



FESTA DO PAU-DA BANDEIRA DE SANTO ANTÔNIO DE BARBALHA CEARA – ACERVO IPHAN

A Festa de Santo Antônio de Barbalha, também conhecida como Festa do Pau da Bandeira. Festividade popular anual da cidade cearense de Barbalha. Suas origens remontam ao ano de 1928, quando o pároco José Correia de Lima, então vigário de Barbalha, promoveu o cortejo do mastro em cujo topo seria hasteada a bandeira de Santo Antônio.*

*Informações são obtidas do Wikipedia

A MUTAÇÃO DO *LOCUS JURÍDICO* DO TOMBAMENTO: DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA OS DIREITOS CULTURAIS

*THE MUTATION OF THE LEGAL LOCUS OF “TOMBAMENTO”:
FROM ADMINISTRATIVE LAW TO CULTURAL RIGHTS*

Francisco Humberto Cunha Filho¹

Membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica da União no Estado de Pernambuco). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Locus Jurídico; 1.1 Direito Administrativo; 1.2 Direitos Culturais; 2 Evidências Da Mutação Do Locus Jurídico; 2.1 Primeira evidência: Decreto-Lei x Constituição; 2.2 Segunda evidência: patrimônio histórico e artístico nacional x patrimônio cultural brasileiro; 2.3 Terceira evidência: interesse público x interesse social; 2.4 Quarta evidência: excepcionalidade x referencialidade; 2.5 Quinta evidência: reconhecimento ex-nunc (natureza constitutiva) x reconhecimento ex-tunc (natureza declaratória); 2.6 Sexta evidência: relação livresca x livre relação; 2.7 Sétima evidência: extinção legal x mutação constitucional (do tombamento de ofício); 2.8 Oitava evidência: único conselho x múltiplas fontes (para o reconhecimento do patrimônio cultural); 3 Considerações Finais; Referências.

¹ E-mail: (humberto@direitosculturais.com).

RESUMO: Este estudo surge motivado pela efeméride que celebra, em 2017, os 80 anos de vigência do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que corresponde à Lei Brasileira do Tombamento. Lastreado no método dedutivo de investigação da normatividade, da doutrina e da jurisprudência especializadas, o escrito contém a hipótese de que o tombamento passa por um processo de mutação de locus jurídico, que o desloca do Direito Administrativo para os Direitos Culturais. A fim de averiguar se há veracidade nessa premissa inicial, no estudo, relembram-se, em linhas muito gerais, os elementos caracterizadores das duas disciplinas mencionadas; ademais, a partir de uma comparação axiológica entre o Decreto-Lei e a Constituição de 1988, são trazidas à tona 8 evidências que aproximam o Tombamento aos Direitos Culturais. Em termos conclusivos, confirma-se parcialmente a hipótese lançada, uma vez que apesar de referida mobilidade, o Tombamento passou a localizar-se num ponto de interseção entre dos Direitos Culturais e o Direito Administrativo, aquele fornecendo o lastro substancial e este os elementos garantísticos da proteção do patrimônio cultural brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Tombamento. Patrimônio Cultural. Locus Jurídico. Mutação. Direitos Culturais. Direito Administrativo.

ABSTRACT: This study is motivated by the event celebrating in 2017 the 80th anniversary of Decree-Law nº 25, dated November 30, 1937, which corresponds to the Brazilian Law of Tombamento (designation of the oldest instrument for the protection of Brazil's cultural heritage). The research is done from the deductive method applied on specialized norms, doctrine and jurisprudence. The writing contains the hypothesis that the Tombamento goes through a process of mutation of legal locus, which moves it from Administrative Law to Cultural Rights. To find out if there is truthfulness in this initial premise, the elements characterizing the two disciplines mentioned above are remembered in very general terms. In addition, from an axiological comparison between the Decree-Law and the Constitution of 1988, eight evidences are presented that bring the Tombamento to the Cultural Rights. In conclusive terms, the hypothesis that was launched is partially confirmed, because despite this mobility, the Tombamento began to be located at a point of intersection between Cultural Rights and Administrative Law, the first providing the substance and the other giving the guarantees of protection of Brazil's cultural heritage.

KEYWORDS: Tombamento. Cultural Heritage. Legal Locus. Mutation. Cultural Rights. Administrative Law.

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 25 de 1937 foi editado em um ambiente político da retomada da ideia de Estado forte e centralizador. Na verdade, dentro de uma onda ou movimento político universal que remetia à lembrança do estado leviatânico, de que falava Thomas Hobbes (1964). Pululavam regimes comunitaristas de distintos matizes, todos convergentes para o fortalecimento do poder público, tais como o comunismo, o nazismo, o socialismo e o fascismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998). Até mesmo o capitalismo mais liberal endureceu na perseguição daqueles que eram tidos como afrontadores de seus dogmas (SAUNDERS, s/d).

Como sói acontecer, toda prática política baseia-se em doutrinas e ideias que a alimentam, bem como demanda que os comportamentos e os institutos jurídicos e sociais sejam adequados a confirmá-la. Não é à toa que na época enfocada destacam-se nomes como os de Carl Schmitt (2007), na Europa, e Francisco Campo (ON-LINE), no Brasil, intelectuais defensores de ideias como a da guarda da Constituição pelo Chefe de Estado e da correspondência entre os conceitos de Estado e de Nação.

Nesse período, correspondente ao Estado Novo, em que inexistiam cláusulas pétreas, com o propósito de que a Constituição fosse manuseada mais livremente (não é de se estranhar, portanto, o epíteto de polaca (COSTA PORTO, 1999)), reinava no âmbito público o Direito Administrativo, mais do que o direito constitucional, este quase um código para as relações externas, aquele com suas medidas e, para além, suas desmedidas, que respondiam por nomes como jus imperii e preponderância do interesse público, em sua compreensão mais tosca, ao ponto de ser confundida com o interesse da autoridade.

Nesse contexto histórico e ideológico foi editada a legislação instituidora do Tombamento que, após varar cinco constituições, em oitenta anos, de algum modo ainda é compreendido, se não exclusivamente, de forma assaz considerável, no exclusivo quadro do Direito Administrativo, que, mesmo abrandado pela ideia de estado democrático de direito, persiste sendo o olhar do poder público sobre os bens, pessoas e relações.

Ocorre que a Carta Política de 1988, relativamente à intervenção estatal para a proteção dos bens da cultura, migrou para fundamentos como o pluralismo e para princípios e regras valorizadores, em termos de processo, procedimento e finalidade, dos interesses dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Em outras palavras, remeteu a questão do patrimônio cultural preponderantemente para o âmbito dos Direitos Culturais, que ainda são pouco conhecidos e entendidos (PONTIER; RICCI; BOURDON, 1990).

Sob essas premissas, lança-se a hipótese a ser investigada neste artigo, a partir do método dedutivo de investigação na normatividade, doutrina e jurisprudência especializadas, de que o tombamento passa por um processo de mutação de locus jurídico, num progressivo e acelerado deslocamento do Direito Administrativo rumo ao encontro dos Direitos Culturais. As evidências da aludida migração, catalogadas adiante no número de oito, podem ser intuídas a partir de certa sensação de inadequação e ineficácia do instituto, decorrentes de uma pluralidade de fatores, como as renitentes falhas protetivas e a chamada inflação preservacionista.

Em se confirmando a mutação aqui aludida, ao menos em termos parciais, impactos consideráveis devem atingir o octogenário instituto, desde a parte conceitual, passando pelos procedimentos e chegando aos efeitos. Trata-se de possibilidades cuja investigação é, muito distante de um demérito, a homenagem científica que pode ser feita favoravelmente à eventual atualização legislativa do tombamento.

1 LOCUS JURÍDICO

Averiguar se o tombamento migra do Direito Administrativo para os Direitos Culturais, implica em saber o escopo de cada um deles, principalmente o ramo do direito a que se vinculam e as características principais.

1.1 DIREITO ADMINISTRATIVO

Embora administrativistas como Cretella Júnior (1986, p. 12) façam questão de salientar que a divisão do direito nos ramos público e privado possui, antes de tudo, valor didático, eles não têm dúvida de que o Direito Administrativo integra o primeiro, o qual se caracteriza pela preponderância do interesse geral sobre o particular, o que de pronto evidencia uma tutela estatal sob os bens que estão nesse espectro de regência.

Em termos existenciais, costuma-se dizer que o Direito Administrativo surge de forma sistematizada com a Revolução Francesa, movimento que produziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em cujo Art. 16 está assentada a ideia matricial do constitucionalismo: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, on-line). Assim, nessa dimensão positiva, os dois direitos referenciados – Constitucional e Administrativo – surgem simultaneamente, mesmo porque o segundo suporta estruturalmente o outro, a ponto de suscitar por parte de constitucionalista de escol a observação de que “os laços são

tão íntimos que alguns tratadistas se confessam em dificuldades para estabelecer distinção clara e válida entre as duas matérias” (BONAVIDES, 1994, p. 29).

Porém, se observado em termos de práxis, desde os seus antecedentes e das suas manifestações precursoras, o Direito Administrativo pode ser vislumbrado toda vez que há disciplina da atuação do Estado (ou das figuras políticas que vieram antes dele, como a família, o clã, a tribo, a polis (ARISTÓTELES, 2006)), quer seja intestinamente, quer seja com os seus administrados, mediante alguns princípios gerais reiteradores do jus imperii, os quais, na visão de um doutrinador de antes da Constituição de 1988, seriam aproximadamente os seguintes: legalidade, hierarquia, autoexecutoriedade, continuidade, presunção da verdade, indisponibilidade, especialidade, poder-dever, igualdade dos administrados, tutela administrativa e autotutela (CRETELLA JÚNIOR, 1986, p. 15-17); tais princípios permanecem com o advento da Constituição Cidadã, mas em face dos valores do estado democrático de direito, outros são agregados, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, supremacia do interesse público, motivação, segurança jurídica, controle ou autotutela (DI PRIETO, 2005, p. 63-86). Mesmo assim, os novos princípios apenas agregam cautela no proceder dos entes estatais, mas não tiram a posição de mando, de preponderância, ao menos, do interesse público sobre o que não tem essa natureza.

1.2 DIREITOS CULTURAIS

Definir os Direitos Culturais não é tarefa simples e as dificuldades para isso se mostram desde a designação do campo e vão até à delimitação do conteúdo. Quanto à designação, o fato de serem conhecidos por uma expressão grafada no plural, tal qual ocorre com Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, fornece o indicativo de que não possuem conteúdo preciso, como crimes e penas (Direito Penal) ou contribuições e benefícios (Direito Previdenciário); o foco, portanto, é um bem jurídico maior, que, a exemplo da dignidade humana ou do pleno exercício da cidadania, usufrui de benefícios específicos, de distintas maneiras e, potencialmente, em todos os campos jurídicos. Por isso, podem se situar, conforme cada direito cultural específico, no campo público ou no privado e, ainda, com mais frequência, em pontos de interseção de ambos.

No caso dos Direitos Culturais, esse bem jurídico é a cultura, que, todavia, não pode ser compreendida, ao menos para fins operacionais no âmbito jurídico, com o dimensionamento da Sociologia ou da Antropologia

(CUCHE, 2010), nos quais se chega ao extremo de dizer que tudo o que o ser humano faz é cultura, incluindo práticas recriminadas pelo direito, como o machismo e a desonestidade, frequentemente vistos como traços culturais de dado povo que, por isso, à evidência, não podem ser protegidas como Direitos Culturais. Vê-se, assim, que tal dimensionamento não se compatibiliza com o direito que, por natureza, envolve valores e finalidades. Impõe-se, portanto, ter a compreensão jurídica do que o direito vigente alberga como cultura e como Direitos Culturais. A partir do processo de inferência feito na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, on-line), nas práticas administrativas dos órgãos públicos de cultura, e na própria Constituição Federal, chegou-se à definição de que os direitos culturais são os atinentes às artes, às memórias coletivas e aos fluxos de saberes, que possibilitam às pessoas situarem-se no tempo e no espaço, com os objetivos de incrementar o desenvolvimento e favorecer a dignidade humana (CUNHA FILHO, 2004).

Artes, memórias coletivas e fluxo de saberes são, portanto, os três âmbitos conteudísticos dos Direitos Culturais, que se interpenetram muito frequentemente, sendo que algum deles costuma preponderar em situações específicas. No caso da proteção do patrimônio cultural, o foco principal é direcionado às memórias coletivas, pois a conservação de bens (materiais ou imateriais) é feita em função da lembrança do que se fez no passado (inclusive em termos de artes, saberes, fazeres e viveres), que continua a existir no presente e que se almeja projetar para o porvir.

2 EVIDÊNCIAS DA MUTAÇÃO DO LOCUS JURÍDICO

Com esse lastro referencial, procede-se, doravante, o cotejo da Lei do Tombamento com o que a atual Constituição do Brasil prescreve sobre como deve ser feita a proteção do patrimônio cultural, partindo-se da hipótese de que a norma legal de 1937 dá um trato à questão pela ótica do Direito Administrativo e a Carta de 1988 o faz a partir da premissa dos Direitos Culturais.

2.1 PRIMEIRA EVIDÊNCIA: DECRETO-LEI X CONSTITUIÇÃO

Uma primeira evidência pode ser vista na simples observação das normas ora em contraste, porque a espécie Decreto-Lei somente foi utilizada nos períodos ditatoriais da nossa história – Vargas (Art. 14 da Constituição de 1937) e Militar (Art. 58 da Constituição de 1967 e Art. 55 da Constituição de 1969)– precisamente quando o império estatal se mostrou em potências elevadíssimas, sobremodo da estrutura executiva,

que manuseou intensa e ininterruptamente o Direito Administrativo para as suas finalidades. A esse respeito são esclarecedoras, suficientes e coerentes com a ambiência de força as palavras do teórico do Estado Novo, Francisco Campos:

Quanto aos decretos-lei, previstos no art. 14 da Constituição, acham-se, também, em absoluta conformidade com as atribuições conferidas ao chefe da Nação, e não infringem as que são dadas ao Parlamento, tanto mais quanto, neles, conforme o texto do citado art. 14, o Presidente é obrigado a cingir-se aos dispositivos constitucionais e aos limites das dotações orçamentarias (CAMPOS, ON-LINE, 174).

Essas palavras teriam alguma credibilidade, se a história não as desmentisse, quer pelo não funcionamento das casas parlamentares, no período de Getúlio, como pelo desempenho controlado, que transformou o Congresso Nacional em títere, durante o regime militar (MOTA; LOPEZ, 2016).

Muito diferente, portanto, de uma Constituição elaborada com alguns dos maiores índices de participação averiguáveis no mundo e que de tão ambiciosa em termos democráticos foi alcunhada de Constituição Cidadã, por ter provocado “uma revolução que mudou a corrente do tempo, a saber, o semblante individualista do passado, e que projetou a principiologia por coroamento necessário à era social” (BONAVIDES, 2013, p. 59) e que por isso “é justo considerá-la como a mais avançada dentre as muito que tivemos ao longo de nossa experiência constitucional, nada ficando a dever às leis fundamentais dos chamados povos cultos” (COELHO, 2013, p. 65), encômios esses aplicáveis ao regramento de relações atinentes à cultura, o que permite que se agregue também à Carta Política de 1988 a evocação de Constituição Cultural (HÄBERLE, 2006).

2.2 SEGUNDA EVIDÊNCIA: PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL X PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Outra nota que aponta para radicais afetações da Constituição de 1988 sobre o DL nº 25/1937 está na abrangência do espectro de proteção. A norma getulista alberga apenas o “patrimônio histórico e artístico nacional” enquanto a Constituição se refere ao “patrimônio cultural brasileiro”, compreensão muito mais abrangente, numa dimensão tal que transforma o conteúdo da primeira expressão em uma pequena parcela do segundo, ao ponto de no texto constitucional precisar ser destacado, conforme pode ser visto na transcrição adiante feita:

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. [Grifou-se]

Todavia, a diferença mais substancial não está na transformação do que era o continente em parte do conteúdo, mas nos adjetivos “nacional” (presente no DL) e “brasileiro” (usado pela CF), representativos de um debate mais amplo que contrasta homogeneização com pluralismo cultural e jurídico, o qual terá outras referências diretas e indiretas neste texto.

O patrimônio histórico e artístico “nacional” é aquele que fortalece a unidade da nação, que é a congregação sócio-política percebida por elementos de unidade; já o patrimônio cultural “brasileiro”, é o do Brasil, de interesse de todo o país ou de apenas uma parte dele, daí a possibilidade de os Estados e os Municípios também poderem tomar bens (CASTRO, 1991), o que é confirmado pelo reconhecimento constitucional às edilidades para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (Art. 30, IX).

2.3 TERCEIRA EVIDÊNCIA: INTERESSE PÚBLICO X INTERESSE SOCIAL

Ao determinar a abrangência da norma, o legislador que outorgou o Decreto-Lei nº 25/1937 estabeleceu que o patrimônio histórico e artístico nacional é constituído pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de “interesse público”, especificando, na sequência, elementos de delimitação que serão oportunamente enfocados, porque nesse instante, convém explicitar a expressão acima destacada.

Historicamente o interesse público é mais conhecido por sua contraposição ao interesse privado, havendo, para a perspectiva administrativista, necessária prevalência do primeiro, que se caracteriza pela indisponibilidade, salvo previsão legal (DI PRIETO, 2005, p. 68-71). É considerado interesse privado, não apenas o de cada pessoa, mas até mesmo aquele que, sendo de uma coletividade, supostamente contrarie, no entendimento das autoridades constituídas, ao interpretarem a legislação e os fatos, a ideia de universalização que permeia seu antípoda.

Nesse ponto, a Constituição também inova, ao estabelecer que o patrimônio cultural brasileiro, no qual, como visto, se insere o histórico e artístico, é constituído pelos bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória “dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. A expressão destacada pelas aspas é eloquente quanto à aludida inovação: a proteção não é mais devida a um suposto interesse público universal; por outro lado, também não é deferida ao indivíduo em sentido estrito, mas a grupos que formam a sociedade brasileira, sem qualquer referência direta a vinculação com o Estado. Assim, o sentido constitucional da proteção, agora, lastreia-se na ideia de interesse social.

2.4 QUARTA EVIDÊNCIA: EXCEPCIONALIDADE X REFERENCIALIDADE

Segundo o Decreto-Lei nº 25/37, o interesse público determinante para a proteção de bens integrantes do patrimônio histórico e artístico seria averiguado naqueles com vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu “excepcional” valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. Deste modo, a excepcionalidade, que significa a fuga do comum, é, na norma legal, o grande critério para a proteção. Difere muito, portanto, da Constituição, alicerçada, como já pôde ser evidenciado, na ideia de “referência” à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

No âmbito da prática administrativa esse contraste já repercute no IPHAN, como evidencia Maria Cecília Londres Fonseca (2009, p. 196), ao noticiar que “as noções de representatividade, de exemplaridade, e não a noção mais corrente de fora do comum, que são invocadas pela instituição para justificar tombamentos nas duas últimas décadas”.

Isso mostra que a defasagem da literalidade normativa nem sempre é um obstáculo à atualização encetada pelo órgão administrador do Tombamento, que, aliás, de 1937 a 1988, quando era o único instrumento de proteção, foi utilizado para atender a todo tipo de necessidade, incluindo o resguardo de bens imateriais, hoje protegíveis por instrumentos como o Registro, que é disciplinado pelo Decreto nº 3.551/2000. A maleabilidade do Tombamento foi tanta que, numa comparação com outra seara jurídica, só encontra paralelo com a doutrina brasileira do habeas corpus, que durante décadas a foi a única garantia utilizada para resguardo de todos os direitos constitucionais e não apenas, como hoje, o de locomoção.

Portanto, essa teoria brasileira do tombamento, mesmo aceleradamente minguate, por causa do disciplinamento de outros instrumentos de proteção, depõe contra a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº 206, proposta pela Procuradoria-Geral da República, pela qual, a PGR formula o seguinte pedido principal:

[...] interpretação conforme a Constituição do [art.] 1º do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de incluir no âmbito semântico do enunciado (da norma) o conceito amplo de bem cultural, para fins do art. 216, CF/88, vale dizer, referido à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ON-LINE)

De fato, a possibilidade de amplo espectro que o Supremo Tribunal Federal – STF pode dar à sua decisão abre o risco de piorar a situação, que de algum modo a prática administrativa resolve a contento. Porém, mesmo que nada de pior ocorra, a ADPF constitui-se em inadequado estímulo para substituição de uma tarefa que é nitidamente do âmbito do parlamento, por uma decisão judicial, o que afronta a separação dos poderes.

A despeito de tais observações, reitera-se que se deve migrar do critério da excepcionalidade para a da referencialidade, consubstanciada na “necessidade de proteger e preservar os bens culturais que são referência para a comunidade, em suas práticas cotidianas, de acordo com seus valores culturais” (SOARES, 2009, p. 59), mas, isso, pela regular via legislativa.

2.5 QUINTA EVIDÊNCIA: RECONHECIMENTO EX-NUNC (NATUREZA CONSTITUTIVA) X RECONHECIMENTO EX-TUNC (NATUREZA DECLARATÓRIA)

Outra evidência do deslocar do Tombamento em direção ao campo dos Direitos Culturais pode ser inferida do momento em que as normas consideram um bem integrante do patrimônio cultural. Para o Decreto-Lei nº 25/1937, isso acontece “depois de inscritos” em um dos Livros do Tombo, o que representa um efeito ex-nunc, ou seja, o patrimônio somente fica ampliado com o novo bem, a partir do ato formal de reconhecimento em diante; o instituto teria, portanto, efeito constitutivo.

Com a Constituição, as coisas se passam em sentido oposto: ela de pronto declara que “constituem” patrimônio cultural brasileiro os bens já especificados em tópicos anteriores. É como se adotasse uma cautela geral e preliminar aos instrumentos de promoção e proteção que especifica (inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação), fazendo ela própria uso da cláusula aberta para “outras formas de acautelamento e preservação”.

Certamente, essa mens legislatoris confirma a preponderância social sobre a estatal, nesta seara, ou, como diriam os franceses, “le rôle de l’Etat est modeste, tuot em étant essentiel” (PONTIER; RICCI; BOURDON, 1990, p.66), para se referir ao comedimento e importância do Estado, que dispõe a qualquer tempo de instrumentos ágeis de intervenção, como o poder geral de cautela, inclusive administrativa, conforme prescreve a lei federal do procedimento administrativo (art. 45), o qual não está disponível à sociedade, ao menos no nível da autotutela.

Com o reconhecimento ex-tunc de qualquer bem como potencialmente importante para, pelo menos, um dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira, a Constituição os habilita a postular providências estatais protetivas e acautelatórias, mesmo antes da formalização de qualquer instrumento que, vindo a ocorrer, configura-se como importante reforço para tais finalidades. Neste caso, o Tombamento teria efeito preponderantemente declaratório quanto à proteção patrimonial.

2.6 SEXTA EVIDÊNCIA: RELAÇÃO LIVRESCA X LIVRE RELAÇÃO

Pelo Decreto-Lei nº 25/37, os bens tombados devem ser inscritos em quatro livros, os quais poderão ter vários volumes, a saber: 1) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, para as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim os monumentos naturais e os sítios e paisagens notáveis; 2) Livro do Tombo Histórico, para as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3) Livro do Tombo das Belas Artes, para as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira; e 4) Livro do Tombo das Artes Aplicadas, para as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

Há, portanto, molduras predefinidas nas quais devem se encaixar os bens a serem tombados; tanto é assim que o mesmo Decreto-Lei determina que “os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei”.

Com o critério constitucional da referencialidade, contudo, essas bitolas se tornam excessivamente limitadoras, porque um dado bem pode não se enquadrar em qualquer dos compêndios ou, ao contrário, ter potencial para inscrição em mais de um deles. Ainda poderá, com a passagem do tempo e a mudança de valores ou técnicas, conceitualmente demandar a migração de um para outro, num fluxo desse campo patrimonial analogicamente “caracterizado pela circularidade e pela reversibilidade”, como diria Pierre Bourdieu (2007, p. 113), ao se ocupar de analisar o mercado dos bens simbólicos.

No âmbito da proteção do patrimônio cultural imaterial, que possui a mesma estrutura livresca de inscrição, esse problema já começa a ter enfrentamento, por causa da “dificuldade de enquadramento nos livros de registro e sobre quais os impactos desse enquadramento; sobre a validade de registros duplos, como se deu com a capoeira” (GUANAIS E QUEIROZ. 2016, p. 114)

Mostra-se, portanto, mais compatível com a ampliação conceitual de patrimônio cultural um livre rol, com as características que o bem efetivamente tenha, sem a necessidade de ocultar ou destacar artificialmente algumas, tudo em função do enquadramento legal, evitando-se, assim, uma odiosa inversão em que o instrumento (tombamento) teria mais valor que o objeto protegido (o bem cultural).

2.7 SÉTIMA EVIDÊNCIA: EXTINÇÃO LEGAL X MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (DO TOMBAMENTO DE OFÍCIO)

O Decreto-Lei getulista instituiu um tombamento de ofício sobre os “bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios”, a ser feito a partir de procedimento sumaríssimo, “por ordem” do gestor da atual autarquia patrimonial, o IPHAN, e simples notificação “à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos”. Isso, porque se partia do entendimento de que o ato somente era contestável pelos particulares, tanto que consta a prescrição de que “o tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente”, conforme, respectivamente, sua aceitação ou rejeição do gravame proposto.

É muito questionável que tal procedimento e entendimento tenham sobrevivido à Constituição Cidadã de 1988, por, pelo menos, dois motivos remarcáveis. O primeiro deles é que Estados e Municípios adquiriram autonomia política (Art. 18), status de entes federados (Art. 1º) e, por conseguinte, propriedade e disposição sobre seus próprios bens (Art. 26 e 30, IX). Assim, também para eles são aplicáveis as garantias constitucionais asseguradoras de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Art. 5º, LIV e LV).

Poder-se-ia, assim, apressadamente imaginar que o tombamento de ofício da norma de 1937 remanesceria ainda para os bens da própria União (no caso federal) e, simetricamente, dos Estados e Municípios sobre seus próprios bens. Mas tal é igualmente enganoso, em face do segundo motivo, pelo qual o valor cultural nunca pode ser reconhecido monocraticamente,

mas sempre com a “colaboração da comunidade” (Art. 216), tradicionalmente representada pelo inadequadamente denominado Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, que, não obstante as reflexões adiante feitas sobre ele, deve, no direito positivo vigente, atestar o valor cultural do bem.

Assim, entende-se que ocorreu uma verdadeira extinção do tombamento de ofício no âmbito legal; os efeitos que com ele se almeja obter correspondem, no máximo, a uma providência cautelar e preparatória ao devido processo de tombamento, que deve ser levado a efeito com observância de todas as garantias constitucionais.

De fato, a Constituição de 1988, ela sim, em prescrição originária, com a força do poder constituinte dessa natureza, criou uma norma que pode ser compreendida como o atual tombamento de ofício, precisamente a portadora da determinação de que “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (Art. 216, § 5º). Por ela se compreende que a simples identificação de referidos documentos e sítios opera de imediato o respectivo tombamento de forma definitiva. Eventuais discordâncias na identificação decorrem do direito de fiscalizar a licitude dos atos públicos, que possibilita a revogação ou nulidade dos equivocados ou viciados, mas não se trata de uma fase processual propriamente dita.

2.8 OITAVA EVIDÊNCIA: ÚNICO CONSELHO X MÚLTIPLAS FONTES (PARA O RECONHECIMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL)

A Lei do Tombamento determina que fica “a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” averiguar se os bens submetidos a esse tipo de proteção se revestem “dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional”.

Referido Conselho, atualmente regido pelo Art. 7º do Anexo I ao Decreto nº 6.844, de 7 de maio de 2009, tem a seguinte composição: o Presidente do IPHAN, que o integra como membro nato; um representante, e respectivo suplente, de cada uma das seguintes entidades e órgãos, que serão indicados pelos respectivos dirigentes: Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB; Conselho Internacional de Monumentos e Sítios - ICOMOS/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 dos Museus - IBRAM; e Associação Brasileira de Antropologia – ABA. Também o compõem, treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN, que são indicados pelo Presidente da mencionada

autarquia e designados pelo Ministro de Estado da Cultura, para mandato de quatro anos, permitida a recondução.

Nota-se que o Conselho, no que concerne à representação institucional, é majoritariamente composto por representantes de órgãos da União, cujos labores podem ser afetados pelo tombamento. No que atine às entidades da sociedade civil, percebe-se uma sub-representação dos setores interessados, o que se pode afirmar, com base na coerência, que seria devida aos próprios termos do Decreto-Lei nº 25/1937, mas que fica maculada, se, por exemplo, observarem-se os livros do tomo, para o conteúdo dos quais só se vê representação relativa aos bens de valor arquitetônico, antropológico e monumental, constatando-se omissões, para os demais, como os relativos à história e às artes.

Quanto à representação da sociedade, é eminentemente técnica e ou científica, a tirar pelo critério de possuírem “especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN”. Porém, não se exigem outras qualificações, que deveriam partir dos indicativos constitucionais, como proximidade com os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, problema que, por sinal, é acentuado no método de indicação (pelo Presidente do IPHAN) e de designação (pelo Ministro da Cultura).

Na verdade, no que concerne às instâncias de deliberação sobre o que deve ser considerado patrimônio cultural, a Constituição aponta para outra realidade, que ainda não foi adequadamente percebida, e que se vincula às ideias de pluralismo jurídico e cultural. Ao prescrever que o patrimônio cultural é formado pelos bens “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, quer dizer que cada grupo desses adquiriu um poder de reconhecimento formal dos bens para si importantes, porque não seria razoável que uma coletividade entendesse assim e o conselho dissesse o oposto. O grande desafio está em delimitar tais grupos, os procedimentos e os efeitos do reconhecimento plural, mas uma coisa é certa: a Constituição aboliu o monopólio do Estado para dizer o que é patrimônio cultural, o que certamente produz reflexo em todos os instrumentos, inclusive no tombamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano do octogésimo aniversário do Decreto-Lei nº 25/1937, abre-se, naturalmente, espaço para reflexões sobre o longo Tombamento, como se intentou fazer a partir deste artigo, alicerçado na hipótese inicial e que o referido instrumento passa por um processo de mudança de localização no que concerne ao mundo do direito, migrando do Direito Administrativo para os Direitos Culturais.

Muitas são as evidências desse deslocamento; neste breve estudo foram identificadas oito delas, a começar do cotejo histórico-axiológico entre o Decreto-Lei varguista e a Constituição Cidadã e Cultural de 1988, o que levou inexoravelmente a impactos perceptíveis em decorrência dos seguintes contrastes: patrimônio histórico e artístico nacional x patrimônio cultural brasileiro; interesse público x interesse social; excepcionalidade x referencialidade; reconhecimento ex-nunc (natureza constitutiva) x reconhecimento ex-tunc (natureza declaratória); relação livresca x livre relação; tombamento de ofício - extinção legal x mutação constitucional; e instância de reconhecimento – único conselho x múltiplas fontes.

Essas comparações binárias e contrapostas, apesar de serem as mais simples que se pode ter, quando menos ressaltam o encorpamento dos Direitos Culturais na atual realidade jurídica e social; é fato que esses direitos são protagonizados essencialmente pela sociedade, mas que não dispensam o aparato estatal para a sua efetivação, inclusive no que concerne ao equilíbrio garantidor do pluralismo das manifestações e do respeito aos valores humanitários constitucionalmente eleitos.

Isso significa que o Tombamento se desloca, sim, do Direito Administrativo para os Direitos Culturais, mas não pode nem deve despregar-se totalmente do primeiro; situa-se, portanto, numa zona de interseção, em que as duas disciplinas jurídicas devem se complementar constante e respeitosamente, considerando que a segunda oferece a substância e a outra oferta algumas das importantes garantias necessárias à proteção do patrimônio cultural.

O fato é que essa nova percepção da relação entre os mundos jurídicos da Administração e da Cultura coloca na pauta das ações necessárias à renovação do direito, a obrigação de se pensar um novo modelo para o Tombamento, o qual tem que ser disciplinado e operado a partir da concepção de que as memórias coletivas estão no grupo dos direitos que a cada instante lembram que o Estado justifica sua existência na contemporaneidade por ser um instrumento a serviço da cidadania, e não o contrário, como alguns saudosistas e avessos à democracia pluralista continuam a defender.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOURDIEU, P. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BONAVIDES, P. A. Constituinte de 1987-1988 e a Restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J. J. G. [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. *Portal da Legislação. On-line*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Consulta em: 3 set. 2017.

BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF – *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206/Distrito Federal*. Disponível em: <<https://www.encurtador.com.br/dgnsB>>. Acesso em: 3 set. 2017.

CASTRO, S. R. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

COELHO, I. M. Evolução do Constitucionalismo Brasileiro Pós-88. In: CANOTILHO, J. J. G. [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA PORTO, W. *Constituições Brasileira: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CAMPOS, F. *O Estado Nacional*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2017

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CUCHE, D. *La Notion de Culture dans les Sciences Sociales*. Paris: La Découverte, 2010.

CUNHA FILHO, F. H.: *Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

DI PRIETO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, M. C. L. *O Patrimônio em Processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). Disponível em: <<https://goo.gl/d576n>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

GUANAIS E QUEIROZ, H. F. O. O Registro dos Bens Culturais Imateriais como Instrumento Constitucional Garantidor dos Direitos Culturais. *Revista do IPAC/Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia*, Salvador: Secretaria de Cultura: IPAC; [Brasília]: IPHAN, ano 1, n. 1. 2016. V.: il.

HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2006.

HOBBS, T. *O Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1964.

MOTA, C. G.; LOPEZ, A. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Editora 34, 2016.

PONTIER, J-M; RICCI, J-C; BOURDON, J. *Droit de la Culture*. Paris: Daloz, 1990.

SAUNDERS: F. S., *The Cultural Cold War: The CIA and the World of Arts and Letters*. Londres: The New Press, s/d.

SCHMITT, C. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOARES, I.V.P. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

