

**ORDENAÇÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA -
TOMBAMENTO E COMPARATIVISMO: DISPOSITIVOS
TUTELADORES NA CARTA MAGNA DE 1988
E NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS DE 1989.**

Clovis Carvalho Britto*

SUMÁRIO: RESUMO. ABSTRACT. 1. O AMBIENTE CULTURAL BRASILEIRO E OS DIREITOS CULTURAIS. 2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Abordagem das formas tuteladoras do ambiente cultural segundo metodologia comparativa. Vislumbramento da matéria em termos de experiência concreta, produto das dimensões da experiência jurídica amparada na compreensão dos fenômenos através da construção normativa apresentada na Carta Magna vigente e na Constituição do Estado de Goiás. Estudo do ambiente cultural a partir dos direitos culturais e meios preventivos e repressivos de atuação tutelar. Análise dos dispositivos legais brasileiros atinentes à matéria e demonstração dos direitos e deveres resultantes da tutela.

PALAVRAS-CHAVE: Comparativismo – Tombamento – Cultura

ABSTRACT: Boarding of the protection forms of the cultural environment according to comparative methodology. Analysis of the subject in terms of concrete experience, product of the dimensions of the legal experience supported in the understanding of the phenomenon through the normative construction presented in the actual Great Letter and the Constitution of the State of Goiás. Study of the cultural environment from the cultural rights as well as repressive and preventives ways of tutor performance. Analysis of the Brazilian legal devices concerned to the subject and demonstration of the resultant rights and duties of the guardianship.

KEY-WORDS: Comparative - Register - Culture

* Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Goiás, Especialista em Direito Constitucional e Administrativo. Bacharel em Direito e com Formação Específica em Gestão Pública. E-mail: clovisbritto5@hotmail.com

1. O AMBIENTE CULTURAL BRASILEIRO E OS DIREITOS CULTURAIS

As políticas ambientais modernas constituem produto das transformações sociais que vêm ocorrendo nos últimos tempos. Sua aplicação decorre da nova visão de ambiente que, além dos ecossistemas naturais, compreende as criações da inteligência humana responsáveis pela constituição do patrimônio cultural. Na verdade, pode-se afirmar que, enquanto o ambiente cultural consiste na interação homem e natureza, o ambiente natural resulta da evolução das condições naturais independente da ação humana.

Em tais condições, cabe reconhecer que esse processo exegético deve ser coerente, visto que não se pode fazer uma interpretação estrita considerando como ambiente apenas as criações intelectuais, nem com uma amplitude desmedida que absorva todas as ações humanas.

A criação humana resultado da experiência histórica e da capacidade inventiva é o mecanismo que materializa um determinado valor que assume dois pressupostos, “o primeiro chamado de 'suporte', e o segundo de 'significado', sendo esta expressão particular de um ou mais valores” (REALE: 2000, p.200). A partir dessa constatação, observa-se que o bem objeto de proteção assume um valor que lhe é atribuído de acordo com sua natureza, diferenciando o ambiente cultural e o ecológico, o que é essencial para a compreensão dos preceitos constitucionais de garantia aos direitos culturais e tutela ao ambiente cultural brasileiro.

Nessa linha de raciocínio, o ambiente cultural se encaixa:

no campo dos objetos culturais mundanais, como vida humana objetivada num pedaço de natureza física, seja como bens culturais de natureza material ou imaterial, como forma de expressão, modos de criar, fazer e viver, ou como criações científicas, artísticas e tecnológicas, ou como obras, documentos, edificações, conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico e arqueológico, seja objetos de cultura popular, indígena, afro-brasileira ou erudita (SILVA, 2001, p. 29).

Desse modo, ao estabelecer uma análise semiótica dos objetos culturais, ou seja, na percepção de que cultura constitui a ciência da interpretação de significações em que o Direito está inserido, percebe-se que existem dois sistemas de compreensão dos signos: um constituído pelas normas jurídicas através de um conjunto de valores representativos dos

direitos culturais, na igualdade e garantia de acesso à cultura e tutela à diversidade cultural; e outro, que se estabelece em virtude da expressão da matéria normatizada através do patrimônio cultural e sua interação na sociedade. Tanto os valores canalizados para a construção da norma, quanto os determinados à finalidade a que esta se refere, constituem formas de materialização da cultura.

Relevante, pois, é observar que cultura, numa visão antropológica, é toda obra humana representativa ou não de significações, é “o modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais” (LARAIA, 1986, p.70). Todavia, a Constituição Federal a ampara no sentido sistematizado de obra humana repositório da identidade, ação e memória dos diversos grupos constituidores da sociedade brasileira. Necessita-se, porém, de um estudo da dimensão valorativa onde o objeto adquire simbologia ao relacionar-se àquela referência constitucionalmente instituída.

Nesses termos se apresenta, no referido texto, conforme as disposições do artigo 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1.º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Para a garantia e estabelecimento dos direitos culturais no rol dos direitos fundamentais, cumpre-se analisar seu significado e conteúdo, e numa abordagem semiótica delinear que estes se apresentam como ordenação jurídica onde dois aspectos devem ser observados: o direito cultural estabelecido como *norma agendi* ao definir que o Poder Público tutelarà a cultura garantindo sua difusão e acesso; e o direito cultural como *facultas agendi* decorrente da faculdade de agir em face dessa garantia.

Essa ordenação jurídica representa as normas constitucionais e ordinárias que em conjunto, constituem o direito objetivo da cultura, que em diversas situações, dispõem aos interessados uma faculdade de agir visando a satisfação de determinado bem da vida. Assim, os direitos culturais se inserem na categoria dos direitos fundamentais, dispondo a seu titular faculdade de reivindicar seu exercício e ao Estado o dever de tutelá-lo promovendo o acesso popular e fornecendo meios de sua difusão. Para tal incursão, é necessário que os direitos estejam inseridos na Constituição ou

sejam abraçados pelos princípios que congregam os direitos fundamentais.

Conforme Cunha Filho,

Se assim puderem ser caracterizados, receberão o tratamento de fundamentais do que decorre: 1) proteção especial quanto à supressão do ordenamento; 2) aplicabilidade imediata do ponto de vista de eficácia jurídica, bem como proteção contra a doutrina que advoga a existência de normas fundamentais programáticas, na seara dos direitos fundamentais (CUNHA FILHO, 2000, p. 41).

Tais faculdades abrangem os diversos meios em que a cultura se apresenta e interage no ambiente, definindo os direitos de criação, expressão e acesso às suas fontes; de difusão e proteção das manifestações populares ínsitas no processo civilizatório nacional; e no direito e dever do Estado de formar o patrimônio cultural brasileiro tutelando os bens culturais na constituição de regime jurídico especial como propriedade de interesse público.

Em tais condições, o legislador, na denominação Patrimônio Cultural Brasileiro, que abrange o patrimônio cultural nacional, estadual e municipal e as manifestações humanas que mediante projeção valorativa determinam a memória coletiva e a identidade social através dos bens históricos, artísticos, arqueológicos, paleontológicos, etnográficos, folclóricos e paisagísticos, reconheceu nos termos do artigo 216 da Constituição Federal que:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Desse modo, inovações foram trazidas com a adoção de modernos conceitos caracterizadores da abrangência do bem cultural, que diferentes das demais Constituições brasileiras e estrangeiras, conseguiram de forma minuciosa absorver as dimensões da experiência jurídica, circunscrevendo no aparelho normativo valores e políticas culturais, na promoção de uma visão integral ao instituir a proteção dos bens representativos do pluralismo étnico formador da sociedade brasileira.

Portanto, ao incluir os bens tangíveis e intangíveis, individualizados ou em conjunto, referenciais da identidade, ação e memória nacional, o Direito consagra o pluralismo cultural, reconhecendo que os bens merecedores de tutela devem compreender todo um conjunto de referências o que propicia uma atuação diversificada, superando o entendimento anterior de que o patrimônio nacional é o constituído apenas por representações simbólicas da dominação civil, militar e eclesiástica das elites.

Aprofundando reflexões sobre o artigo citado, deve-se admitir que foge à técnica usual e constitui um marco histórico na evolução dos aspectos constitucionais da preservação cultural. Todavia, observa-se um aspecto passível de crítica concernente ao disposto no inciso V quando faz integrar ao patrimônio cultural os sítios de valor ecológico. Parte dos doutrinadores apresentam-se imparciais omitindo tal questionamento ou afirmam que a redação do referido inciso está adequada a construção da noção de ambiente cultural. Outros entendem que ao fazer essa inclusão, através da referência aos sítios de valor ecológico, o legislador reafirmou a tipologia tradicional, visto que o conceito de cultura remete ao objeto resultante da ação humana e que por essa razão, não deveria ser incluído nesta definição.

Cabe demonstrar também que a experiência normativa, instrumento responsável pela tutela e garantia dos direitos culturais, tem apresentado e obtido importantes conquistas na valorização e no respeito à identidade das etnias que outrora não eram consideradas parte integrante do ambiente cultural e que constituem a memória e identidade nacional, o que pode ser vislumbrado nas seguintes disposições do artigo estatuído pela Constituição do Estado de Goiás de 1989:

Art. 163 (...)

§ 1.º . As tradições, usos e costumes dos grupos indígenas do Estado integram o patrimônio cultural e ambiental goiano e receberão proteção que será estendida ao controle das atividades econômicas que, mesmo fora das áreas indígenas, prejudiquem o ecossistema ou a sobrevivência física e cultural dos indígenas.

Tal disposição reafirma os preceitos estabelecidos no texto constitucional brasileiro e busca o estabelecimento de uma política cultural democrática onde o ambiente, reconhecida a pluralidade dos grupos humanos, assim como a experiência jurídica em suas dimensões, constitua uma visão integral e interdependente que respeite a diversidade cultural e propicie a efetivação dos princípios de justiça.

Não obstante, os direitos culturais devem ser construídos coletivamente, num processo de conscientização em que

é preciso haver uma educação para a cidadania. A violência perpassa o cotidiano das pessoas de inúmeros segmentos, em especial da população mais carente: mulheres, presos, negros, crianças e idosos. Há um sofrimento que tem lugar no âmbito privado e não vem a público, a não ser que essas pessoas tomem consciência de seus direitos como cidadãos e se organizem para lutar por eles. É preciso criar espaços para reivindicar os direitos, mas é preciso também estender o conhecimento a todos, para que saibam da possibilidade de reivindicar (COVRE, 1993, p. 66).

Nesse aspecto, o artigo 225, § 1.º, VI da Constituição Federal de 1988, ao dispor que compete ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação ambiental demonstra, inegavelmente, a estreita relação entre a tutela ao ambiente cultural e a prática da cidadania, onde os direitos culturais se apresentam como forma de expressão do princípio da igualdade.

1.1 Meios Preventivos de Atuação Tutelar

Os bens culturais fazem parte dos chamados interesses difusos e seus instrumentos acauteladores encontram-se dispostos na Constituição e no ordenamento infraconstitucional. Ao estabelecer tais instrumentos, o legislador previu a existência de uma tutela com caráter preventivo ao ambiente cultural. Nesse aspecto, constituem parte dos chamados direitos fundamentais que acentuam o princípio da igualdade e são de eficácia e aplicabilidade imediata.

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais cumprem,

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os

poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (*Apud* MORAES: 2002, p. 58)

Da mesma forma, os meios de atuação tutelar constituem instrumentos de promoção e proteção do ambiente cultural e não constituem monopólio da Administração Pública, facultando também aos Poderes Legislativo e Judiciário competência para definirem tal matéria, o que remete ao entendimento de que as formas indicativas do valor cultural de um determinado bem podem ser de ordem administrativa, legislativa e judicial.

A promoção por ato administrativo é a mais comum e está prevista no artigo 216, § 1.º, da Constituição Federal, ao prescrever que o “Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventário, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Notadamente, enquanto alguns desses meios se destinam à promoção, construção oficial do patrimônio através da incursão jurídica de determinado bem no rol dos representativos da memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, tais como o inventário, os registros, a desapropriação, o tombamento etc.; outros constituem formas de proteção do patrimônio constituído, como a fiscalização, a restauração e as restrições à imodificabilidade, por exemplo. Além disso, conforme Marlusse Pestana Daher (2002), as formas de proteção na medida que impedem legalmente a destruição dos bens culturais, preservam não só a memória coletiva, mas todos os esforços e recursos já investidos para a sua construção.

O tombamento, por ser um procedimento abrangente que consegue se apresentar como forma de promoção e proteção, constitui principal instituto de tutela ao ambiente cultural e representação das dimensões da experiência jurídica, visto que demonstra de forma clara uma visão integral do Direito a partir das correlações fato, valor e norma.

Nesse sentido, importante observação deve ser apresentada ao analisar as políticas preservacionistas, porque embora o tombamento represente inestimável fonte de acautelamento do bem cultural, não constitui a única (como era previsto no regime constitucional anterior) visto que não basta apenas a proteção formal, deve-se zelar também pela vitalidade do objeto da tutela empregando atos destinados à sua

preservação, valorização e revitalização.

Com efeito, é necessário superar o senso comum ao conceber tais mecanismos de proteção vital do bem devido existir uma tendência a considerá-los como sinônimos, sem preocupação técnica. Nessa linha de raciocínio, o Programa de Preservação e Revitalização do Patrimônio Ambiental Urbano do Governo do Estado de São Paulo apresenta esclarecedoras definições:

Por 'preservar' entende-se impedir a indiscriminada destruição de elementos componentes do patrimônio cultural e especialmente patrimônio ambiental urbano, onde a ação destruidora é mais intensa, e nos casos em que a mesma não seja imprescindível para o desenvolvimento urbano, em função da existência de soluções alternativas. Por 'valorizar' entende-se substituir a imagem de desprestígio, obsolescência, decadência, atraso ou inutilidade que freqüentemente é associada a certos componentes do patrimônio cultural, mormente do patrimônio ambiental urbano, por outra que reflita com mais propriedade a dimensão social, cultural, histórica, estética, técnica, afetiva ou a forma de que se revestem. Por 'revitalizar', finalmente, entende-se incentivar a atribuição de novos usos e funções a certos elementos do patrimônio cultural, especialmente do patrimônio ambiental urbano, tornando-os compatíveis com as necessidades da sociedade contemporânea e apresentando-os como alternativa para a constante demanda de novas edificações, áreas públicas, elementos paisagísticos, equipamentos urbanos, estimulando-se a permanência dos moradores originais. (SILVA: 2001, p. 150)

Aliado a estes conceitos, observa-se que a determinação do parágrafo único do artigo 216 da Carta Magna constitui forma exemplificativa, pois como o próprio texto dispõe, existem *outras formas de acautelamento e preservação*. Nesses termos, os Museus, Associações Culturais e Universidades, por exemplo, também se inserem nesse conceito por serem espaços destinados à conservação e disseminação da herança cultural de determinada sociedade. A propósito, não só a estas instituições, mas ao Poder Público compete desenvolver meios de proteção, e neste aspecto o legislador foi taxativo ao definir a colaboração da comunidade nesse processo.

Através de lei específica o Poder Legislativo também poderá tutelar

o ambiente cultural desde que as limitações jurídicas do bem a ser protegido se apresentem definidas. Essa tutela, apesar de pouco utilizada, já suscita relevantes divergências doutrinárias. Na explicação de Milaré, “no caso de Municípios que não disponham de órgão de preservação local, esta poderá ser a única solução viável” (MILARÉ: 2000, p. 192). José Eduardo Ramos Rodrigues, porém, afirma existirem sérias desvantagens ao vislumbrar que neste caso os critérios do tombamento poderão ser exclusivamente políticos, além do processo legislativo lento e da possibilidade de veto por parte do Poder Executivo (*Apud* MILARÉ, 2000, p. 192).

Um exemplo bastante esclarecedor é a Lei n.º 3.924, de 26.07.1961, ao estabelecer um regime jurídico específico no qual o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) deve cadastrar e fiscalizar os sítios arqueológicos e suas escavações.

Muitas vezes torna-se necessário um regime como esse, diverso do tombamento, visto que há casos em que a fruição cultural se apresenta de outra forma. Assim, enquanto o tombamento pretende em tese que o bem não sofra modificação, há certos casos em que o bem necessita ser desmontado cientificamente (os sítios arqueológicos, por exemplo) (Cf. MILARÉ: 2000).

Outra forma da inclusão de bens no patrimônio cultural é a facultada por meio de decisão judicial conforme disponibiliza a Lei n.º 7.347/85 através do mecanismo da ação civil pública referendada por um provimento judicial.

Conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho, pode ocorrer que “a falta de proteção de tais bens decorra exatamente da omissão do Poder Público, ou seja, do ato de tombamento, de forma que, na ocorrência de tal fato, é através da ação pública que os legitimados buscarão a necessária tutela jurisdicional” (*Apud* MILARÉ: 2000, p. 193).

1.2 Meios Repressivos de Atuação Tutelar

Assim como o legislador estabeleceu uma tutela preventiva, visando prevenir os bens objeto da tutela, definiu também meios repressivos com o intuito de reparar os danos e ameaças a eles direcionados.

Os meios repressivos de proteção ao patrimônio cultural apresentam-se em resposta às agressões e consistem em instrumentos de natureza administrativa e judicial. Nesse sentido, o artigo 216, § 4.º, da Constituição Federal de 1988, define que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Os instrumentos administrativos de repressão aos atos danosos ou atentatórios ao ambiente cultural consistem em multa, destruição de obra,

remoção de objetos, apreensão e perda da obra, ressarcimento do dano, embargos e interdição. Tais mecanismos também podem ser estabelecidos por via da lei em âmbito estadual e municipal por meio de sanções administrativas.

A multa objetiva evitar que os danos e ameaças sejam contínuos e além de seu caráter punitivo, consiste na tutela ao patrimônio através da conversão das rendas arrecadadas em benefício dos bens culturais.

Nesse aspecto os artigos 13, § 1.º, 17, 19, 20 e 22, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 25/37, estabeleceram sanções pecuniárias nos casos de: omissão do registro da coisa tombada em transferência da propriedade no prazo de 30 dias (multa de 10% do valor do bem); demolição, destruição, mutilação ou quando forem efetuadas intervenções sem a prévia autorização do órgão competente (50% do valor do dano); negligência perante a conservação e reparação do bem (o dobro do valor avaliado dos danos); criação de embaraços à inspeção (multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais) elevada ao dobro caso ocorra reincidência); e violação do direito de preferência do Poder Público no caso de alienação onerosa do bem (20% do valor avaliado). Nos casos de pichação, grafite ou qualquer outro modo de macular o bem, conforme o estabelecido no parágrafo único do artigo 52 do Decreto 3.179/99, a multa aplicada será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A destruição da obra poderá ser promovida, observando os princípios constitucionais e procedimentos específicos, no caso de construção sem prévia autorização do IPHAN, na vizinhança de coisa tombada, que impeça ou reduza a sua visibilidade. Já a remoção de objeto se dará na hipótese de colocação de anúncios, cartazes ou similares, na vizinhança ou na coisa tombada, que interfiram em sua apreciação.

Além desses instrumentos, poderão ser apreendidas a requerimento do titular, as obras literárias, artísticas ou de cunho científico, reproduzidas sem autorização. Nesse aspecto, de acordo com os artigos 102 e 103 da Lei 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais), quem fizer a edição de obras fraudulentas deverá devolver ao titular os exemplares e restituir o preço dos que tiver vendido, além de incorrer em multa e nas sanções de ordem civil e penal.

Mecanismos utilizados com muita frequência são o embargo e a interdição. Esses são regidos pela Lei 6.513/77, que dispõe em seu artigo 24, II e III, que o bem do patrimônio cultural e histórico que estiver abrangido em área especial ou local de interesse turístico caso tenha sido lesado ou possa sê-lo através de atividades, deve ser protegido pela interdição. Caso sejam realizadas obras não autorizadas ou que estejam se realizando de modo contrário à autorização, essas obras poderão ser embargadas.

Desenvolvendo tal entendimento Machado afirma que se na vizinhança do bem tombado pode-se embargar obra irregular, com muito mais razão se protegerá o próprio bem tombado através de embargo da obra destruidora, demolidora ou mutiladora (MACHADO: 2000, p. 846). Importante observar que o desrespeito a embargo constitui crime de desobediência conforme o artigo 330 do Código Penal.

Outros mecanismos para garantir a tutela ao patrimônio cultural são os processuais. Os instrumentos processuais consistem na ação popular, ação civil pública e ação penal pública.

A ação popular está instituída no artigo 5.º, LXXIII, da Constituição, que dispõe ser qualquer cidadão parte legítima para propô-la, nos casos em que vise a anular ato lesivo ao patrimônio cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. A Lei 4.717/65 que regula tal instrumento define ser patrimônio público, para seus fins, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Como se vê, de acordo com o artigo 14, § 4.º, da referida Lei, qualquer pessoa no gozo dos seus direitos políticos poderá pleitear, por meio de ação popular, sentença que declare nulos os atos lesivos ao patrimônio cultural e a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores.

A ação civil pública consta no texto constitucional no artigo 129, III, ao dispô-la entre as funções institucionais do Ministério Público objetivando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. Em sentido idêntico o Estado tem legitimidade para promovê-la nos termos do artigo 5.º, da Lei 7.347/85. A referida Lei disciplina e a regula em seu artigo 1.º, III, quando refere-se a ações de responsabilidade por danos patrimoniais e morais causados a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso e coletivo.

Conforme afirma Milaré (2000), ao contrário da ação popular, que se volta contra o ato administrativo lesivo ao patrimônio público, a ação civil pública se dirige não só contra o Estado, mas também em face dos particulares que causem dano aos referidos bens ou valores. Além disso, assevera que o regime jurídico da responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural pauta-se pela teoria da responsabilidade objetiva, em que a simples lesividade é suficiente para a provocação judicial de acordo com os artigos 14, § 1.º da Lei 6.938/81 e 225, § 3.º da Constituição Federal de 1988.

Aliada a ação popular e a ação civil pública, os delitos contra o patrimônio cultural podem ser reprimidos mediante ação penal pública

incondicionada, conforme consta no artigo 26 da Lei 9.605/98. Nesses termos, estabelece tutela ao promover em suas disposições sanções como as do artigo 62:

Art. 62 - Destruir, inutilizar ou deteriorar;

I – bem especialmente 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.

Pena: reclusão de um a três anos, e multa.

Parágrafo Único: Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo de multa.

Assim, não só os bens tombados por ato administrativo, mas também os decorrentes de lei ou sentença, são objetos de proteção. Outra inovação desta Lei, disposta em seu artigo 63 é a cominação de pena de reclusão e multa àqueles que alterarem o aspecto ou a estrutura da edificação ou local especialmente protegido.

2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A Constituição Federal de 1988 outorgou à União competência executiva e legislativa, visto que a tutela ao ambiente evoca atos concretos para a consecução de seus fins. A competência executiva comum está disciplinada nos artigos 23, III, IV e V, 25 § 1.º, e 30, IX, e a legislativa concorrente está pautada nas disposições dos artigos 24, I, VII, VIII, IX, §§ 1.º, 2.º e 3.º e 30, II ambos em consonância com a norma do artigo 215 do referido ordenamento.

Verificam-se tais atribuições nos dispositivos supramencionados:

Art. 30 – Compete aos Municípios:

(...) Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à

educação e à ciência;

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

(...)

§ 1.º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3.º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Art. 25 – Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1.º - São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber

(...)

IX – promover a proteção do patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Observa-se que o constituinte definiu competência ao Poder Público no que concerne ao processo de elaboração de leis e à viabilização e execução das mesmas. Entende-se que compete à União estabelecer normas gerais sobre urbanismo, meio ambiente, responsabilidade por danos ao patrimônio e tutela ao ambiente cultural, cabendo ao legislador federal fornecer os parâmetros e desenvolver institutos jurídicos a serem adotados pela Federação (Cf. PIREs: 1994).

Com efeito, enseja notar que a competência para a execução do tombamento, por meio de órgão indicado no ordenamento jurídico, é deferida à União em todo território nacional e aos Estados, Distrito Federal e Municípios em seus limites; e para elaboração de leis observa-se competência concorrente com exceção aos Municípios que neste caso detêm competência local e suplementar.

Logo, existe uma graduação de interesses a ser analisada, pois não é necessário haver concomitância de tombamento, sobre o mesmo bem, nas três esferas. Sustenta esse entendimento Mukai (*Apud* TELLES: 1992) ao afirmar que, se o bem contiver apenas um valor estadual ou municipal, não poderá a União tombá-lo por falta dos pressupostos constitucionais, o que demonstra que a competência concorrente está subordinada às disposições estabelecidas na Carta Magna e é o que se percebe na Constituição Estadual de 1989.

A Constituição do Estado de Goiás de 1989 dispõe como competência do Estado, sem prejuízo de outras competências que exerça isoladamente ou em comum com a União ou com os Municípios, legislar, concorrentemente com a União, sobre direito urbanístico, proteção ao patrimônio histórico e de bens e direitos de valor artístico, estético, cultural, turístico e responsabilidade por dano aos mesmos (art. 4.º, 'a' e 'g'), além de competir em comum com a União e os Municípios, sobre a proteção de documentos, obras, monumentos e bens de valor cultural, impedindo sua evasão, destruição e descaracterização, proporcionando meios de acesso à cultura e de proteção ao meio ambiente (art. 6.º, III, IV e V).

Também em seção própria, dispõe no artigo 143 que o Estado e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento sócio-econômico, cuidando especialmente da proteção ao patrimônio ambiental e da responsabilidade por dano ao meio ambiente e aos bens culturais. Mostra enfim que, o patrimônio cultural goiano é constituído dos bens de natureza material e imaterial, e que é dever do Estado de Goiás e da sociedade promover, garantir e proteger toda manifestação cultural, assegurando plena liberdade de criação e expressão, incentivando e valorizando a produção e a difusão cultural por meio do tombamento e outras formas de acautelamento e preservação (arts. 163 e 164).

Além das disposições normativas já apresentadas, os Municípios, conforme observado, podem legislar sobre a preservação do ambiente cultural local e sobre tombamento desde que em consonância com a legislação federal e estadual, suplementando-as.

2.1 Tombamento

Os vocábulos tombamento, tombo, tombar, ligam-se ao mesmo corpo semântico significando registro, inventário e arrolamento, o que em Portugal refere ao registro, arquivo e catalogação de documentos públicos ou históricos no atual Arquivo Nacional Português, designado Torre do Tombo. Pontes de Miranda, demonstrando etimologicamente o termo, afirma:

Tombar (do latim *tumulus*, elevação da terra, donde tombo *tômor*, talvez por haver marcos com alteamentos dos limites das terras) tem o significado de lançar em livro de tombo, e nada tem com tombar (do velho alto alemão *tomôn*, provavelmente formado no espanhol, passando ao português e ao inglês). O tombamento é apenas, hoje, a inscrição no livro do tombo, tal como acontecia com os bens da Coroa. (*Apud* PIRES, 1994: p.75)

Nesse sentido, tombamento é o reconhecimento do valor cultural de determinado bem pelos órgãos competentes traduzido na inscrição em livro especial designado Livro do Tombo. A legislação federal atinente à matéria é o Decreto-Lei n.º 25/37 e a Lei 3.924/61, que dispõem a inscrição do bem em quatro categorias: Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro Histórico; Livro das Belas Artes (referente à arte erudita); e Livro das Artes Aplicadas. Tais inscrições também poderão ser feitas em âmbito estadual e municipal acarretando as conseqüências jurídicas previstas em lei.

Conforme o Departamento do Patrimônio Histórico do Município de São Paulo, tombamento é o ato administrativo realizado pelo Poder Público objetivando preservar, através da aplicação de legislação específica, bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e de valor afetivo para a população, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados (Cf. DAHER: 2002).

Segundo José Afonso da Silva,

é o ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural de um bem, mediante inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade (SILVA, 2001, p.159).

Tombamento “é a declaração pelo Poder Público do valor histórico,

artístico, paisagístico, turístico, cultural científico de coisas ou locais de acordo com a inscrição em livro próprio” (MEIRELLES, 1998, p. 543). O referido autor afirma não ser o tombamento instrumento para proteção da fauna e flora, argumentando que estas estão sujeitas a um regime legal estabelecido pelo Código Florestal (Lei 4.771/65), o Código de Caça (Lei 5.197/67) e pelo Código de Pesca (Decreto-Lei 221/67).

O tombamento consiste no “conjunto legal de restrições parciais que o Poder Público faz a bem particular, móvel ou imóvel, por motivo de interesse público mencionado em lei” (*Apud* SILVA: 2001, p.159). Para Di Pietro, é a “modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado pela legislação ordinária” (DI PIETRO: 2001, p. 131). Todavia, observa-se que não só bens particulares poderão ser tombados, podendo incluir nessa definição os bens públicos, ensejando tombamento de ofício.

A classificação do tombamento utilizada pela doutrina majoritária é a que o define em modalidades segundo a eficácia; a constituição ou procedimento; e aos destinatários.

Quanto à eficácia o tombamento poderá ser provisório ou definitivo. Tombamento provisório é o decretado logo no início do processo e só é possível nos casos de constituição por lei específica ou pela via judicial, gerando efeitos imediatos equiparando-se ao definitivo, mas diferenciando desta outra modalidade por se eximir do direito de preferência e do registro em cartório imobiliário. Já o tombamento definitivo poderá ser constituído pela forma administrativa (iniciado com a notificação); legislativa (no início da vigência da lei); e jurisdicional (quando a inscrição estiver protegida pela coisa julgada). Assim, é provisório quando o processo já estiver iniciado pela notificação e definitivo quando estiver concluído com a inserção do bem no respectivo livro.

Quanto à instituição ou procedimento o tombamento poderá ocorrer de ofício (incide sobre bens públicos e se efetua por determinação do órgão competente) ou incidir sobre bens de particulares, se subdividindo em tombamento voluntário (mediante pedido do proprietário) ou compulsório (caracterizado pela iniciativa do Poder Público quando houver recusa do proprietário em relação à inscrição do bem).

Quanto aos destinatários o tombamento poderá ser individual (um bem determinado) e geral (atingindo uma totalidade de bens como uma cidade, por exemplo).

Nesse contexto, percebe-se a importância de uma análise do tombamento, devido sua importância e constante apresentação nos diversos ramos do direito:

É bem verdade, todavia que o tema, em razão de sua relevância, vem ocupando intensamente a reflexão dos juristas. De qualquer forma, não obstante possa ser visualizado no contexto dos diversos ramos do direito, tanto na doutrina, como na jurisprudência, ainda assim, sáfaras as fontes onde captar, com abundância, os subsídios para o melhor desenvolvimento do tema. Sua importância, na atualidade, é enorme, exigindo a atenção dos estudiosos do direito (TELLES: 1992, p. 16).

Contudo, ao instituir uma análise desse instituto de promoção e proteção ao ambiente cultural, deve-se nortear segundo as dimensões axiológicas, normativas e fáticas da experiência jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo referente à tutela do ambiente cultural e ao instituto do tombamento somente adquire integralidade se vislumbrado em termos de experiência concreta, produto das dimensões da experiência jurídica, onde os planos do dever-ser, constituído pelas demonstrações valorativas; do ser, na construção fática; e da cultura, referentes à ordenação das condutas visando interagir meios e fins, relacionam-se numa interpenetração possibilitadora da compreensão dos fenômenos jurídicos. Dessa forma, a conduta normatizada é a concretização social e histórica em virtude de fatos representativos de valores e o método comparativo assume importante referencial.

O reconhecimento da experiência jurídica a partir da comparação entre as Constituições Federal e Estadual constitui mecanismo de conexão entre a realidade e o ideal de justiça, o que faculta o reconhecimento dos bens e a eficácia da política de proteção e promoção cultural. Observa-se a instituição dos direitos culturais na categoria dos direitos fundamentais, dispondo ao titular a faculdade de reivindicar seu exercício e ao Estado o dever de tutelá-lo. No mesmo sentido convém definir que o peso maior dispensado nas análises à Constituição Federal foi desenvolvido em virtude dos escassos registros e artigos sobre a temática nas Constituições Estaduais e também pelas disposições estaduais conterem, na maioria dos casos, elementos repetitivos dos dispostos na Carta Magna.

Implica ressaltar as inovações constitucionais consolidadas com a adoção de modernos conceitos caracterizadores do bem cultural na promoção de uma visão integral ao tutelar os bens representativos do pluralismo étnico formadores da sociedade brasileira e o estabelecimento de

meios preventivos e repressivos de atuação tutelar.

Dessa forma, o tombamento consegue abranger as formas de proteção e promoção, constituindo principal instituto de tutela ao ambiente cultural e representação das dimensões da experiência jurídica visto que, demonstra de forma clara uma visão integral do Direito a partir da correlação fato, valor e norma. Nesse sentido, pode ser realizado através das formas administrativa, legislativa e judicial, constituindo dever do Poder Público com a colaboração da sociedade, na proteção formal e na busca pela vitalidade do objeto e, apesar de apresentar inestimável forma de acautelamento, não constitui a única, devendo ser aliado a outras formas de preservação.

Deve-se observar na materialização da relação ser/dever-ser em conduta positivada a compreensão do regime jurídico, da competência legislativa e da sistemática dos processos de tombamento. Na dimensão normativa percebe-se que a crítica que se pode fazer ao instituto refere-se mais a incorreta aplicação do que a insuficiência de leis, e que o tombamento possui caráter dúplice em que o início do processo é ato vinculado, e o momento para tomar e a inscrição do bem de acordo com o reconhecimento do valor que ele representa constitui ato discricionário.

Conforme Mirkine-Guetzévitch (1957) o estudo do direito comparado deve, portanto, aliar a observação das práticas constitucionais às teorias jurídicas e políticas, vislumbrando um conhecimento mais depurado da história. Assim observa-se que a coletividade e o Estado devem compartilhar com a missão político-revolucionária da cultura nas áreas de educação e preservação e na busca de um equilíbrio entre a intervenção estatal e a livre expressão. Essa intervenção é necessária devido a cultura ser um repositório de valores representativos da identidade nacional e constituir um mecanismo de transformação social.

Conclui-se que há uma veemente necessidade de promover uma interpretação da cultura sob a ótica comparativista do Direito, na materialização normativa de fatos segundo valores, e que o incentivo à educação patrimonial e à compreensão dos direitos culturais constitui testemunho da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. *O que é cidadania*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. (Primeiros passos)

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DAHER, Marlusse Pestana. *Tombamento*. Brasil, 2001. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/>>. Acesso em: 15 jan. 2002.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOIÁS. Assembléia Legislativa. *Constituição do Estado de Goiás*. Goiânia: R & F Editora, 2002.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Evolução constitucional européia*. Tradução de Marina de G. Bezerra. Rio de Janeiro: Konfino, 1957.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: RT, 1992.