 5º do Decreto-lei nº 25/1937. Referido diploma legal, editado em época de federalismo apenas ficto, previa e continua a nominalmente prever que a União pode tomar de ofício bens seus, dos Estados e dos Municípios; contudo, a autonomia dotada aos dois

últimos entes, pela Constituição de 1988, faz com que o tombamento de ofício seja assim interpretado: cada ente da federação somente pode realizá-lo sobre seus próprios bens; se tomar bens de outrem, o procedimento deve ser compulsório ou contencioso.

Constitui o tombamento voluntário, por força do artigo 7º do Decreto-lei nº 25/1937, aquele em que o proprietário o pedir e o bem 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 Nacional ou sempre que o proprietário anuir, por escrito, a uma notificação que se lhe fizer, para que seja inscrito o seu bem em qualquer dos Livros do Tombo.

Percebe-se aqui que, mesmo quando voluntário e proposto pelo próprio proprietário do bem, necessita-se, uma vez que se trata de uma restrição ao direito de propriedade, da sua anuência e também o juízo de aquiescência do Conselho Consultivo para que se realize o tombamento.

Por outro lado, uma vez que o proprietário recuse-se a anuir à inscrição do bem, proceder-se-á ao tombamento compulsório. O IPHAN notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação. Poderá também fazê-lo para, se o quiser, impugnar, oferecendo, dentro do mesmo prazo, as razões de sua impugnação.

Não havendo qualquer tipo de impugnação dentro do prazo assinado (que ressalta o decreto-lei como sendo fatal), será mandado por simples despacho que se proceda à inscrição do bem no competente Livro do Tombo. Tal prescrição também pode ser tida como algo anacrônica, uma vez não ser razoável dispensar a opinião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural e demais atos administrativos que a seguem, como a homologação ministerial.

Porém, o procedimento é diferenciado quando oferecida a impugnação que, uma vez válida, dentro do prazo assinado, será feita uma vista da mesma, em mais quinze dias (também fatais), ao órgão do qual houver emanado a iniciativa do tombamento, para que a sustente. Em seguida, independentemente de custas, o processo é enviado para o Conselho Consultivo a fim de que profira decisão sobre o assunto, dentro do prazo de sessenta dias a contar do seu recebimento, não cabendo nenhum tipo de recurso dessa decisão.

Verifica-se que há, portanto, seja o tombamento compulsório ou voluntário, uma participação do Conselho Consultivo, que será analisada mais adiante, em tópico pertinente.

Quanto à sua eficácia, o tombamento pode ser classificado como provisório ou definitivo, dependendo de como esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição do bem no competente Livro do Tombo, por força do artigo 10 do Decreto-lei nº 25/1937.

O tombamento provisório é aquele que produz os mesmos efeitos que o definitivo, com exceção à transcrição no Livro do Tombo, que somente é exigível para o segundo. Com a notificação do tombamento provisório, o proprietário não mais poderá alterar livremente o bem, constituindo-se, assim, no marco inicial da preservação.

Diante da notícia do possível tombamento, o proprietário poderia tentar modificar ou até destruir a coisa, evitando os efeitos decorrentes do instituto, cujo ato final e definitivo seria inócuo; tal possibilidade justifica o tombamento provisório. Também para o Poder Público inicia-se o dever de proteger o bem, inclusive com a aplicação de sanções administrativas, tais como as multas, demolição e restauração obrigatória, entre outras.

Cumprе ressaltar, agora, como se dá a participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural brasileiro, tendo, como base fundamental, a Constituição Federal de 1988, que ampliou os conceitos decorrentes de patrimônio cultural e, também, o de bem cultural, em consonância com o Decreto-lei nº 25/1937.

3 A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO: A EFETIVIDADE DOS MEIOS CRIADOS PELO DECRETO-LEI Nº 25/1937 E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, quando ampliou o conceito de patrimônio cultural brasileiro em seu artigo 216, reconheceu-o como um bem difuso, indicando a sua preservação não somente pelo Poder Público, mas também pela comunidade, desta-

cando-se a relevância do tombamento para o ordenamento jurídico pátrio (RODRIGUES; ALMEIDA, 2012, p. 135).

O texto constitucional, ao erigir como dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade, preservar o patrimônio cultural, retificou a sua natureza jurídica de direito difuso, porquanto este pertencente a todos (FIORILLO, 2008, p. 253).

Assim, constitui-se num domínio preenchido por todos os elementos de fruição, como o uso e gozo do bem objeto do direito, sem o comprometimento de sua integridade. Dessa maneira, outros titulares, inclusive aqueles que pertencem a gerações que ainda estão por vir, podem também exercer com plenitude o mesmo direito.

O conceito de patrimônio cultural corresponde ao “trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir” (MACHADO, 2008, p. 931).

Assim, reveste o patrimônio cultural de potencialidade atemporal, podendo servir como elo de gerações e extinguindo as barreiras presentes entre o passado e o futuro, garantindo, assim, todo um legado para a sociedade brasileira (RODRIGUES; ALMEIDA, 2012, p. 134).

E é tratando da importância de uma preservação do patrimônio cultural, mas, principalmente, dos direitos culturais que Luño (2011, p. 195) afirma que não se pode dar o exercício da liberdade e um funcionamento efetivo da democracia quando não se possui um substrato cultural e educacional que os fortaleça, pois qualquer forma de progresso econômico, político e social exige, para a sua caracterização, como requisito indispensável, a difusão da cultura e, com ela, a liberdade de conhecer e a capacidade de julgar.

E o próprio texto constitucional reconhece a importância dos direitos culturais, erigindo-os como direitos fundamentais. Os direitos culturais podem e são criados por legislação diversa, e, nesse caso, elevam-se como direitos fundamentais se puderem ser contemplados na situação de indispensáveis à dignidade humana e, também, quando decorrerem de acordos internacionais aprovados com o trâmite de uma emenda à Constituição (CUNHA FILHO, 2008, p. 16).

Nesse contexto, não poderia ser diferente a disposição do constituinte, elevando a importância dos direitos culturais e abrangendo ainda mais o conceito de patrimônio cultural, para favorecer a sua proteção.

Conforme ressaltado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, dispõe, além da referência à preservação de bens materiais e imateriais, cinco incisos com grupos de bens que são protegidos, que são as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e, por fim, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

No parágrafo primeiro, o texto constitucional elege deveres para o Poder Público, estabelecendo que atuará em colaboração com a comunidade, promovendo e protegendo o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. Porém, nem sempre o texto constitucional foi assim.

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, o conceito de patrimônio cultural e, também, a participação da comunidade na sua proteção foram discutidos em plena Assembleia Constituinte, em 1987, e o texto constante atualmente no parágrafo primeiro foi diversas vezes alterado. E muitas dessas mudanças se devem, também, ao fato de que a participação popular igualmente evoluiu nos textos constitucionais pátrios, até alcançar o nível que alcançou no texto constitucional de 1988.

Cumprido ressaltar que três foram os momentos que marcaram a mobilização nacional, dando ênfase para a criação de uma nova Constituição Federal (SGARBI, 1999, p. 19-20). O primeiro deles foi a campanha popular durante toda a década de 1970, com a sua respectiva abertura política, tratando-se de um processo com avanços e retrocessos, conquistas e perdas, confundindo-se com a própria convocação da constituinte.

O segundo foi a campanha das “Diretas Já”, reunindo diversos segmentos da sociedade civil em prol de uma emenda constitucional que reintroduziria as eleições diretas para a Presidência da

República. A terceira delas, finalmente, consubstanciou-se na eleição de Tancredo Neves em 1985 para a Presidência, mas que viria a falecer em decorrência de doença antes mesmo de assumir.

Em substituição, José Sarney assume a Presidência e, dando cumprimento às promessas de seu antecessor, possibilita a abertura de uma nova Constituição à nação brasileira. Antes mesmo da Assembleia Constituinte de 1987 erigir-se, diversos intelectuais, políticos, juristas e empresários empenharam-se em apresentar anteprojetos de Constituição Federal, sendo muitos deles fundamentais para o direcionamento que se tomaria com o texto constitucional. A título exemplificativo, podem ser citados dois deles, comprovando como o sistema nacional de cultura seria diferente.

O primeiro anteprojeto que chamou a atenção foi elaborado pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, que, inclusive, emprestou-lhe o nome. Após reunir o que considerava a elite da intelectualidade brasileira, formou a “Comissão dos Notáveis”.

Por mais que tenha méritos quando defende uma maior iniciativa popular, inclusive na feitura de leis mediante petições com assinaturas que trouxessem o peso inequívoco da massa de eleitores subjacente ao Congresso Nacional, em seus artigos 395 a 398, quando tratado da cultura, excluiu a participação da comunidade, deixando somente a cargo do Poder Público a proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

De igual modo, excluiu da apreciação da comunidade o anteprojeto de Fábio Konder Comparato, sequer tratando da cultura num capítulo, demonstrando que, se fosse o projeto aprovado, encontrar-se-iam os direitos culturais em forte risco de retrocesso, inclusive frente ao próprio Decreto-lei nº 25/1937.

Com a abertura do trabalho para a Assembleia Constituinte, foram formadas vinte e quatro subcomissões, com a incumbência de elaborar a futura Constituição. Terminados os trabalhos em 25 de maio de 1987, passou-se para a fase seguinte, com oito comissões encarregadas de produzir anteprojetos para a Comissão de Sistematização. Segundo registra José Duarte Neto, o seu relator, Bernardo Cabral, trouxe a público um texto redigido em 25 de junho, reunindo os diversos anteprojetos em 551 artigos e que, dado o tamanho e a diversidade dos textos reunidos, foi apelidado

como “Frankenstein”, fazendo-se referência à personagem criada por Mary Shelley (DUARTE NETO, 2005, p. 98).

Ao projeto de Bernardo Cabral sucedeu-se um substitutivo, chamado de “Cabral Zero”, trazendo consigo uma melhor organização dos assuntos. Consequentemente, em 26 de agosto é apresentado o substitutivo chamado de “Cabral 1”, com 374 artigos, ao qual se prosseguiu a outro, chamado de “Cabral 2”, mais equilibrado, com 336 artigos (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 335).

Os substitutivos apresentados por Bernardo Cabral assemelhavam-se ao texto da Constituição Federal como é conhecida atualmente, mas muito se discutiu com relação à participação da comunidade.

A título exemplificativo, quando discutido nas comissões de educação, cultura e família da Câmara dos Deputados, o parágrafo primeiro do artigo 216 da atual Constituição Federal dispunha que “compete ao Poder Público, respaldado por conselhos representativos da sociedade civil, promover a apoiar o desenvolvimento e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, através de inventário sistemático, registro, vigilância, tombamento, desapropriação, aquisição e de outras formas de acautelamento e preservação, assim como da sua valorização e difusão”.

Pode-se verificar, dessa maneira, que o intento da comissão era o de *respaldar* a atuação do Poder Público aos *conselhos representativos da sociedade civil*, com o intuito de *promover e apoiar* o desenvolvimento e a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Porém, o texto final do constituinte, após, inclusive, as discussões na Assembleia Constituinte de 1987, foi completamente diferente.

Dispõe o artigo 216, § 1º, que o Poder Público atuará com a *colaboração da comunidade na proteção e promoção* do patrimônio cultural brasileiro. Saíram os conselhos representativos da sociedade civil e entraram os conceitos de comunidade e de promoção e proteção.

A divisão de responsabilidade do Poder Público com a comunidade (que, por sinal, representa um conceito muito amplo e, tratando-se do constituinte de 1988, de difícil definição) altera profundamente o sentido que se dá a um Sistema Nacional de Cultura, e a própria participação popular poderia ter sido bem diferente, talvez

realizando uma mais efetiva fiscalização dos atos da Administração. O termo comunidade já estava presente nos substitutivos de Bernardo Cabral, demonstrando que muito de seu anteprojeto influenciou a atual Constituição Federal.

Há, ainda, o artigo 216-A, do texto constitucional, incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012, que traz em suas disposições uma maior conceituação do Sistema Nacional de Cultura, caracterizando-o como “organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais”. Dessa forma, verifica-se que a participação da comunidade atua em promoção da cultura e do desenvolvimento humano, em conjunto com o Poder Público no Sistema Nacional de Cultura.

Conforme ressaltado anteriormente, o parágrafo primeiro elenca alguns exemplos de meios através dos quais poderá o Poder Público, com o auxílio da comunidade, proteger e promover o patrimônio cultural brasileiro. São eles: a desapropriação, o inventário e a vigilância, além do próprio tombamento.

A desapropriação constitui a forma mais drástica de manifestação do poder de império do Estado, ou seja, de sua Soberania interna no exercício do domínio iminente sobre todos os bens existentes no território nacional. Através dela, ocorre a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública, quando de entidade territorialmente menor pela maior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, por força do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal (MEIRELLES, 2007, p. 601).

Utilizada em casos excepcionais, é uma medida relevante pelo fato de o tombamento nem sempre satisfazer à necessidade de proteção de um bem cultural, necessitando a Administração agir, algumas vezes, com uma medida extrema para alcançar seus objetivos.

O inventário, por sua vez, pode ser conceituado como o instrumento de estudo que possibilita identificar, relacionar e avaliar os bens culturais, oriundo do interesse público dirigente desses bens

(MIRANDA, 2009, p. 19). Por não ter um regramento jurídico próprio, o inventário praticado atualmente assemelha-se à metodologia de conhecimento do patrimônio cultural (CUNHA FILHO, 2009, p. 223). São exemplos de inventários aqueles realizados pelo IPHAN, enquanto metodologia: Inventário de bens arquitetônicos (IBA); Inventário Nacional de Bens móveis e integrados (INBMI); Inventário Nacional de Sítios Urbanos (INBI-SU); Inventário Nacional de Configurações Urbanas (INCEU); Inventário das Fachadas de Quadras (INFAC); e o Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC).

A vigilância é um instrumento que, como o inventário, ainda não está regulamentado de forma clara, e que ainda precisa ser mais bem compreendido e amadurecido, uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê a sua existência, mas, ao mesmo tempo, não lhe traça sequer os contornos mínimos (CUNHA FILHO, 2009, p. 223).

Finalmente, o tombamento é elencado como um dos meios de proteção do patrimônio cultural. Sua estrutura foi tratada em tópico antecedente que, entretanto, deixou em aberto questões relativas à participação da comunidade no referido mister. Provavelmente, o meio mais visível, atualmente, é ou seria por meio do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, supostamente uma instância de representação da cidadania.

Com a ampliação conceitual fornecida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, § 1º, a figura do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, prevista no Decreto-lei nº 25/1937, ganha relevância. Participam do Conselho treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN.

Além desses treze membros, também compõem o Conselho Consultivo o Presidente do IPHAN (que também é o presidente nato do Conselho) e mais um representante de algumas entidades e órgãos, quais sejam: Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB); Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (Icomos, representante no Brasil); Sociedade de Arqueologia Brasileira (SAB); Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama); Ministério da Educação; Ministério das Cidades; Ministério do Turismo; Instituto Brasileiro de Museus (Ibram); Associação Brasileira de Antropologia (ABA).

Interessante notar como a composição do Conselho Consultivo lembra a disposição que era prevista pela comissão de educação, cultura e família da Câmara dos Deputados para fazer parte do novo texto constitucional. Provavelmente uma medida que daria ainda mais força ao Decreto-lei nº 25/1937 na proteção aos bens materiais móveis e imóveis do patrimônio cultural brasileiro.

Os membros do Conselho Consultivo são indicados pelo Presidente do IPHAN e designados pelo Ministro do Estado da Cultura para um mandado de quatro anos, permitida a recondução, conforme regulamentação do Decreto nº 6.844, de 07 de maio de 2009 (CUNHA FILHO, 2009, p. 228). Aqueles que emanam como representantes de entidades e órgãos se submetem a dupla indicação, sendo a primeira delas a de responsabilidade do dirigente máximo a que se relacionam.

O Conselho Consultivo aparece expressamente em três oportunidades no Decreto-lei nº 25/1937. Primeiramente, no artigo 7º, quando previsto que o tombamento voluntário proceder-se-á sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para ser constituída como patrimônio cultural, a juízo do Conselho.

Segundo, no artigo 9º, número 3, quando se trata do tombamento compulsório. Afirma o artigo que, havendo impugnação tempestiva, far-se-á revista, dentro de quinze dias fatais, e, em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho para que profira decisão a respeito, dentro de sessenta dias, não cabendo recurso dessa decisão.

Finalmente, aparece a figura do Conselho no artigo 14, no qual há a previsão de que a coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para o fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo.

É a partir dessas disposições que, ao falar da competência para o tombamento, Castro (2009, p. 53) afirma que, em nível federal, “a decisão do ato de tombamento cabe, precipuamente, ao órgão especificamente designado pelo Decreto-lei de nº. 25/37, ou seja, ao Conselho Consultivo do Patrimônio”. Mas ressalta a autora que esse fato não quer significar que, no processo do tombamento, “não haja a participação de outros órgãos ou agentes administrativos que informem o processo, praticando os atos preparatórios”.

Dessa maneira, verifica-se a importância do Conselho, sendo este, precipuamente, aquele competente para a instituição do tombamento. Continua Sônia Rabello de Castro afirmando que, em face à complexidade da preservação dos bens constantes no patrimônio cultural brasileiro, tão amplo quanto de difícil definição, tornou-se necessária, antes da manifestação do Conselho Consultivo, “a elaboração de estudos e trabalhos técnicos que examinem e opinem sobre o bem proposto para tombamento. Estes estudos, contudo, não constituem atos administrativos, mas sim procedimentos preparatórios que, encaminhados ao Conselho, facilitarão sua manifestação sobre a matéria proposta” (CASTRO, 2009, p. 54).

O ato de tombamento, assim, é praticado pelo Conselho, através de deliberação coletiva e consubstancia-se, potencialmente, numa forma participação ativa da comunidade, mas, por outro lado, ainda depende de uma homologação ministerial, o que, por mais que represente um dever solidário do Poder Público com a comunidade (como prevê a Constituição Federal em seu artigo 216, § 1º), limita a decisão da comunidade a um membro do Poder Público, ou seja, limita a participação popular nesse sentido.

O Conselho Consultivo é o órgão competente para decidir acerca do patrimônio cultural brasileiro, conforme previsto no Decreto-lei nº 25/1937, complementado pelo que dispõe a Lei nº 6.292/75. E, ainda, que “por conta desses dispositivos legais e específicos, essa competência não poderá ser delegada ou avocada” (CASTRO, 2009, p. 54).

A manifestação ministerial através da homologação tem o objetivo de exercer o controle da legalidade, e, da mesma maneira, da conveniência e oportunidade do tombamento, enquanto a deliberação do Conselho está vinculada à avaliação do efetivo valor cultural do bem, pelos requisitos constante no Decreto-lei nº 25/1937 e, agora, pela Constituição Federal de 1988. Com isso, conforme ressalta, mais uma vez, Sônia Rabello de Castro, “a manifestação do Conselho não se assemelha à do ministro do ponto de vista de sua discricionariedade” (CASTRO, 2009, p. 55).

Mas a questão vai mais além. O tombamento constitui-se através de um ato administrativo que, uma vez não seguindo os parâmetros legais, pode ser considerado nulo de pleno direito se, para

tanto, for intentado recurso administrativo. Independentemente de ser retificada ou não a decisão do Conselho pelo ministro, surge o seguinte questionamento: a homologação impede a interposição de recurso? A participação popular ensejaria a possibilidade de recurso, independentemente da homologação?

Grande parte dos doutrinadores acredita que a homologação não impede a interposição de recurso administrativo ou a impugnação do agir ministerial porque, havida a deliberação, o ato é perfeito, ainda que não eficaz. S. R. Castro, contudo, afirma que essa posição doutrinária predominante é pouco prática (CASTRO, 2009, p. 55) porque a homologação do ministro de Estado visará à eficácia do ato; mas, da mesma maneira, não o homologando, nega-lhe eficácia, o que faz com que não produza os seus efeitos e, assim, não gere direitos ou obrigações. Continua a autora sustentando que “do ponto de vista teórico já se pode dizer que é um ato perfeito, do ponto de vista prático e objetivo ele ainda não alterou, criou ou modificou os direitos, de modo a criar interesse jurídico de impugnação administrativa ou judicial”.

Mas deve ser ressaltado que uma impugnação anterior à homologação iria de modo contrário ao princípio da eficiência administrativa, uma vez que a manifestação negativa do ministro eliminaria o interesse jurídico na impugnação. Com a homologação ministerial, por sua vez, haveria o interesse jurídico, porque ela aperfeiçoaria o ato.

Cogita Castro (2009, p. 56) sobre a possibilidade oposta, a de o Conselho Consultivo deliberar que dado bem não por ele avaliado possui os atributos necessários para fazer parte do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Nesse caso, a deliberação não seria enviada para o Ministro, porque a Lei de nº 6.292/75 dispõe sobre a homologação ministerial, mas não o faz relativamente a todas as decisões do Conselho; somente àquelas que objetivem ao tombamento. Com isso, seriam aquelas favoráveis ao tombamento de um determinado bem. “Havendo interesse da comunidade, ou de qualquer cidadão no tombamento, a decisão negativa do Conselho seria impugnável no momento de sua comunicação, já que esta negou o pedido de tutela”.

Nesse contexto, em qualquer das hipóteses acima referenciadas, o tombamento será feito pela inscrição em um dos Livros de

Tombo somente após a homologação do parecer do Conselho Consultivo pelo Ministro de Estado.

Registra, por sua vez, Castro (2009, p. 57) que a Lei de nº 6.292/75, “ao mencionar que a homologação do ministro dar-se-ia com relação ao parecer do Conselho Consultivo, não se referiu explicitamente à hipótese na qual este parecer não se fazia necessário, pelo Decreto-lei 25/37”. Dessa maneira, segundo a autora, parece razoável interpretar-se que, “a partir da edição desta lei, em qualquer hipótese, far-se-á necessário o parecer do aludido Conselho Consultivo, a fim de que haja, em função do mesmo, a manifestação homologatória”.

Pode-se concluir, a partir das colocações apresentadas, que a deliberação do Conselho Consultivo torna o ato jurídico perfeito, uma vez que se constitui no ato administrativo confirmatório, que compõe o tombamento. Porém, essa manifestação de vontade da Administração condiciona-se ao atendimento dos requisitos legais vinculantes do ato (que, uma vez não respeitados, geram sua nulidade de pleno direito), ou seja, ao efetivo valor cultural do bem.

A participação da comunidade que poderia ser representada pelo Conselho de uma maneira mais efetiva é restringida ao cumprimento do ato de homologação por parte do Ministro da Cultura. Uma vez homologado, o bem é inscrito nos Livros de Tombo e cumpre com as disposições do Decreto-lei nº 25/1937 para que seja considerado válido o tombamento. Por outro lado, uma vez sendo a resposta à homologação negativa, o bem não será inscrito e o tombamento não se efetivará. Com isso, a participação do Conselho é reduzida.

E mais um problema agrava essa questão: uma vez que fique demonstrado o valor cultural de um determinado bem, poderia o Conselho Consultivo deliberar contrariamente ao seu tombamento? A resposta é dada por Castro (2009, p. 60), segundo a qual ela seria negativa. Seguindo o entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, a autora afirma que o ato do tombamento é vinculado, e, por isso, havendo os pressupostos legais de valor cultural do bem, a administração tem o dever constitucional de proteção, não podendo se omitir à prática do ato de tutela. Contudo, a autora admite que sempre há um grau de subjetividade nos próprios critérios normativos para o tombamento, revelados por expressões como “fatos memoráveis”, “excepcional valor”, “feição notável” e “portador de referência”.

Caso constate a omissão, a resposta pode ser uma atuação do Ministério Público ou até mesmo de qualquer cidadão, em face da omissão do Poder Público para com a determinação material dos conceitos de patrimônio cultural e, também, de bens culturais, que atraem o dever do Estado à integral satisfação do interesse veiculado na norma (CASTRO; COSTA NETO, 2008, p. 191).

Entretanto, o problema persiste com a homologação. Afirma Castro (2009, p. 61) que, entendendo que “com a homologação perfaz-se não só o controle de legalidade, como também um controle de conveniência e oportunidade, poder-se-ia concluir que a apreciação homologatória poderá levar em conta, de forma mais amplamente discricionária, o interesse público daquele ato”. Tal opinião deve ser vista com muita cautela, pois, como apresentada, estão confundidos os conceitos de homologação e veto: a primeira é ato de conferência de regularidade; o outro é ato político. Ademais, fragiliza a ideia de que, no tombamento, a autoridade decisória é o Conselho Consultivo, transferindo-a para o Ministro de Estado.

Doutrinando sobre o instituto e limitando-se à seara administrativa, Gasparini (2001, p. 81) faz o cotejo entre homologação e aprovação, sustentando que a primeira “diferencia-se da aprovação em razão da natureza do exame”, e, assim, na homologação “examinam-se os aspectos de legalidade; na aprovação analisam-se os de conveniência e oportunidade, isto é, o mérito do ato praticado. A aprovação é ato discricionário, enquanto a homologação é ato vinculado. A homologação é sempre posterior; a aprovação pode ou não ser posterior”.

Dessa maneira, ainda que determinado bem tenha demonstrado o valor cultural, isso não seria absolutamente vinculante para manifestação positiva na homologação, partindo do pressuposto de que nela pode estar inserida avaliação de conveniência político-administrativa. Acerca da homologação, poder-se-ia contrapor à eventual não homologação, por motivos de conveniência, a mesma colocação quanto ao dever constitucional de preservar.

É devido às deficiências geradas pelo Decreto-lei nº 25/1937, principalmente com relação ao Conselho e a participação popular, que muitos autores defendem sua revogação ou simplesmente afirmam que ele necessita de uma atualização, para que entre em consonân-

cia com a Constituição Federal de 1988 (PRAGMÁCIO TELLES, 2008, p. 5).

O Conselho Consultivo não é dotado de poderes fiscalizatórios e muito menos normativos, uma vez que essas atividades são exercidas pelos órgãos da estrutura executiva do IPHAN (CUNHA FILHO, 2009, p. 229). Assim, o máximo que poderia fazer é emitir opiniões, e, conforme ressaltado acima, ainda estaria vinculado a não negar o tombamento de um bem que demonstrasse o seu valor cultural.

Conclui o autor citado, dessa maneira, que o Conselho “não funciona como instância representativa da sociedade, no sistema de proteção do patrimônio cultural do Brasil. A face que se evidencia é a de órgão técnico, detentor do conhecimento necessário a legitimar suas próprias deliberações acerca de tombamentos e registros”.

Com isso, o Conselho ainda está muito distante do que se almeja para uma participação popular mais efetiva a partir do Decreto-lei nº 25/1937 e a própria Constituição Federal de 1988. Mas, mesmo assim, não quer dizer que não existem movimentos a favor da preservação do patrimônio cultural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, diante de todo o exposto, que o Decreto-lei nº 25/1937 foi um diploma pioneiro e que tratou de temas controversos para a sua época, uma vez que suas discussões surgiram contra a proteção da propriedade privada, então considerada como um direito absoluto e inviolável.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de patrimônio cultural e também o de bem cultural foram ampliados, permitindo novas possibilidades de proteção. E, diferentemente de alguns doutrinadores que acreditam ser a revogação do Decreto-lei nº 25/1937 a solução para problemas e lacunas existentes na proteção ao patrimônio cultural, entende-se que este foi, em sua substância, recepcionado, e seus conceitos devidamente complementados e ampliados.

Um dos grandes problemas que o decreto-lei enfrenta ao longo de sua existência é a sua hiperutilização, que poderia ser

resolvida uma vez que se estabelecessem novas medidas de proteção mais específicas. A partir daí é que a doutrina sugere que o Decreto-lei nº 25/1937 voltasse às suas disposições originárias, tais como a proteção do patrimônio material, móvel ou imóvel de bens históricos e artísticos, permitindo que outros diplomas cuidassem de categorias de bens culturais diversas.

Sendo recepcionado, o decreto-lei entra em consonância com a disposição constitucional existente no artigo 216, § 1º, e o Poder Público deve agir, em colaboração com a comunidade, em prol da proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro. A partir da leitura do decreto-lei, verificou-se que o principal meio de participação da comunidade é a suposta representação que tem no Conselho Consultivo, o qual reúne, dentre outros, representantes de associações civis com interesse na preservação do patrimônio cultural brasileiro. Porém, as medidas do decreto-lei, aliadas ao funcionamento de outras normas, tais como o Decreto nº 6.844/2009 e a Lei nº 6.292/75, não atingem a proteção adequada que deveriam, sendo criticados pela doutrina.

Sendo assim, conclui-se que existem lacunas que precisam ser corrigidas para que se aprimore o Sistema Nacional de Cultura e a Constituição Federal se aproxime de seu objetivo inicial, qual seja: a promoção de uma proteção mais efetiva dos bens culturais.

É como bem disse Thomas Jefferson, em carta direcionada a William Charles Jarvis, em 28 de setembro de 1820: “*I know no safe depository of the ultimate powers of the society, but the people themselves*” (JEFFERSON, 1904, p. 278). Ou seja, a Constituição Federal inovou ao trazer uma participação mais ativa da comunidade, mas, ao mesmo tempo, ainda existem lacunas que precisam ser revistas para que a proteção aos bens pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro seja ainda mais efetiva. Porém, conforme ressaltado acima, dependendo de parte da comunidade, que, mesmo sem previsão legislativa, age na preservação do que é do seu interesse.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Texto promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Texto promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.292 de 15 de dezembro de 1975*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 6.844 de 07 de maio de 2009*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. São Paulo: IPHAN, 2009.

CASTRO, Sônia Rabello de. 70 anos de Tombamento no Brasil. *Carta Forense*, pp. 37-37, out. 2007.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do Poder Público. *Revista de Direito Ambiental (RDA)*, n. 51, pp. 185-192, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: A Representação de Interesses e sua Aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A proteção do patrimônio cultural brasileiro no governo Lula. In: VII Congresso Internacional de la Unión Latina de Economía Política de la Información, la comunicación y la Cultura (ULEPICC), 2009, Madri. *Actas del VII Congreso Internacional ULEPICC*. Madri : ULEPICC, 2009. v. 1. pp. 199-216.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais: Do Reconhecimento da Fundamentalidade à Necessidade de Simplificação. In: CALABRE, Lia (Org.). *Oficinas do Sistema Nacional de Cultura*. Brasília. Distrito Federal: Ministério da Cultura, 2006, v. único, pp. 87-109.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Impactos da Constituição Federal de 1988 sobre o tombamento de bens do patrimônio cultural brasileiro. In: IV ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 2008, Salvador. *Anais do IV ENECULT*. Salvador : Faculdade de Comunicação/UFBA, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; VIANA, Ruth Araújo. Arquitetura e tombamento: instrumentos de dinâmica e perenização cultural. *Pensar*, v. 16, pp. 129-150, 2011.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, v. 2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DUARTE NETO, José. *A iniciativa Popular na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JEFFERSON, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson*. Washington: The Thomas Jefferson Memorial Association, 1904, v. XV.

LIMA, Ruy Cerne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural: tombamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MATEUS, Eliane Elias. A proteção do patrimônio cultural e o tombamento. *Leopoldianum*, n. 92-93, pp. 117-134, jan./ago. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celson Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O Inventário como Instrumento Constitucional de Proteção ao Patrimônio Cultural Brasileiro. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 23, pp. 17-41, abr./maio 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. O processo de tombamento na perspectiva de defesa dos direitos do proprietário. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PRAGMÁCIO TELLES, Mário Ferreira de. Tombaram o Decreto Lei nº 25/37? In: IV ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 2008, Salvador. *Anais do IV ENECULT*. Salvador: Faculdade de Comunicação/UFBA, 2008.

PRAGMÁCIO TELLES, Mário Ferreira de; CAMPOS, Marcio D’Oliveira. Entre a Lei e as Salsinhas: Análise dos Antecedentes do Decreto-lei nº 25/1937. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 27, pp. 83-99, dez./jan. 2010.

REALE, Miguel. *Renovação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Breve estudo sobre a natureza jurídica do tombamento. *Pensar*, v. 8, n. 8, pp. 32-36, fev. 2003.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; ALMEIDA, Saulo Nunes de. Breves considerações a Respeito da Isenção Tributária, da Necessidade de Notificação Pessoal no Tombamento Geral e da Natureza Jurídica da Obrigação de Conservar e Reparar a Coisa Tombada. In: MENDONÇA, Maria Lirida Calou de Araújo e (Coord.). *As Garantias da Propriedade e as Intervenções Estatais Revista Conjuntura Econômica*. Curitiba: Juruá, 2012.

SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TELLES, Antônio A. de Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

Recebido:29/10/2013

Aceito:14/03/2014