SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

LISTING BY THE NATIONAL HERITAGE AS AN INSTRUMENT TO PROMOTE AND PRESERVE THE BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE

Lígia Maria Veloso Fernandes De Oliveira [1]
Magno Federici Gomes [2]

Resumo

O tombamento constitui um dos instrumentos constitucionais que visam a garantir o exercício desse direito. O objetivo geral deste trabalho, teórico documental, é promover uma releitura do Decreto-Lei 25/1937 para adequá-lo à ordem jurídica constitucional, visando especificamente a compreender o sentido de patrimônio cultural brasileiro adotado pela Constituição Federal e os bens que o integram. Constatou-se que os pressupostos para o tombamento não mais se limitam aos bens móveis e imóveis que integram o patrimônio histórico e artístico nacional, passando a abranger a promoção e proteção dos bens de natureza material e imaterial.

Palavras-chave: Direito à cultura, Patrimônio cultural brasileiro, Tombamento, Pressupostos

Abstract/Resumen/Résumé

Listing by the National Heritage is one of the constitutional instruments that aims at guaranteeing that right. The overall objective of this theory documentary paper is to promote a rereading of Decree-Law 25/1937 in order to adjust it to the constitutional legal order with the specific objective of understanding the meaning of Brazilian cultural heritage. The conclusion was that the assumptions for the listing were no longer limited to the movable assets and the real estate that form the national historical and artistic heritage, but encompassed the promotion and the protection of assets having both a material and immaterial nature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to culture, Brazilian cultural heritage, Listing by the national heritage, Assumptions

---

[1] Mestra em Direito pela PUC Minas. Professora na EscolaSup Dom Helder Câmara. Advogada da União. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6637210074482422>. Trabalho financiado pelo Edital nº 01/15 da ESDHC do GP no CNPQ: REGA.

[2] Pós-doutor em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara e na PUC Minas. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>.

1 INTRODUÇÃO

O direito à cultura, assegurado na Constituição Federal, insere-se no rol dos chamados direitos de segunda dimensão. Esses direitos se diferenciam essencialmente dos de primeira dimensão por exigirem uma atuação positiva do Estado. Fundamentam-se no princípio da igualdade pelo qual se alcança a verdadeira liberdade.

Desse modo, assegurar direito à cultura significa garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, impondo-se ao Estado o dever de adotar medidas que permitam a toda sociedade, de forma isonômica, o seu exercício.

Com o objetivo de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, garantindo à sociedade o acesso às fontes da cultura nacional, a Constituição Federal estabelece em seu art. 216, § 1º, uma pluralidade de instrumentos tais como inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

O tombamento, regulamentado na esfera infraconstitucional pelo Decreto-Lei n. 25/1937, estabelece como principal efeito a imodificabilidade do bem tombado, constituindo importante instrumento de efetivação do direito de fruição, que corresponde a uma das vertentes do direito à cultura.

O objetivo do presente trabalho é examinar a noção de patrimônio cultural brasileiro, definindo o objeto de promoção e proteção do tombamento sob o olhar da Constituição Federal, com reflexos no Decreto-Lei n. 25/1937.

Inicialmente, pretendeu-se apresentar, sinteticamente, os fundamentos das dimensões dos direitos fundamentais, situando-se o direito à cultura como direito fundamental assegurado na Constituição Federal de1988. A seguir, considerando as diversas concepções da cultura, buscou-se identificar a concepção adotada pela Constituição Federal e as formas culturais que devem ser protegidas pelo Estado a título de patrimônio cultural brasileiro. Dentro desse contexto, identificou-se o tombamento como instrumento da função administrativa do Estado pelo qual, preservando e promovendo o patrimônio cultural brasileiro, visa a garantir a efetivação do direito à cultura, no que diz respeito ao acesso às fontes da cultura brasileira e o exercício do direito cultural de fruição.

Procedeu-se à análise do tombamento, examinando, no âmbito da função administrativa, sua natureza jurídica e os principais aspectos da sua regulamentação infraconstitucional, feita pelo Decreto-Lei n. 23/1937. Demonstrado o procedimento do tombamento expresso no Decreto-Lei n. 25/1937, foi possível elaborar uma releitura dos pressupostos que o autorizam à luz da Constituição Federal.

Constatou-se que o tombamento, como importante instrumento de garantia do direito constitucional de fruição da cultura, teve o seu objeto de promoção e preservação ampliado pela Constituição Federal.

Com efeito, analisando-se o próprio texto constitucional, foi possível compreender a abrangência do conceito de patrimônio cultural brasileiro. Sendo assim, a efetivação do direito fundamental à cultura para as gerações presentes e futuras não dispensa uma releitura da regulamentação infraconstitucional do tombamento, com o objetivo de adequar o seu objeto ao conceito de patrimônio cultural brasileiro apresentado pela Constituição Federal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA

Os direitos fundamentais, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram por diversas transformações quanto ao conteúdo, à titularidade, eficácia e efetividade, conforme observa Sarlet (2004).

Os chamados direitos de primeira dimensão representam o pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizado pelos direitos do indivíduo frente ao Estado (SARLET, 2004). Fundamentados no princípio da liberdade do homem, são titularizados pelo indivíduo, constituindo direitos de resistência ou de oposição perante Estado, conforme assinala Bonavides (2001).

Integram o rol desses direitos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante à lei.

Com o reconhecimento progressivo de novos direitos (SARLET, 2004), que ocorre já no século XIX, o Estado passa a assumir uma atuação ativa visando a realizar a justiça social, face aos graves problemas sociais e econômicos decorrentes da industrialização, associados à constatação de que a garantia formal de liberdade e igualdade não significava o seu efetivo exercício.

É o chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, que passa a intervir em diversos setores da vida privada, consolidando-se após a Segunda Guerra Mundial com a missão de buscar efetivamente e materialmente a igualdade entre os homens.

Os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, que compõem os direitos de segunda dimensão e dominaram o século XX, caracterizam-se por reconhecerem ao indivíduo direitos a ações Estatais.

O Direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação constituem os direitos da terceira dimensão. Henkes e Gastal acrescentam o direito à cultura

(2013). Sarlet (2004) inclui também nesse rol o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

Hodiernamente, já se reconhece a existência de uma quarta dimensão de direitos que, segundo Bonavides (2001), resulta da globalização dos direitos fundamentais, correspondendo a fase final de institucionalização do Estado Social, sendo composta pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

2.1 Direito à cultura na Constituição Federal

O direito à cultura encontra-se previsto no art. 215 da Constituição Federal, sendo dever do Estado garantir "a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional", apoiando e incentivando "a valorização e a difusão das manifestações culturais" (BRASIL, 1988).

Há que se compreender o direito à cultura como direito fundamental de segunda dimensão, à luz do que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, § 2º, que reconhece como direitos e garantias não apenas os que se encontram expressos no texto constitucional, mas também os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carga Magna "ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

A propósito, o direito à cultura se encontra reconhecido não só no art. 215 da Constituição Federal, mas também em seu art. 227, que estabelece, como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à cultura (BRASIL, 1988).

Também no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado pelo Brasil em 1985 e ratificado em 1992, integrando o direito positivo brasileiro, o direito à cultura foi garantido, sendo incontestável sua consagração no ordenamento jurídico pátrio como direito fundamental, conforme Zandonade (2012).

2.2. A cultura e o patrimônio cultural brasileiro na concepção constitucional

A Constituição Federal elencou o tombamento como um dos instrumentos que permitem ao Estado promover e preservar o patrimônio cultural brasileiro. Assim, para análise e identificação do objeto do tombamento, é imperioso que se examine a concepção constitucional de cultura e de patrimônio cultural.

Conforme Silva (2001), há duas ordens de valores culturais na ordenação constitucional da cultura: as que dizem respeito às normas jurídico constitucionais (direitos culturais, garantia de acesso à cultura, liberdade de criação e difusão cultural, igualdade no

gozo dos bens culturais, entre outras) e outra constituída da própria matéria normatizada: a cultura, o patrimônio cultural brasileiro, os diversos objetos culturais (formas de expressão, modos de criar, fazer e viver, etc).

Ao analisar o referido art. 216 da Constituição Federal, Silva (2001) observa que a noção constitucional de cultura exige que o bem de natureza material e imaterial seja portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Dessa forma, explica Silva (2001):

> um garfo, uma colher, uma faca, uma espada, são utensílios, e, assim, objetos de cultura no sentido antropológico; mas qualquer deles só terá significação constitucional se se elevar aquele sentido referencial: ser, por exemplo, objeto de uso de um personagem histórico importante, ter participado de uma batalha (a espada) expressiva. (SILVA, 2001, p. 35)

Conforme Marchesan (2007, p. 213), integram o patrimônio cultural brasileiro não só os fatos memoráveis da história do Brasil, mas "também os fatos associados a eventos menores, às histórias dos derrotados, à arquitetura vernacular".

O conceito de patrimônio cultural brasileiro abrange também os "bens portadores de valor cultural independentemente da eventual predominância de aspectos nacionais, regionais, estaduais ou locais" (ZANDONADE, 2012, p. 64), sendo objeto de proteção os bens que apresentam relevância cultural, conforme especificado no art. 216 da Constituição Federal, ou seja, os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Assim, integram o conceito de patrimônio cultural brasileiro o conjunto de bens que expressam a característica comum de relevância quanto à formação da sociedade brasileira (ZANDONADE, 2012).

Conclui-se, portanto, que o bem tutelado pela Constituição Federal não é o objeto em si, mas o que ele representa para a identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

3 PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DA CULTURA: DEVER ESTATAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITO CULTURAL

O reconhecimento do direito à cultura como um direito constitucional fundamental implica exigir do Estado uma atuação positiva, voltada para promoção e proteção da cultura. Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Federal adota a dimensão dupla da expressão

direitos culturais, estabelecendo o direito cultural como *"norma agendi*" e como *"facultas agendi".*

A análise do texto constitucional permite constatar que o direito à cultura abrange não só o direito de participação, do qual é exemplo o art. 215, § 1º, que atribui ao Estado o dever de proteger "as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (BRASIL, 1988); mas também o direito de fruição

Por sua vez, o direito de fruição consiste no direito de desfrutar da cultura. Pressupõe o conhecimento e acesso as suas fontes incluindo, em relação aos bens corpóreos, os direitos de visita e de visibilidade.

Constitucionalmente, o objeto do direito de fruição é estendido a todo e qualquer tipo de manifestação cultural que se encontre inserido no conceito de patrimônio cultural nacional, atribuindo ao Estado o dever de garantir "a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional" (BRASIL, 1988).

Reconhece-se a manifestação do direito de fruição no art. 216 do texto constitucional, através do seu § 1º, que estabelece como dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, "por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação" (BRASIL, 1988), assegurando que a sociedade e as gerações futuras possam usufruir desse patrimônio cultural.

4 O TOMBAMENTO

Como uma das medidas elencadas pela Constituição de 1988 que permitem ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, cite-se o tombamento, que apresenta como principal característica a manutenção da identidade do bem objeto de preservação" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 609).

Promovendo e protegendo o patrimônio cultural brasileiro, o tombamento visa a resguardar o direito à cultura, na sua vertente de direito de fruição, passando a ser reconhecido como uma garantia constitucional ao direito fundamental à cultura.

O § 1º do art. 216 da Constituição Federal elenca o tombamento como um dos instrumentos através dos quais o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro (BRASIL, 1988).

Por sua vez, de acordo com o art. 216, *caput*, da Constituição Federal, integram o 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" (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma criação do Direito visando à proteção de bens que integram o patrimônio cultural brasileiro (ZANDONADE, 2012), sendo regulamentado, no âmbito federal pelo Decreto-Lei n. 25/1937 que prevê, como objeto de preservação o patrimônio histórico e artístico nacional formando pelo "conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse publico por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil" (BRASIL, 1932).

Verifica-se, portanto, uma ampliação do objeto de proteção por meio do tombamento, pois longe de se limitar aos bens móveis e imóveis que integram o patrimônio histórico e artístico nacional, passa a abranger a promoção e proteção dos bens de natureza material e imaterial que integram o conceito constitucional de patrimônio cultural brasileiro já analisado linhas atrás.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à cultura insere-se no rol dos chamados direitos de segunda dimensão, impondo-se ao Estado uma atuação ativa visando a realizar a justiça social. Conforme restou demonstrado, o direito fundamental à cultura encontra-se assegurado na Constituição Federal de 1988 nos arts. 215; §§ 5º e 2º, e 227. Também no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado pelo Brasil em 1985 e ratificado em 1992, integrando o direito positivo brasileiro, o direito à cultura foi garantido.

Analisando os dispositivos constitucionais que tratam do direito à cultura, percebe-se que tanto o direito de participação da cultura como também o direito de fruição da cultura foram reconhecidos.

O tombamento constitui uma das diversas ações estatais previstas na Constituição Federal, que têm como objetivo garantir o direito à cultura. Trata-se de importante instrumento de garantia do direito constitucional de fruição da cultura para as gerações atuais e futuras, uma vez que o seu objetivo é garantir a imodificabilidade do bem.

Regulamentado na esfera infraconstitucional através do Decreto-Lei n. 25/1937, o tombamento teve seu objeto de preservação ampliado pela Constituição Federal para abranger todos os bens que integram o conceito de patrimônio cultural brasileiro.

Conforme se demonstrou, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, são objeto de promoção e preservação pelo tombamento os bens que apresentam relevância

cultural, ou seja, os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Conclui-se, portanto, que é necessário promover uma releitura do Decreto-Lei n. 25/1937, adequando-o aos conceitos de cultura e patrimônio cultural brasileiro previstos na Constituição Federal, para que o Estado, mediante o tombamento, possa garantir a toda a sociedade a efetivação do direito fundamental à cultura, conforme reconhecido constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:24.04.2016.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a interdisciplinaridade do direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 09-24, jan./jun. 2011.

HENKES, Silviana Lúcia; GASTAL, Alexandre Fernandes. O direito-dever à cultura e à preservação do patrimônio cultural. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 231-255, julho/dezembro. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/208>. Acesso em: 01 set. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

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

ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.