



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLA LIMA DIAS

**TOMBAMENTO: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DOS
DEVERES DE PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DO
PATRIMÔNIO CULTURAL IMPOSTOS PELO PODER
PÚBLICO AO PROPRIETÁRIO.**

Salvador
2017

CARLA LIMA DIAS

**TOMBAMENTO: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DOS
DEVERES DE PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DO
PATRIMÔNIO CULTURAL IMPOSTOS PELO PODER
PÚBLICO AO PROPRIETÁRIO.**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Faculdade Baiana de
Direito, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet
Miguel

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLA LIMA DIAS

TOMBAMENTO: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DOS DEVERES DE PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMPOSTOS PELO PODER PÚBLICO AO PROPRIETÁRIO.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

“Ontem um menino que brincava me falou, hoje é a semente do amanhã. Para não ter medo que este tempo vai passar não se desespere, nem pare de sonhar. Nunca se entregue, nasça sempre com as manhãs deixe a luz do sol brilhar no céu do seu olhar. Fé na vida, fé no homem, fé no que virá, nós podemos tudo, nós podemos mais, vamos lá fazer o que será.”

GONZAGUINHA

RESUMO

O presente trabalho descreve o instituto de tombamento a partir da análise argumentativa dos deveres de preservação e conservação do patrimônio cultural, impostos pelo Poder Público ao proprietário de bem imóvel tombado ou em processo de tombamento. Inicialmente buscou-se a compreensão: do conceito de patrimônio cultural, e da relação entre esse instituto jurídico e a tutela do patrimônio edificado, bem como a intervenção do Estado na propriedade privada, por meio da Constituição Federal de 1988 e do Decreto-lei nº 24/1937. Em seguida o instituto do tombamento é apresentado, esclarecendo-se os procedimentos respectivos na Administração Pública federal, estadual e municipal. Por fim, esquematiza-se, à luz da estrutura argumentativa proposta por Stephen Toulmin, a situação jurídica do proprietário de imóvel tombado, delineando-se suas obrigações perante o Poder Público, em observância ao constante processo de degradação dos imóveis tombados.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Tombamento. Preservação e conservação. Patrimônio edificado. Análise argumentativa. Poder Público e proprietário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
EIA-RIMA	Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente
FGM	Fundação Gregório de Mattos
IBPC	Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural
IPAC	Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
LC	Lei Complementar
MinC	Ministério da Cultura
MPF	Ministério Público Federal
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 PATRIMÔNIO CULTURAL: ANÁLISE DO TOMBAMENTO	10
2.1 CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL	13
2.2 PATRIMÔNIO CULTURAL – UMA CONCEPÇÃO FILOSÓFICA E SOCIAL	14
2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL	17
2.4 A RELAÇÃO ENTRE O INSTITUTO JURÍDICO DO TOMBAMENTO E A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL	23
2.5 A EDIFICAÇÃO COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL, SOB A ÉGIDE DO PODER PÚBLICO	26
2.5.1 Propriedade Privada e sua Função Social	28
2.5.2 Medidas de Prevenção Impostas pelo Decreto-Lei nº 25/1937	32
3 TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO DECRETO-LEI Nº 25/1937	34
3.1 TOMBAMENTO: A FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E O DECRETO-LEI Nº 25/1937	40
3.1.1 Princípios Constitucionais	42
3.1.2 Tombamento e o Registro do Patrimônio Imaterial	46
3.2 COMPETÊNCIAS DOS ENTES PÚBLICOS	51
3.2.1 Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia	53
3.2.2 Tombamento: Município do Salvador – Bahia	58
3.3 OUTRAS FORMAS DE “ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO”	61
3.3.1 Recomendações do Ministério Público	61
3.3.2 Educação Patrimonial	62
3.3.3 Termo de Referência Cultural	63
4 TOMBAMENTO: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	65
4.1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA	67
4.1.1 Natureza Jurídica do Tombamento	69
4.1.2 Regime Jurídico do Tombamento	70

4.1.3 O Ato Administrativo: Discricionário ou Vinculado?	71
4.2 EFEITOS JURÍDICOS DO TOMBAMENTO	72
4.3 MODALIDADES DE TOMBAMENTO	77
4.4 A INEFICÁCIA SOCIAL DO PROCEDIMENTO DE TOMBAMENTO	82
5 O INDIVÍDUO E SUAS REFLEXÕES A PARTIR DE ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	86
5.1 O LAYOUT DE ARGUMENTOS NA VISÃO DE TOULMIN – O BEM IMÓVEL	89
5.1.1 Salvaguarda do bem imóvel	95
5.1.2 Tombamento preserva?	99
5.2 A CADEIA ARGUMENTATIVA: PROPRIETÁRIO E O PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO BEM IMÓVEL	103
5.2.1 Direito à Indenização	108
6 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

As bases iniciais para a consolidação do sistema de patrimônio cultural no Brasil deram no contexto da década de 1930, chamado de Era Vargas. Nesse período foram adotadas as primeiras providências para a constituição de um ente público voltado à proteção dos bens culturais e à criação de uma legislação específica, instituindo-se o Decreto-lei nº 25 de 10 de Novembro de 1937, com a finalidade de preservar e conservar o patrimônio edificado.

A Constituição Federal de 1988 preconiza no artigo 216, caput, a tutela do patrimônio cultural material e imaterial. Devido ao pluralismo e à diversidade cultural brasileira, a Magna Carta regula, no § 1º desse artigo, a efetiva proteção desse patrimônio através da ampliação dos instrumentos protetivos dos direitos culturais, estabelecendo um rol exemplificativo (o texto admite a “outras formas de acautelamento e preservação”) do qual consta o instituto do tombamento (meio mais tradicional) de tutela do mencionado bem jurídico.

Diante dessa descrição, é importante olhar com mais atenção de que maneira pode ser realizada a salvaguarda do acervo histórico-artístico nacional, especialmente do patrimônio edificado das cidades históricas (a exemplo de Salvador, na Bahia), considerando a necessidade de que a responsabilidade compartilhada, instituída normativamente entre a sociedade e Poder Público no que concerne a conservação e à preservação do bem imóvel tombado encontre efetividade. Justifica-se, pois dado o déficit de concretização das normas concebidas para tutelar expressão fundamental da vida social e da história de um povo como patrimônio cultural, o desenvolvimento de uma investigação que assuma como objetivo geral esquematizar a estrutura argumentativa da situação jurídica do proprietário de imóvel tombado nos casos de descumprimento dos seus deveres de preservação e conservação. A iniciativa de delinear os contornos das obrigações do proprietário de imóvel tombado perante o Poder Público pode contribuir analiticamente para uma correta identificação do modo como se configura a ineficácia social das normas que giram em torno do instituto jurídico do tombamento, de maneira que os resultados desse escrito possam subsidiar futuras propostas de mecanismos de solução para essa deficiência institucional.

Diante do exposto, o problema de pesquisa deste trabalho pode ser formulado nos seguintes moldes: qual a estrutura argumentativa da situação jurídica do proprietário de imóvel tombado nos casos de descumprimento dos seus deveres de preservação e conservação? A investigação que se presta a responder a tal questão.

Consiste em uma pesquisa teórica, qualitativa, que utiliza como procedimento metodológico a análise de conteúdo bibliográfico, doutrinário e legislativo, e que assume como referencial teórico, um modelo de estrutura argumentativa concebido por Stephen Toulmin em “Os usos do argumento” (2006).

Para cumprir o objetivo geral do escrito e, por conseguinte, responder à questão formulada, será necessária à satisfação de alguns objetivos específicos, sendo correspondente a cada um destes um capítulo de desenvolvimento.

No segundo capítulo do trabalho (primeiro capítulo de desenvolvimento), será cumprido o objetivo específico de apresentar a noção de patrimônio cultural, com destaque para uma perspectiva filosófica e social, para a evolução histórica da regulação jurídica dessa figura no Brasil e para a sua conexão com a ideia de monumento e com o instituto do tombamento.

No capítulo 3, por sua vez, será cumprido o objetivo específico de descrever o desenho institucional concebido para garantir a tutela jurídica do patrimônio cultural no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para as disposições sobre a matéria presentes na Constituição Federal de 1988, no Decreto-lei nº 25/1937.

Posteriormente, no capítulo 4, será cumprido o objetivo específico de caracterizar dogmaticamente o instituto jurídico do tombamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Por último, o capítulo 5, será cumprido o objetivo específico de projetar as variáveis básicas do modelo argumentativo concebido por Stephen Toulmin ao contexto dos deveres de preservação e conservação do patrimônio cultural edificado impostos ao proprietário de imóvel tombado.

2 PATRIMÔNIO CULTURAL : ANÁLISE DO TOMBAMENTO

Para uma compreensão mais aprofundada acerca da análise do instituto do Tombamento faz-se necessário, antes de tudo, observar a importância da proteção ao patrimônio cultural no bojo do desenvolvimento do convívio social, ou seja, esse ambiente que se perfaz entre o indivíduo e a coletividade.

Diante disso, o indivíduo, consciente de sua existência e do desempenho do seu papel no mundo fenomenológico detém o poder de suas decisões, contudo, a sua formação individual não está isolada do meio social do qual participa.

Assim, a busca pela convivência harmônica em sociedade é algo que está intrinsecamente ligado à identidade entre o indivíduo e povo, e, por conseguinte ligado à história que continua corroborando para que seja contínua e presente à realidade que foi construída, mas que vive em estado de transformação compartilhado por novas pessoas, com a finalidade de aprimorar as relações do homem na sua consciência da vida e da sociedade. (VANNUCCHI, 2008, p. 65).

Essas relações humanas são formadas por grupos que acumulam e aprimoram seus conhecimentos por meio da cultura social. Desta forma, conforme preconizado pelas autoras Marina Marconi e Zélia Presotto, os componentes desses referidos grupos aprendem os aspectos desta cultura social no transcurso de suas vidas, ou nos grupos em que nascem ou convivem, sendo compartilhadas por todos (2008, p. 39).

A consciência da sociedade ligada a sua cultura histórica, quanto a sua memória, o seu passado e conseqüentemente seu futuro perpassa pelo conceito de patrimônio, em que este não deve ser interpretado de forma isolada, pois o patrimônio só existe em relação a alguma coisa. Em sendo assim, “o patrimônio natural é parte integrante de um todo denominado patrimônio cultural, como também o é o histórico, o artístico e o arqueológico”. (MENDONÇA, 2006, p.190).

Não é sem propósito que o conhecimento sobre o passado e a busca futura por uma utilidade prática de entender a respeito do conjunto de bens verificados no espaço social e dispostos a todos de forma, que a preservação dessa história é a manutenção viva do pensamento dos inúmeros grupos formadores de interesses individuais e coletivos que retrata a cultura, a história e a arte de um povo, não apenas no plano pessoal, mas também coletivo. E esse interesse relaciona-se com o

patrimônio e na verificação de como funciona a proteção material de um bem imóvel (CORDIDO, 2014, p. 22).

Essa análise sobre o patrimônio¹ tem uma relação ainda direta quando se pensa no Direito. O interesse à proteção jurídica de um bem pressupõe uma garantia que poderá ser ou não por um tempo determinado ou ainda por uma mera expectativa dessa garantia, em que a norma coercitiva do Estado estará presente para que o passado não acabe e possa continuar a produção dos seus efeitos a favor da conservação do patrimônio cultural. (CAVALLAZI, 2010, p.187)

Dessa maneira, quando o Estado promove essa intervenção supramencionada, na propriedade privada para a conservação do bem, em verdade, conforme defende o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a mesma “visa à manutenção do patrimônio, sem alteração de suas características, de modo a preservar seu significado cultural” (IPHAN, 2017).

Em sendo assim, por meio da respectiva gestão pública, tratando de uma medida que não é isolada, mas que considera determinado bem como imprescindível para a cultura de uma sociedade, será manuseado o instituto do Tombamento, como instrumento capaz de permitir que Estado realize essa intervenção, através de medidas restritivas à conservação e preservação² do bem acarretando uma maior responsabilidade ao proprietário.

¹ Patrimônio são todos os bens, materiais e imateriais, naturais ou construídos, que uma pessoa ou um povo possui ou consegue acumular. Patrimônio Cultural é o conjunto de bens, de natureza material e/ou imaterial, que guarda em si referências à identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos sociais. É um elemento importante para o desenvolvimento sustentado, a promoção do bem-estar social, a participação e a cidadania. A memória é a imagem viva de tempos passados ou presentes. Os bens, que constituem os elementos formadores do patrimônio, são ícones repositórios da memória, permitindo que o passado interaja com o presente, transmitindo conhecimento e formando a identidade de um povo. (Patrimônio Histórico: como e por que preservar. 2008, p.13).

² Preservar é a manutenção de um bem no estado físico em que se encontra e a desaceleração de sua degradação, visando prolongar e salvaguardar o patrimônio cultural. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar esse aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, se caracterizam como ações de fomento que têm como consequência a preservação da memória. Conservar é proteger do dano, da mutilação e da descaracterização. Este é o conceito da própria lei (DL 25/37), disposto no seu art. 17. Com isso, a coisa tombada deve ser resguardada de qualquer ação de destruição opcional ou provocada. Não obstante, não é adequado entender a noção de conservação como de permanência absoluta, ou de completa inalterabilidade; ao contrário, se a coisa é, pela sua natureza, mutável, sua conservação importa proteger as condições básicas que permitam a continuidade de suas características, segundo sua própria natureza.

Nesse sentido, quando o Estado atua na propriedade privada por meio do tombamento, o que deve ser pensado e priorizado é a consciência a favor da conservação, bem como da preservação. Partindo dessa premissa, tem-se que o ato de preservar deverá ser considerado como a manutenção de um bem no seu estado físico em que se encontra e a desaceleração de sua degradação, visando assim, prolongar e salvaguardar o patrimônio cultural (IPHAN, 2016).

Diante desse contexto, exsurge a necessidade de verificar como será desenvolvida nessas situações a parcela de responsabilidade do proprietário face ao ente público, a qual não deverá ser vista de forma isolada. Em sendo assim, nota-se que não apenas o proprietário deverá agir em conformidade às exigências para se alcançar essa proteção, como também o Poder Público deverá promover ações que materializem essa pretensão de garantia na finalidade de conservação, à proporção em que realiza suas medidas de compensação, como a indenização judicial.

A importância da preservação cultural de um grupo numa determinada sociedade deve basear-se num caminho longo e duradouro que somente é desenvolvida quando se olha para a preservação do passado com vistas ao futuro (MARCONI; PRESOTTO, 2008, p. 36).

Partindo desse pressuposto, tem-se que, essa ideologia de ser alcançada a preservação e conservação da cultura deve ser feita de tal modo que possa permitir à coletividade usufruir no presente das garantias determinadas pelo Estado de forma à manutenção da proteção do bem.

Assim, a finalidade poderá ser alcançada por meio do instituto de Tombamento³, de modo que, o mesmo assegure esse objetivo, não apenas através de suas regras impostas coercitivamente pelo ente público, como também de uma forma que tais regras produzam efeitos jurídicos reconhecidamente construídos em decorrência da realidade histórica de um povo.

³ Preservar não é o mesmo que tomar, pois a preservação pode existir sem o tombamento. O tombamento é uma imposição legal; porém, sem ele não há garantia real de preservação. Esta é uma importante ação a ser tomada para garantir a preservação definitiva do patrimônio, impedindo, por lei, a sua descaracterização/destruição e propiciando a sua plena utilização. (Patrimônio Histórico: como e por que preservar. 2008, p.16).

2.1 CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL

É mister, primeiramente, mencionar a formulação conceitual de patrimônio que é sugerida pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, como autarquia responsável por garantir essa proteção ao acervo patrimonial cultural (2017, p. 218):

Podemos dizer que Patrimônio é o conjunto de bens materiais e/ou imateriais que contam a história de um povo e sua relação com o meio ambiente. É o legado que herdamos do passado e que transmitimos a gerações futuras. O patrimônio pode ser classificado em Histórico, Cultural e Ambiental.

Para esta pesquisa, considera-se bem tudo aquilo que tem valor, e diante da perspectiva jurídica, o que possui valor para o direito nas relações jurídicas pelo viés cultural, José Afonso da Silva (2011, p. 26) assevera como bem cultural:

[...] bem, material ou não, significado como produto e testemunho da tradição artística e/ou histórica, ou como manifestação da dinâmica cultural de um povo ou de uma região [...]. Podem-se considerar como bens culturais obras arquitetônicas, ou plásticas, ou literárias, ou musicais, conjuntos urbanos, sítios arqueológicos, manifestações folclóricas, etc.

Para o autor os bens culturais são produtos criados pelo homem, por meio dos valores projetados por ele, mas não só pelo aspecto construído do bem em si, mas pela produção ou construção material, “na vivência espiritual do objeto”, no caso o que ocorre com a paisagem natural (QUEIROZ, 2016, p. 42).

A Constituição Federal esclarece em seu §1º do artigo 216 que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e outras formas de acautelamento. Ou seja, deixando claro quanto ao rol exemplificativo, permitindo no caso uma “certa liberdade” para que o legislador possa criar outros instrumentos que respondam e possam ser hábeis para a preservação do patrimônio cultural. Segundo o IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional dispõe (2006, p. 35):

O Decreto Nº. 3.551 de 04 de agosto de 2000 (governo Fernando Henrique Cardoso) instituiu o Registro de Bens Culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, criando o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial dentre outras coisas, que efetiva a garantia de tutela constitucional do bem ambiental cultural de natureza imaterial.

Além dessa conceituação supracitada, merece destaque a disciplina referente a esse assunto disposta no texto da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 216⁴.

No entanto, é possível perceber que apesar do regramento contido no texto constitucional, esse conteúdo não define, formalmente, o conceito de patrimônio cultural, indicando apenas, os elementos que o constituem, no caso, os bens materiais e imateriais.

A previsão constitucional definiu um caráter expositivo dos aspectos que devem compor a sua definição tais como, memória e identidade cultural, entre outros, reafirmando com isso o entendimento de que esta conceituação não pode ser uma tarefa exclusiva e autônoma da norma, mas ao contrário, a atividade deve ter um caráter interpretativo por meio de outros conceitos da sociologia e antropologia (RODRIGUES, 2008, p. 36-38).

A Carta Magna acompanhou a evolução histórica nacional e internacional da conceituação de patrimônio cultural e utilizou uma maior abrangência quanto aos bens, ao se referir a respectiva estrutura material e não material.

Partindo do quanto exposto, faz-se relevante analisar as particularidades pertencentes ao acervo patrimonial cultural, devendo-se levar em consideração a sua concepção filosófica e social, sem perder a sua localização no direito pátrio.

2.2 PATRIMÔNIO CULTURAL – UMA CONCEPÇÃO FILOSÓFICA E SOCIAL

Inicialmente, conforme já mencionada, deve a relevância do patrimônio cultural ser destacada, diante da sua utilidade e função desempenhada para a humanidade, nos mais diversos aspectos, de acordo ao que já foi exposto e será ainda cabalmente

⁴ 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: 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. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

demonstrado. Desta forma, é necessário analisar esse acervo, sob a ótica filosófica e social, além de frisar a importância do Estado como figura garantidora da harmonia social de um povo e das características que o identificam.

Com as constantes transformações vivenciadas pelas sociedades com o passar do tempo, propiciaram a sistematização dos conhecimentos ainda vinculados à ideia do senso comum, passando a ser objeto de estudo por diversas áreas da ciência. Os costumes e práticas, retratadas na memória coletiva pertencente até então, pelo universo abstrato, influenciados também pela religião, foi paulatinamente estruturado por categorias em expressões artísticas, literárias, musicais, entre outras, passando a ter um real significado para o Estado como elemento da cultura (QUEIROZ, 2016, p. 41).

Partindo-se de uma reflexão filosófica proposta pelo pensador *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770-1831), nota-se que o mesmo procura abordar o conteúdo da história a fim de que o homem compreendesse a sua própria existência, bem como a existência e necessidade do Estado (2001, p.88).

O autor Carlos Prado (2010, p.170), invoca o entendimento de Hegel, segundo o qual o Estado deve ser compreendido como uma cultura ou civilização, portadora de uma liberdade de forma organizada, que não pode ser confundida com licença e que só é possível por meio do Estado. Assim, o Estado é visto como um garantidor da harmonia social, incluindo com isso a memória de vida de um povo, bem como o seu ambiente e condições promovidas por esta liberdade organizada sendo oferecida pelo Estado.

Hegel defende um novo método de estudar a história do mundo com vistas à formação do Estado. Por esse motivo, merece transcrição (2001, p. 88):

A finalidade do Estado é fazer prevalecer o material e se fazer reconhecer nos feitos reais dos homens e nas suas convicções. É de interesse absoluto da Razão que este todo moral exista; é nisto que está à justificação e o mérito de heróis que fundaram Estados – não importa quão primitivos fossem.

Desta forma, Carlos Prado infere do texto de Hegel que o seu posicionamento visa finalidade do Estado quanto à proteção da vontade coletiva da maneira mais democrática possível, viabilizando assim, que os indivíduos satisfaçam seus

objetivos do Espírito no mundo para que a sociedade se faça completa (2010, p.105).

Destarte, a reflexão proposta pelo o autor é pelo reconhecimento de um Estado que faça prevalecer suas regras, porém, resguardando os direitos à proteção coletiva, de modo que esta proteção satisfaça os objetivos do espírito no mundo, com vistas à vontade não só pessoal e individual, mas principalmente coletiva de uma sociedade.

Sendo assim, os interesses individuais não devem se sobrepôr à vontade coletiva, e que o papel do Estado é o de exercer esse controle a fim de que essa vontade coletiva não se transforme num consenso coletivo que iniba a liberdade da maioria em detrimento da minoria.

A partir disso, exsurge a preservação da história de um povo quanto a sua manutenção, promovendo nos membros de grupos formadores de uma sociedade, a sua história, sua cultura que deve ser partilhada por todos os seus membros, na coesão de uma sociedade que constitua não apenas o seu aspecto individual e pessoal, mas também nacional (MARCONI; PRESOTTO, 2008, p. 37).

Assim, na estrutura organizacional do poder, o Estado concretiza a ordenação econômica, política e cultural, através de variados meios de comunicação social, sejam eles internos e externos, devendo ter sempre o cuidado em observar que esse poder atualmente mais manipula do que reprime. (VANNUCCHI, 2006, p.65).

Sempre haverá críticas ao poder estatal, entretanto, poucos recusam as suas benesses, pois todos querem direitos básicos que são constitucionalmente previstos, inclusive a preservação do patrimônio cultural, garantido pelo Estado Democrático de Direito (VANNUCCHI, 2006, p.65).

Diante disso, é indubitável a presença do Estado para regular as relações dos membros de determinado grupo social. Apesar dessa realidade, tem-se que, na maioria das vezes essa mesma presença torna-se questionável e questionada, porém, é necessária essa detenção de poder pelo Estado, para que a finalidade de regulação seja cumprida.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

Foi a partir da década de 1920 que o Brasil começou a ter um debate político mais relevante a respeito da proteção de bens de valor histórico e artístico, demonstrando assim, a problemática da salvaguarda do bem cultural⁵, seja ele material ou imaterial. No século XVIII, na era Colonial, já se podia verificar certo comprometimento da administração pública com o patrimônio histórico (FERNANDES, 1995, p. 41).

Francisco Rodrigues, ao mencionar em seu trabalho o fato de a Constituição de 1824 tratar da criação do Arquivo Imperial, que tinha como finalidade guardar os originais das leis, invoca o discurso de José Ricardo Oriá Fernandes, quando o mesmo discorre sobre a evolução histórica constitucional de proteção ao patrimônio cultural, descrevendo a compra da casa onde faleceu o Dr. Benjamin Constant, um dos líderes do movimento republicano, para a Nação (RODRIGUES, 2008, p. 127).

Contudo, o momento que marcou o debate acerca da valorização e proteção do patrimônio cultural no Brasil, com um alcance maior pela sociedade, sem dúvida alguma, foi com o Movimento Modernista de 1922 (século XX), em que o cerne de discussões era a proposição de uma revolução artística, na qual criticava os modelos atuais da época (Parnasianismo e Simbolismo⁶), bem como sua a linguagem acadêmica (SOUSA NETO, 2012, p. 17).

A Semana de Arte Moderna no Teatro Municipal de São Paulo, em 1922, teve como características: o nacionalismo, a busca de uma linguagem brasileira, mais popular e coloquial, ironia, humor, piada, revisão crítica de nosso passado histórico-cultural e síntese na linguagem. Assim, a reflexão artística proposta pelos expoentes desse movimento como Mário de Andrade – como principal articulador - Oswald de Andrade, Manuel Bandeira, Tarsila do Amaral, entres outros, teve uma preocupação com a construção da identidade nacional. Essa preocupação refletiu com a

⁵ Salvaguardar significa proteger, conservar e preservar. Assegurar a permanência da memória de um povo e sua cultura. (IPAC, 2017).

⁶ Academia Brasileira de Letras, 2017 p. 11: Parnasianismo: manifesta-se no final da década de 1870. Preocupa-se com a forma e a objetividade, ou seja, com objetividade temática com culto à forma, representada nos sonetos, formado pela trindade parnasiana, Olavo Bilac, Raimundo Correia e Alberto de Oliveira. Já o Simbolismo começa em 1893 se estendendo até a Semana de Arte Moderna de 1922, refletindo um momento histórico, que marcaria a transição para o século XX.

preservação do patrimônio cultural por meio da emissão de instruções complementares que instituiu valores capazes de formar essa identidade de caráter nacional, tais como: o valor nacional que é a herança do povo, formação dos símbolos da nação a partir do seu patrimônio; o valor econômico no qual monumentos são comparados à manufatura gerando políticas públicas específicas voltadas para exploração financeira que o patrimônio possui, como por exemplo, o turismo (SOUSA NETO, 2012, p.18).

José Soares de Sousa Neto (2012, p. 19) acrescenta ainda que:

O Estado de Minas Gerais possui um importante papel na evolução histórica de patrimônio cultural no Brasil, quer seja pela quantidade de monumentos de importância arquitetônica e artística, quer seja pela atuação de mineiros no Poder Público, tanto no âmbito de seu território quanto na direção do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN). A sua arquitetura barroca e suas obras de arte fizeram Minas Gerais ser admirada pelos modernistas.

Partindo do quanto exposto, é possível suscitar ainda, o valor cognitivo ou educativo que os monumentos históricos são portadores, como os casarões que são testemunhos da história a qualquer tempo (história política, das artes, das técnicas utilizadas, dos costumes), podendo os mesmos, inclusive, serem usados para a finalidade de pesquisa, de formação do civismo de forma profissional e pedagógica. Além disso, nota-se também, o valor artístico desses elementos, com uma imprecisão a respeito de sua conceituação e ainda recente noção de estética, mas que baseia - se em sua importância pedagógica para a formação dos artistas (SOUSA NETO, 2012, p.18).

No tocante ao tema em comento, mas já na década de 1960, merece recorte as edificações, as quais segundo o entendimento da autora Françoise Choay, deve ser objeto de destaque (2001, p. 18):

A partir da década de 1960, os monumentos históricos já não representam senão parte de uma herança que não para de crescer com a inclusão de novos tipos de bens e com o alargamento do quadro cronológico e das áreas geográficas no interior das quais esses bens se inscrevem.

Sob o ponto de vista jurídico e histórico, é possível verificar as primeiras manifestações de pretensão à preservação histórico-cultural, mas ainda de forma muito incipiente, a partir da elaboração dos primeiros projetos de lei. A Constituição de 1891 situava-se em um período em que a propriedade era vista de forma

absoluta, ou seja, isenta de qualquer concepção abrangente a esse respeito (PEREIRA, 2009, p. 24).

É possível notar que, essa Constituição encontrava-se amparada em uma estrutura normativa que não detinha qualquer ideologia comunitária, social, do conceito de propriedade. Em sendo assim, o ser proprietário era detentor do espírito mais mesquinho e individualizado, que se possa imaginar, não permitindo, portanto, uma intervenção por parte do Estado para o uso do bem público.

Somente mais tarde com o Código Civil de 1916, que foram propostos projetos de lei não apenas para a criação de um ente específico na defesa do patrimônio e de medidas de salvaguarda, o que na época tornar-se-ia inviável por limitar o direito individual de propriedade (PEREIRA, 2009, p. 24).

É nesse contexto individual que se iniciou a concepção de propriedade, e as dificuldades enfrentadas pelo Estado para realizar intervenções que se fizessem necessárias para a garantia da utilidade pública do bem.

Quanto ao panorama do direito internacional sobre o patrimônio cultural no Brasil é importante destacar a participação da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Até meados do século XIX, não havia tratados e convenções internacionais sobre a proteção universal dos bens culturais⁷.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 foram determinantes para salvaguarda do patrimônio cultural no plano internacional. A proteção a esse patrimônio se confunde com a história da organização das nações Unidas, a partir de recomendações e convenções com a criação da Organização das Nações Unidas para Educação, ciência e cultura UNESCO (SOUSA NETO, p. 12).

A UNESCO promoveu a Convenção para proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, em 1972, nas discussões sobre educação, cultura e meio ambiente, guiando o entendimento atual sobre o tema, que repercutiu à Constituição Federal de 1988, foi determinante no sentido de direcionar a tratativa sobre o momento

⁷ Nos anos de 1899 e 1907 são realizadas as Conferências de Haia a fim de se respeitarem regras universais de conduta dos Estados em períodos de guerra. Os Estados estavam impedidos de atacar hospitais que abrigassem bens culturais. Contudo, o primeiro marco internacional de proteção de bens culturais em tempo de paz ocorreu com o Tratado para proteção dos Monumentos e Instituições Culturais de 1935, também conhecido como Pacto Roerich, e que foi assinado por 21 Estados presentes na Sétima Conferência Internacional Americana da União Panamericana (CORDIDO, 2014, p. 53 e 54).

histórico do patrimônio cultural no Brasil, e na visão de Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz (2016, p.62), ele afirma ainda que:

Dentre alguns documentos que se destacam no contexto internacional e refletiram diretamente a nova política constitucional de cultura no Brasil, estão a Carta de Veneza, de 1964, o documento de Quito, de 1967; a Convenção para Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, de 1972; a Convenção de Estocolmo, de 1972; a Carta de Machu Picchu, de 1977; o Tratado de Cooperação Amazônica, de 1981, e dentre outras não menos relevantes, que merecem ser mencionadas no decorrer deste trabalho.

A Convenção de 1972 teve duas preocupações: a diversidade cultural e a degradação ambiental. Ruth Maria de Barros Reicao Cordido (2014, p. 56), entende que “de acordo com a Convenção um bem é declarado como patrimônio cultural da humanidade quando for monumental e excepcional, porém não menciona o valor imaterial do bem para a comunidade”.

Esta Convenção foi ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 74/1977, entrando em vigor com a promulgação do Decreto nº 80.978/1977⁸.

A Carta de Veneza de 1964, decorrente do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, foi outro marco histórico entre os profissionais de proteção do patrimônio cultural, ampliando a concepção do monumento histórico para além do objeto arquitetônico, em que se deu uma abrangência de ambiente urbano ou paisagístico de valor histórico.

A proteção de um bem valorado como cultural pelo ordenamento jurídico nem sempre foi uma realidade. Historicamente, o homem tentava proteger o seu patrimônio cultural destruindo o dos outros e impondo o seu. Posteriormente, os povos começam a incentivar a produção e tutela dentro de seus domínios territoriais, apesar de recorrerem sempre à imposição de sua cultura, até chegar à existência de um ordenamento jurídico nacional, que prevê a proteção do bem cultural e a assinatura de tratados internacionais sobre a matéria (QUEIROZ, 2016, p. 41).

Sob o ponto de vista jurídico e histórico, é possível verificar as primeiras manifestações de pretensão de preservação histórico-cultural, a partir da elaboração

⁸ O Portal do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico Artístico e Nacional (2001, p. 2/4) descreve quanto ao Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977, que promulga a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972. Adotando no Capítulo I: Definições do Patrimônio Cultural e Natural – artigos 1º - 3º; Capítulo II: Proteção Nacional e Proteção Internacional do Patrimônio Cultural e Natural – artigos 4º - 7º, dentre outros.

dos primeiros projetos de lei, os quais passarão a ser analisados nessa oportunidade de realização desse trabalho.

Como já exposto anteriormente, o debate que foi relevante a respeito da proteção do patrimônio cultural no Brasil, foi na década de 1920. Assim, três fatores contribuíram para a evolução histórica do conceito de patrimônio cultural no Brasil, nesses termos, tem-se a Semana de Arte Moderna em 1922, o Estado Novo e a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-SPHAN (SOUSA NETO, 2012, p. 20).

O Deputado Federal Jair de Lins (Minas Gerais) apresentou em 1925 um projeto de lei que não logrou êxito, contudo, sua proposta foi reconhecida, posteriormente, pelo atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, correspondendo a um dos projetos que teve maior repercussão à elaboração do Decreto-Lei nº 25/1937.

Apesar de não ter logrado êxito, como mencionado, o mesmo foi fundamental para suscitar a necessidade de proporcionar ao país o seu posicionamento face à defesa de seu patrimônio histórico-cultural, com abrangência ao acompanhamento da corrente das nações modernas e civilizatórias (PEREIRA, 2009, p. 23).

Em relação ainda a essa finalidade perseguida quanto à proteção em comento, deve mencionar as propostas de leis federais e estaduais que surgiram posteriormente, sem, no entanto, as mesmas também não terem logrado êxito.

É importante salientar ainda a citação da Carta Magna de 1934, em relação ao patrimônio histórico e artístico, presente em seu artigo 10, III⁹.

No entanto, as ditas propostas tiveram o objetivo de fomentar o debate político e social a cerca do patrimônio histórico e cultural, que foi incorporado mais adiante pelo Decreto-Lei nº 25/1937.

A Constituição de 1937, por sua vez, inovou ao introduzir em seu texto a ampliação de competência quanto aos municípios, para a realização dessa proteção do patrimônio cultural, ocasião em que, foi estabelecido o Decreto em comento. Sendo esse período constitucional, referente à chamada “Era Vargas”, na qual foi marcada por um governo centralizador e autoritário (CORDIDO, 2014, p. 20).

⁹ Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; IV - promover a colonização;

O Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 dispõe, essencialmente, sobre a organização e a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Desta forma, a partir da análise dos dispositivos do mencionado instrumento legal, nota-se o reconhecimento e destaque atribuído ao patrimônio histórico e artístico, ao relacioná-lo ao interesse público, justificando essa realidade com base nos fatos memoráveis da história do Brasil, ou ainda pelo valor relevante de natureza arqueológica ou etnográfico, bibliográfico ou artístico¹⁰.

O referido Decreto estabelece acerca das regras de tombamento previstos em seus artigos, os quais versam sobre as modalidades em que esse instituto se apresenta, devendo atuar na polêmica questão acerca da propriedade privada, que será estudada mais adiante.

O papel do patrimônio histórico-artístico traz uma importância significativa para a memória de um povo, não apenas quando remete a história da humanidade, como também na promoção e realização de valores pedagógicos fomentados de forma intrínseca e extrínseca, que compõe o patrimônio na medida em que os bens móveis e imóveis devem ser expostos total ou parcialmente, de forma catalogada e organizados, com a responsabilidade da administração pública, por esta conservação, tendo a União e os Estados o direito de preferência em sua aquisição. (PEREIRA, 2009, p.23).

O deputado Jair de Lins, mencionado acima, acolheu o conceito de propriedade no que toca a sua função social, limitando o interesse individual, justificado por um interesse ainda maior da sociedade que se faz necessário quanto à preservação do bem, sendo ele material e imaterial (CORDIDO, 2014, p.42).

Em 1930, o então deputado federal José Wanderley de Araújo Pinho (Bahia) apresentou também seu projeto de lei, dispondo sobre a defesa do patrimônio histórico-artístico, sendo na época não analisado em virtude do golpe de Estado ocasionado naquele período. Destaca-se nesse período com o projeto de lei elaborado por Mário de Andrade, em que ele já demonstrava a sua preocupação em relação aos efeitos jurídicos por meio do instituto de tombamento, bem como as

¹⁰ Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

suas sanções impostas em caso de eventuais danos ocasionados ao patrimônio histórico e artístico nacional (CORDIDO, 2014, p.42).

É importante frisar, que esses efeitos jurídicos previstos posteriormente pelo Decreto-Lei nº 25/37, por meio desses projetos, no decorrer da história, só reforçou as medidas propostas de restrições que são impostas ao exercício do direito de propriedade, com a obrigação de cuidado do bem pelo proprietário, demonstrando com isso que o tombamento tem por finalidade conciliar o direito individual de propriedade e o interesse público de preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro.

2.4 A RELAÇÃO ENTRE O INSTITUTO JURÍDICO DO TOMBAMENTO E A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Ao dissertar sobre o conceito de Tombamento é importante destacar sobre a intervenção do Estado na propriedade privada, pois o tombamento é uma das suas modalidades de intervenção.

Até a fase liberal do Estado de direito, a propriedade privada tinha um caráter absoluto, conforme já afirmado acima, por meio da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, na qual refere à propriedade como um direito sagrado e absoluto. Merece transcrição, as palavras da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao se referir sobre o instituto mencionado acima, “é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária” (2015, p. 180).

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a propriedade além de atender aos interesses do proprietário, passa a deter também a função social da propriedade.

No entanto, esta função social não deverá ser considerada como um meio de exclusão do direito do proprietário, diante da observação das diretrizes que são exigidas legalmente para a proteção do bem cultural, promovendo com isso, a sua preservação, em benefício da coletividade (DI PIETRO, 2015, p. 170).

Atualmente, a propriedade não só atende o direito do proprietário, como defendido, mas deverá também observar a função social que está prevista, constitucionalmente, nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII¹¹; art. 170, III¹²; art. 182, §2¹³ e o art.184¹⁴. Assim, se a propriedade tem a sua função social, o ente público, tem o dever de fazer com que ocorra esse cumprimento de forma efetiva, por meio da intervenção.

A intervenção deve ser compreendida como toda ação estatal que restringe ou retira direitos dominiais do proprietário para garantir a satisfação do interesse público, tendo como fundamento o Princípio da Função Social da Propriedade e o Princípio da Supremacia do Interesse Público, “incluída entre os princípios da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, III); porém, tem seu alcance delimitado”. (DI PIETRO, 2015, p. 170)¹⁵.

Diante da análise do contexto contemporâneo em relação ao instituto, objeto do presente trabalho, é possível verificar a ineficácia social do procedimento eleito para que o mesmo se realize na prática. Desta forma, observa-se que esse fato decorre do dever de praticar medidas preventivas impostas pelo Decreto-lei Nº 25/37 (e demais normas jurídicas) ao Poder Público e ao proprietário, sendo o instituto de tombamento reconhecido pelo ordenamento jurídico por meio da norma supracitada.

Diante dessa reflexão, exsurgiu a necessidade de estudar o presente assunto, visando à garantia de preservação do bem tombado, porém, com normas que deem real efetividade na promoção da proteção do bem cultural.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade;

¹³ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

¹⁴ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

¹⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, Lei 9.784, de 29 jan. 1999).

Portanto, nota-se a assunção da relevância jurídico-social de expressiva importância, no tocante ao assunto do tombamento. Desta forma, no aspecto jurídico verifica-se a necessidade de fixar os efeitos da ineficácia social do procedimento de tombamento sendo estes questionados, uma vez que, diante de um sistema normativo que não informa nitidamente as consequências de determinadas condutas prestadas pelo Poder Público, ao qual desperta significativo interesse sobre o estudo no ramo do Direito Administrativo.

Sendo assim, decorre o questionamento quanto à necessidade de preservar e conservar a identidade de um bem cultural, no caso mais específico em relação às edificações. E, como resultado, é preciso observar se há de fato, a ineficácia social da norma jurídica (Decreto-lei nº 25/37), em relação aos efeitos jurídicos do tombamento, visto seus objetivos institucionais.

Haja vista que o ordenamento jurídico reconhece os efeitos do tombamento, que consiste no dever de conservação da identidade do bem, quanto à obrigação de fazer e não fazer, desde o seu procedimento até os efeitos desse instituto frente ao proprietário e o ente público (DI PIETRO, 2015, p. 167).

Destarte, constitui o dever do Estado, promover a adequada aplicação e execução das diretrizes legais conferidas ao tombamento, compatibilizando os interesses do proprietário e do Poder Público no dever de proteção do patrimônio, quanto às medidas preventivas ao bem tombado, a fim de propiciar sua conservação em prol da coletividade. A preocupação sempre será de como se deve preservar e quais as consequências técnicas das ações do indivíduo como ser participante e atuante na sociedade para um alcance mais profundo e eficiente quanto a sua vivência dentro de um determinado grupo social (NASCIMENTO, 2011, p.12),

Essa preocupação deve ser aberta com a participação da comunidade, além disso, mais que uma pesquisa acadêmica que demonstra a necessidade de preservação, há uma sistematização dos testemunhos revelados, a partir dos estudos de caso, que devem demonstrar a necessidade de se colocar tais estudos à disposição dos entes públicos, com a finalidade de construir e disponibilizar medidas que sejam realmente eficazes em conjunto com o meio social na qual se insere.

2.5 A EDIFICAÇÃO COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL, SOB A ÉGIDE DO PODER PÚBLICO

Diante do quanto exposto na evolução histórica e jurídica que permitiu o reconhecimento da relevância do patrimônio cultural e artístico como bem a ser tutelado pelo Estado e, antes de qualquer coisa, pela sociedade, faz-se necessário analisar, visando o alcance do objetivo traçado para esse trabalho, descrever a definição de monumento, como elemento primordial à história da humanidade, sendo componente de um acervo que passa a ser detentor de *status* constitucional.

Esse recorte temático a ser realizado, ou seja, o papel desempenhado pelas edificações no contexto do patrimônio cultural como um todo, merece destaque, conforme salienta Françoise Choay ao afirmar (2001, p.18) que:

Entre os bens incomensuráveis e heterogêneos do patrimônio cultural, escolho como categoria exemplar aquele que se relaciona mais diretamente com a vida de todos, o patrimônio histórico representado pelas edificações.

A partir desse posicionamento, a autora demonstra a relevância dessa categoria patrimonial, ao relacioná-la direta e imediatamente com a vida, o cotidiano dos indivíduos sociais como um todo.

Diante da notória composição ao acervo patrimonial tendo adquirido proteção constitucional, deve-se de logo, haver preocupação quanto às medidas e conceitos que deverão ser aplicados a essa realidade, a fim de salvaguardar o bem jurídico tutelado pelo Estado Democrático de Direito, que a partir desse cenário só confirma a nova face assumida, se comparado com as do passado.

O valor artístico e estético presente nas edificações tem um critério que acompanha o conceito de monumento. Entretanto, esses valores não devem ser excludentes entre si, pois merecem a proteção institucional, apesar de nem sempre se dirigirem a mesma finalidade (CORDIDO, 2014, P. 26).

Segundo Françoise Choay (2011, p. 27), o significado de patrimônio cultural mundialmente conhecido pelas instâncias públicas, bem como pelos seus gestores que trabalham com o turismo, precisa ser esclarecido, para que não se transforme em mais uma memória apenas de valor informativo ou de um termo sem referências.

Desta feita, faz-se necessário quebrar a visão institucionalizada sobre o patrimônio para que este ganhe contornos mais próximos do ambiente construído, misturando patrimônio antigo, recente e futuro (CORDIDO, 2014, P. 27).

Françoise Choay descreve ainda, que o monumento deve ser um marco dessa passagem da humanidade no espaço físico, e define o seu termo (2001, p.12):

Para definir o termo “monumento”, reportar-nos-emos à sua etimologia. Ele deriva do substantivo latino *monumentum*, fruto do verbo *monere*: “advertir”, “lembrar à memória”. Chamar-se-á então “monumento” todo artefato (túmulo, tumba, poste, totem, construção, inscrição...) ou conjunto de artefatos deliberadamente da natureza e das dimensões (da família à nação, do clã à tribo, da comunidade de crentes àquela da cidade...), a fim de lembrar, para a memória viva, orgânica e efetiva dos membros, pessoas, acontecimentos, crenças, ritos ou regras sociais constitutivos de sua identidade.

O monumento histórico como tudo o que a história agregou valor se associa ao conceito de documento histórico. Não sendo feito para ser monumento, mas adquirir valor documental com o passar do tempo, devendo ser resguardado como testemunho a gerações futuras. Sua essência encontra-se justamente na relação entre o tempo passado e a memória, funcionando como “representações ou ícones de um passado atemporal, dentro de um sentido de eternidade” (NASCIMENTO, 2005, p. 03).

Waisman (1997, p. 29-30), alerta que o monumento histórico não deve ser compreendido apenas como uma obra arquitetônica, considerando-o isolado de sua condição. Ao contrário, deve ser estudado e tratado como um conjunto no qual coexistem a matéria e sua organização, os significados culturais e os valores estéticos revelando com isso a sua memória social. Não resta dúvida de que nada no universo existe sem ao menos manter alguma articulação com aquilo que o rodeia. Sendo assim, o elemento patrimonial somente adquire seu sentido se estiver relação com o seu entorno (NASCIMENTO, 2005, p. 03).

Assim, o monumento deve ter seu marco material demonstrado pela identidade física, com a finalidade de declarar a sua importância simbólica à história de um bem, seja ele individual ou coletivo, não perdendo a sua função de memória a ser definido pelo contínuo diálogo entre o passado, presente e futuro.

2.5.1 Propriedade privada e sua Função Social

A propriedade privada assume uma nova face na Constituição de 1988, apesar da mesma estar prevista no dispositivo que protege os direitos e garantias do homem na sociedade, o texto constitucional, não deixa de desempenhar um papel paralelo, ou seja, ao mesmo tempo em que defende a propriedade como garantia individual, estabelece limites, para que a mesma sirva para os propósitos públicos.

No alcance desse controle, pretendido pelo texto constitucional, a fim de se alcançar esse propósito de caráter comunitário, social, é que se menciona a existência do desempenho de uma função de caráter social que deverá ser imposta à propriedade privada.

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a propriedade além de atender os interesses do proprietário, deverá atender a função social da propriedade. Mas esta função não exclui o direito do proprietário, desde que este observe as diretrizes legais da proteção do bem cultural, promovendo a sua preservação em benefício da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 trata diretamente do direito de propriedade em vários artigos. A propriedade e a sua função social são tratadas no art. 5º, incisos XXII, XXIII¹⁶, bem como no art. 170, incisos II e III¹⁷. A Magna Carta também trata de forma diferenciada a propriedade urbana (art. 182) e a propriedade rural (art. 186), estabelecendo, a respeito da função social da propriedade, critérios específicos para cada regime proprietário. O Código Civil de 2002 também contempla em seu artigo 1.228, §1º¹⁸, dando tratamento inclusivo como matéria de ordem pública¹⁹ (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 06).

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

¹⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 165) entende:

A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evolui do sentido individual para o social.

O Instituto do patrimônio Artístico e Cultural da Bahia descreve sobre a importância da função social da propriedade, no sentido de salvaguardar a memória de um povo (IPAC, 2015, p. 07):

A lei de proteção do patrimônio histórico e artístico, no Brasil, foi regida pelo princípio do interesse coletivo. A Constituição de 1934 instituiu, pela primeira vez, a função social da propriedade como um princípio constitucional. Nela, foi estabelecido que o direito de propriedade, embora garantido, não poderia ser exercido “contra o interesse social e coletivo, na forma que a lei determinar”. Fundamentado no interesse cultural da sociedade, o Estado pode criar restrições ao usufruto do direito de propriedade de determinado bem, visando à manutenção dos valores nele reconhecidos como dignos de preservação. Por outro lado, estabelece um reconhecimento público que possibilita aos proprietários melhor acesso às diversas fontes de financiamento.

Seguindo esse raciocínio, tem-se que para se alcançar o cumprimento dessa função mencionada atualmente, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, alguns limites deverão ser obedecidos de acordo a suas peculiaridades, tanto que, é feita a distinção de tratamento a ser dispensado desde a propriedade urbana até a rural.

A título de exemplo vale citar, os ensinamentos doutrinários de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 171), lecionando quanto às exigências a serem cumpridas pela propriedade urbana, conforme os termos do art. 182, §2º²⁰ e o art. 183²¹, *caput*,

do poder de quem injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁹ Art. 2.035 [...]

Parágrafo único: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Esse artigo estabelece que a função social da propriedade tem tratamento de preceito de ordem pública, não podendo ser objeto de convenção das partes para o seu atropelo.

²⁰ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

²¹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família,

previstos constitucionalmente, utilizando como parâmetro de observação dessa função, a obediência ao Plano Diretor, o qual rege a ordenação obrigatória das cidades compostas por mais de 20.000 habitantes, sendo considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O Princípio da função social da propriedade, que tem prevalecido atualmente, autorizando não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar fazer. Hoje, pela Constituição, a obrigação de fazer, expressa no artigo 182, § 4º²², consiste no adequado aproveitamento do solo urbano (DI PIETRO, 2015, p. 165).

Da mesma forma, segue a jurisprudência pátria, ao considerar a função social da propriedade como bússola de legitimidade nas ocupações e relações de propriedade que são objetos de litígios judiciais²³.

Em sendo assim, é notória essa evolução, visto que, a propriedade deixa de satisfazer anseios meramente individuais, para adotar uma proporção que abrange as peculiaridades do homem como integrante de um meio social, coletivo, devendo assim, se render às exigências que decorrem dessa realidade.

adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

²². § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios;

²³ Ementa: IPTU PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - FINALIDADE EXTRAFISCAL – NECESSIDADE DE LEI NACIONAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A Constituição Federal de 1988, ao delinear o esquema normativo pertinente ao IPTU, contemplou a possibilidade de essa espécie tributária ser progressiva, em ordem a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (CF, art. 156, § 1º e art. 182, §§ 2º e 4º II). O discurso normativo consubstanciado nesses preceitos constitucionais evidencia que a progressividade do IPTU, no sistema instaurado pela Constituição da República, assume uma nítida qualificação extrafiscal - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a única progressividade admitida pela Carta Política, em tema de IPTU, é aquela de caráter extrafiscal, vocacionada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, desde que estritamente observados os requisitos fixados pelo art. 156, § 1º e, também, pelo art. 182, § 4º, II, ambos da Constituição da República. Precedente (Pleno). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 590360 ES. DJ 30 jun. 2011). Ementa: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CONSTRUÇÃO EM ÁREA IRREGULAR. DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSENTE O CARÁTER POSSESSÓRIO. 1. Não há motivos para o indeferimento da petição inicial, com fundamento na inadequação procedimental e inexistência de interesse de agir, quando a questão suscitada não tratar de questões meramente possessórias, mas sim de direitos constitucionais mais amplas, como o direito à moradia e a função social da propriedade. 2. Recurso conhecido e provido. sentença cassada. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20140110097747, DJ 10 jun. 2014).

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2007, p. 197):

A Função Social procede do latim *functio*, cuja acepção é cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade, exprimindo a finalidade de um modelo jurídico. É inerente ao direito subjetivo de propriedade, equivale dizer que o proprietário deve atuar pautado na obrigação de fazer, ou seja, impulsionar de forma racional sua propriedade, satisfazendo seus anseios econômicos ao mesmo tempo em que promove o desenvolvimento social e econômico da coletividade, promovendo, assim, justiça.

Destarte, hoje a propriedade deve atender a sua função social, ou seja, a propriedade individual cede espaço ao viés funcionalizado, abandonando sua postura individualista e absoluta, visto que esse caráter em nada se relacionava com a coletividade.

Vale salientar que o sistema jurídico brasileiro estabeleceu como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III), a Solidariedade Social (artigo 3º) e a Igualdade Substancial (artigos 3º e 5º), além da Erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos (artigo 3º, III e IV). Assim, a Magna Carta realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, no qual redefiniu os seus espaços, antes estanques e isolados. Tanto o direito público, quanto o privado, devem obediência aos princípios fundamentais, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana. Entretanto, percebe-se atualmente que muito pouco se tem feito neste sentido, muitas vezes observa-se a forma irracional como o assunto ainda é tratado (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 06).

No tocante aos princípios relacionados à função social da propriedade, conforme preleciona Fredie Didier Júnior (2008, p. 03):

A propriedade privada e a sua função social são dois dos princípios que regem a ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição da República, que estruturam a regulação da chamada iniciativa privada. Princípios que, em análise apressada, poderiam ser entendidos como antitéticos, na verdade se complementam, sendo a função social, atualmente, vista como parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, seu outro lado – só há direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social. A positivação constitucional destes princípios demonstra uma tentativa de unir dois extremos da história jurídica: o clássico direito de propriedade e a sua nova feição, caracterizada pelo desenvolvimento teórico de sua função social.

A propriedade continua sendo assegurada como direito individual. Contudo, é ainda, privada formalmente, porém, social materialmente, como afirma Cristiano Chaves e

Nelson Rosenvald (2007, p. 232) “é privada na forma e estrutura, pois o domínio é exclusivo, mas é social na destinação e controle de legitimidade e merecimento”.

É possível então, inferir de todo exposto que, a função social da propriedade privada tornou-se parâmetro apto a estabelecer limites legítimos ao uso do direito de propriedade, já que confere ao respectivo usuário a obrigações de fazê-lo conforme as diretrizes sociais assumidas pelo Estado, nos termos da Constituição Federal de 1988.

2.5.2 Medidas de Prevenção Impostas pelo Decreto-Lei nº 25/1937

As medidas impostas pelo Decreto-Lei nº 25/1937, implica em assegurar que os bens culturais materiais devem ser preservados de forma que a sua utilização não venha a acarretar a sua degradação com o passar dos anos.

A redação dada pelo Decreto-Lei quanto ao tombamento dos bens culturais materiais, incluem os imóveis de importância histórica, os conjuntos paisagísticos, as obras de arte, mobiliário e locais relevantes culturalmente para determinado grupo de pessoas. Tudo isso com o “objetivo de proteger tais bens de intervenções que os descaracterizem, como as fachadas das edificações que não podem ser modificadas quando tombadas” (LEONEL, 2008, p. 03), mas não significa que este imóvel não venha a ser tombado como um todo.

O referido Decreto dispõe ainda acerca da tributação do bem tombado, no qual fica isento do IPTU – Imposto Predial Territorial e Urbano. Além disso, não há licença para construir ou reformar um bem tombado. O que existe é uma Autorização. “ato administrativo unilateral, de cunho específico, em relação a uma situação concreta” que é destinado a facultar a um particular, o desempenho de atividades privadas dotadas de relevância perante terceiros ou vinculadas à satisfação de um interesse coletivo, que em muitos casos, o desempenho da atividade autorizada e facultativa (JUSTEN FILHO, 2015, p. 610).

Esse ato é um dos grandes entraves enfrentados pelos proprietários desses imóveis, porque alguns casos, não há que se falar em reforma, mas em restauração, o que acaba tornando a sua realização inaplicável, face ao

engessamento por parte do instituto do tombamento, pois o bem a ser restaurado, acaba ocasionando um custo muito elevado, inviabilizando com isso o proprietário em realizar a obra.

Quando verificado, na maioria dos casos, que o proprietário não dispõe de recursos para custear a obra, face ao preço elevado da restauração, o próprio poder público responsável pela prevenção junto ao proprietário, acaba tendo que enfrentar essa mesma situação, por não poder realizar a manutenção adequada do imóvel, em virtude de escassez orçamentária.

Destarte, essa é uma das causas que degradam ainda mais a preservação do bem imóvel, sem falar na insegurança causada quanto à manutenção da preservação do bem em relação a sua identidade.

O autor Marçal Justem Filho (2015, p. 613), assevera a importância que se deve ter em relação a essa identidade:

A preservação da identidade dos bens tombados é dever não apenas do proprietário e possuidor. Também incumbe ao Poder Público adotar todas as providências que lhe caibam, necessárias a tanto. Assim, há um dever geral de fiscalização do Poder Público quanto à observância dos deveres derivados do tombamento.

Márcia Regina Martins Lima Dias descreve acerca da importância do tombamento, argumentando quanto aos seus efeitos (2011, p. 78):

Quanto aos efeitos oriundos dos atos se observa a sua importância no que tange ao uso e à alienação do bem, sendo vedada a sua demolição, destruição ou mutilação, devendo o proprietário conservá-lo de forma que mantenha as características culturais inerentes à proteção decretada, devendo solicitar prévia autorização para pintar, reparar ou restaurar.

Destarte, as medidas preventivas realizadas pelo Poder Público, por meio das normas legais, têm a finalidade de promover a consciência da preservação do patrimônio cultural, em que o proprietário deverá preservar o bem cultural, sendo este imprescindível de forma individual para o proprietário, bem como para toda coletividade, pois uma vez inviabilizados os recursos financeiros para as devidas reparações atrelada à omissão do ente público no dever conjunto de proteção a esse bem, todos sofrem um grande prejuízo, principalmente o coletivo social.

3 TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO DECRETO-LEI Nº 25/1937

A tutela do patrimônio cultural segundo a Constituição Federal de 1988, bem como pelo Decreto-lei nº25/37, pelo novo Estado sociocultural de direito, nascido a partir de 1988, tornou juridicamente legítimos, os anseios da sociedade (comunidade e indivíduos) que se empenhou, pela conquista da tutela legal do patrimônio cultural sendo este material ou imaterial.

Entretanto, não foi um desafio comum, equilibrado e igualitário entre as comunidades e o Estado, em função das inúmeras distorções, seleções, interesses, resistências a culturas e identidades. Mas o reconhecimento do pluralismo e da diversidade foi necessário, sendo uma realidade apesar de discursos e práticas contrárias, que podem ser vistos na atualidade.

Segundo Maria Cecília Londres Fonseca que descreve acerca da importância do patrimônio cultural como bem jurídico (2005, p. 35):

A cultura, portanto, se torna patrimônio através dos processos e práticas de construção das comunidades e do Estado. Um ato de atribuição de valor em que a coisa torna bem e esse bem se torna patrimônio, o qual, por sua vez, se torna patrimônio cultural e, por isso, passa a ser objeto de proteção jurídico-estatal.

A propriedade tem a sua função social, e o Poder Público tem o dever de fazer com que ocorra esse cumprimento de forma efetiva, por meio da Intervenção. No capítulo 2 do presente estudo, foi discutido acerca da propriedade privada e sua função social (2.5.1), e ao discorrer sobre o conceito de tombamento é importante salientar a questão da intervenção do Estado na propriedade privada, pois o tombamento é uma das espécies de intervenção. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, 180) entende que tombamento “é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária”.

Intervenção é toda ação estatal que restringe ou retira direitos dominiais do proprietário, para garantir a satisfação do interesse público, tendo como fundamento o Princípio da Função Social da Propriedade e o Princípio da Supremacia do Interesse Público, “incluída entre os princípios da ordem econômica, que tem por

finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (DI PIETRO, 2015, p. 170).

Atualmente no direito brasileiro, podem ser indicadas as seguintes modalidades de intervenção sobre a propriedade privada, que afeta de modo diverso o direito de propriedade: a ocupação temporária, a requisição administrativa; a servidão administrativa, as limitações administrativas, a desapropriação, o parcelamento e edificação compulsórios e por fim o tombamento – objeto desse estudo (DI PIETRO, 2015, p. 166).

Como tombamento é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, esse raciocínio é finalizado em seu conceito, como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p.180):

Empregado o vocábulo tombamento, o direito brasileiro seguiu a tradição do direito português, que utiliza a palavra **tombar** no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino guardados na Torre do Tombo (apud MEIRELLES, 2003, p. 543).

Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros de Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente a particular passa a ser considerado bem de **interesse público**; daí as restrições a que se sujeita o seu titular.

Quando o Estado intervém na propriedade privada, resulta de um processo evolutivo do próprio modelo estatal no contexto social que visa restabelecer o equilíbrio nas relações sociais. Assim, o estado contemporâneo assumiu o papel de estado do bem-estar, com a finalidade de assegurar a prestação de serviços essenciais e o aumento de sua abrangência de ação social, buscando amparar a sociedade, considerando que a própria cidade tenha o cunho de função social, onde os seus habitantes possam conviver de forma harmônica, respeitando os valores locais de cada sociedade (DIAS, 2011, p. 73).

O tombamento pode ser direcionado a determinado bem imóvel. Contudo, esse instituto não abarca apenas um imóvel, mas uma série deles, localizados numa mesma área, como sítios históricos, arqueológicos e núcleos urbanos, ou seja, um conjunto bens (IPHAN, 2017).

O autor José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 838), entende que “quando várias edificações de um bairro ou uma cidade são alvo de tombamento, tal procedimento

ocorre porque foi considerada cada uma delas como suscetível de proteção histórica ou cultural” (2015, p.838).

O Decreto-Lei nº 3.365/1941, que trata quanto aos efeitos oriundos do ato de tombamento, observa-se sua importância no que tange à alienação e ao uso do bem, vedada a sua demolição, destruição ou mutilação, sendo dever do proprietário conservá-lo de forma que mantenha suas características culturais inerentes à proteção, bem como no dever de solicitar prévia autorização para restaurar, pintar e reparar (DIAS, 2011, p. 78).

Nesse sentido, o instituto pressupõe proteção aos bens que têm valor artístico, paisagístico, histórico e cultural. É uma preocupação do constituinte com a conservação dos bens dispostos na própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216²⁴, incisos IV e V, § 1º, 3º e 4º.

Assim, quando o Estado intervém na propriedade privada para proteção ao patrimônio cultural, por meio do tombamento, o que se pretende é preservar a memória nacional, sendo que o aspecto histórico de um país seja reconhecido por todos e fazendo parte da cultura do povo, que representa a fonte sociológica de identificação dos fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais previstos na atualidade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 837).

O patrimônio cultural está presente no contexto social, e como bem jurídico, torna-se importante objeto de análise - a partir da intervenção estatal por meio do instituto do tombamento. Conseqüentemente, novas relações jurídicas que não foram pensadas quanto à elaboração dos instrumentos jurídicos de salvaguarda dos bens culturais, serão exigidos pela ordem jurídica uma reflexão mais apurada, com a finalidade de formular um aparato normativo que preste conta das questões que surgem com a prática institucional de órgãos criados para fins da tutela desse patrimônio (QUEIROZ, 2016, p. 42).

²⁴ 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: 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. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

O jusfilósofo Miguel Reale (2002, p. 64) destaca pela existência de dois elementos que se contrapõem o bem jurídico cultural: formado pelo objeto material, chamado de “suporte”, e um valor ou significado que lhe dá sentido, afirmando o autor “o ser do bem cultural é ser um sentido”. Assim, o olhar do patrimônio cultural pelo o Estado e a sua inserção no rol dos bens jurídicos dignos de proteção especial, leva-se em consideração a importância da proteção aos bens, enquanto suporte de memória de um povo.

Para retratar a constituição e desenvolvimento da tutela jurídica do patrimônio cultural, a doutrina estabeleceu as seguintes fases históricas: a fase do abandono que foi marcada pela ausência de políticas públicas institucionalizadas em prol do patrimônio cultura; posteriormente com o desenvolvimento do Estado, na Idade Moderna, visto agora com uma nova roupagem, com a legitimação em busca da preservação do patrimônio, não só pelos indivíduos, bem como pelo Estado Intervencionista; a fase da excepcionalidade e historicidade, com a ideia de proteção jurídica do patrimônio cultural, no século XIX, sendo pautada pela formulação de leis de proteção aos monumentos, ditos excepcionais e reconhecidos pela tutela estatal; e por fim, a fase da imaterialidade, reconhecido mais tarde, ganhando espaço no cenário internacional mediante ações encabeçadas pela UNESCO, que declarou a importância do patrimônio imaterial (QUEIROZ, 2016, p. 47).

Portanto, todas as fases configuram importantes referenciais para a compreensão do processo patrimonial dos bens culturais.

Além da base legal na atual Constituição Federal de 1988, várias Constituições (1934, 1937, 1967 e 1969), remetem ao instituto do tombamento. Dentre as fontes brasileiras acerca do tema e da proteção ao patrimônio histórico, artístico e cultural, destaca-se o Decreto-Lei nº25/37, que foi pensado principalmente para dar poderes à autarquia (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, atual IPHAN), recém-criado, que deveria atuar na questão da propriedade privada. Esse Decreto-Lei prevê em seu artigo 1º²⁵, a organização e proteção do patrimônio cultural (CORDIDO, 2014, p. 51).

²⁵ Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Diversos conceitos podem ser adotados para o instituto do tombamento. Segundo José Cretella Júnior (1975, p. 84):

É restrição parcial ao direito de propriedade, realizada pelo Estado com a finalidade de conservar objetos móveis e imóveis, considerados de interesse histórico, artístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico relevante. A restrição parcial do direito de propriedade localiza-se no início de uma escala de limitações [...].

Diante do exposto, o patrimônio cultural, delineado pela Constituição de 1988, possui uma enorme abrangência, em que a sua compreensão levaria o Estado proteger todas as atividades práticas, expressões, modos de vida, saberes e produções humanas existentes no universo cultural brasileiro. Desse modo, emerge a necessidade de seleção dos bens mais representativos da cultura (QUEIROZ, 2016, p. 48).

Sobre esse aspecto, Marcos Paulo de Souza Miranda aponta que “Sob pena de imobilizar a vida cultural, que possui natureza extremamente mutável e dinâmica, não significando a rejeição àqueles elementos não são objeto de tutela estatal” (2006, p. 53).

A proteção ao patrimônio cultural ocorre não no sentido de abrigar interesses exclusivamente individuais. A tutela vai além desses interesses, na medida em que essa proteção implica em interesses difusos e coletivos, ou seja, direitos transindividuais²⁶, das sociedades, sem haver um titular definido, mas estendido a todos como pressupostos da memória de um povo. Assim, pode o cidadão, sendo parte legítima, através de Ação Popular (instrumento de cidadania) - Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, o artigo 1º²⁷ caput e § 1º, propor a proteção do patrimônio cultural.

²⁶ São ações de proteção aos interesses transindividuais: ação civil pública e ação popular: A própria Constituição prevê, como instrumentos de tutela do patrimônio histórico, artístico e nacional: Art. 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, bem como a ação civil pública: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

²⁷ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 180):

A ação popular e a ação civil pública são mais úteis como formas de proteção, precisamente em relação aos bens ainda não tombados, porque, em relação a estes, as restrições e a fiscalização a que se sujeitam já têm por objeto dar-lhes adequada tutela.

A participação da sociedade na preservação do patrimônio cultural poderá ser verificada na apresentação de projetos de lei; na fiscalização de execução de obras e na proteção legal, através da propositura de lei municipal, os cidadãos podem apresentar projetos de interesse específico do município, desde que preencham os requisitos do art.29, XI²⁸ da Constituição Federal. Podendo ainda, fiscalizar a execução de obras que causam impacto ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural, acompanhando os estudos de impacto ambiental e seu relatório (EIA-RIMA - Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente), nos termos da legislação ambiental - Lei 6.938, de 31 de agosto 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente (DIAS, 2011, p. 76).

Desta forma, tem-se a verificação do desenvolvimento do Estado - por meio da Constituição Federal de 1988, de outros dispositivos legais, com a ampliação da sua gama de ações, que foram legitimadas ao longo do tempo, na busca pela preservação do patrimônio cultural, através do instituto de tombamento (objeto de estudo) e outras formas de acautelamento que o ente público se utiliza com a participação da sociedade.

Atualmente a noção acerca dessa preservação ainda mostra-se um tanto equivocada, na medida em que o olhar jurídico em função das transformações sociais precisa ser retroalimentado diariamente por políticas públicas culturais efetivas, num diálogo constante entre o ente público e a sociedade – o que normalmente não ocorre, em torno de um objetivo comum que é a promoção da tutela do bem cultural. Antônio Silveira Ribeiro dos Santos (2009, p.37) cita que “uma

receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. EIA-RIMA: Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente

²⁸ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XI - organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal.

nação que não conhece, não preserva e não valoriza seu patrimônio cultural é uma nação sem alma e sem sentido, que fatalmente estará a se extinguir”.

3.1 TOMBAMENTO: A FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E O DECRETO-LEI Nº25/1937

O art. 216 da Constituição Federal estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro o Estado Sociocultural e Democrático de Direito com a garantia ao patrimônio cultural, como direito de natureza fundamental, inovando seu ordenamento e indo de encontro ao conceito de patrimônio cultural trazido pelo Decreto-Lei nº 25/37, dividindo em dimensões: material e imaterial tomados individualmente ou em conjunto. A força normativa da Constituição estabelece a preservação do patrimônio cultural, sendo a responsabilidade repartida com a sociedade e o Poder Público, mas fazendo parte também outros intérpretes constitucionais no processo de aplicação das normas, a exemplo do Decreto supracitado, e demais institutos como instrumentos que visam assegurar as medidas de proteção do bem cultural (QUEIROZ, 2016, p. 64).

Para Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz a tarefa e desafios preconizados pela Magna Carta, sugerem que (2016, p. 86):

[...] a Constituição indica que a produção e o conhecimento de bens e valores culturais é tarefa de responsabilidade do Estado e da sociedade, cabendo ao primeiro tanto agir na promoção da tutela quanto oferecer incentivos aos setores privados para que tal tarefa se realize. À sociedade é atribuído um papel ativo e participativo na formação do patrimônio cultural brasileiro, já que tem o poder de conferir valores culturais (de referência) a bens ainda não selecionados e tutelados pelo Poder Público. (apud. SOARES, 2009, p. 125).

De fato, essa maior abertura dos procedimentos públicos, por meio do Direito, que possibilitam a participação dos envolvidos no processo de patrimonialização, detentores e produtores, fortalecem a concepção de uma cidadania ativa.

Da mesma forma Ruth Maria de Barros Reicao Cordido (2014, p. 76) entende:

À aplicação do tombamento, deve haver um juízo mais acurado das suas consequências econômicas a fim de que o Poder Público haja de modo equilibrado e dentro de um sistema de política pública cultural na qual se dividem as responsabilidades entre proprietários, Poder Público e sociedade (pode-se pensar nessa gestão em medidas compensatórias econômicas aos proprietários).

Nesse contexto, surge o instituto do tombamento constituindo numa espécie de intervenção da tutela cultural nominada com previsão constitucional no artigo 216, §1º da CF/88, ao lado das demais espécies de tutela. Porém, sendo instituído antes pelo Decreto-Lei nº 25/1937, como a primeira expressão do interesse público sobre a proteção do patrimônio cultural brasileiro, em vistas do interesse conjunto entre o proprietário, ente público e sociedade.

O Decreto-lei nº 25/1937 é o instrumento jurídico de tutela dos bens culturais materiais, por meio dele, o Estado pode utilizar seu poder de polícia²⁹ administrativa à proteção do bem. Esse Decreto passou por duas alterações em relação ao seu processamento. O primeiro foi pelo Decreto-Lei nº 3.866/1941, dispondo acerca do cancelamento do tombamento por meio do Presidente da República, e a segunda alteração pela Lei nº 6.292/1975, que introduziu a homologação ministerial no procedimento de tombamento (CORDIDO, 2014, p. 76).

Portanto, o sistema de proteção previsto no Decreto-Lei, não decorre automaticamente da lei, mas deve haver um procedimento administrativo em relação ao instituto, a ser descrito posteriormente no capítulo 4.

Apesar de não haver uma organização administrativa com recursos financeiros e pessoais que fossem suficientes para o desenvolvimento da política pública cultural - sendo este um problema recorrente que permeia a história de conservação do patrimônio cultural até hoje, o tombamento foi criado pelo Decreto-lei nº 25/1937, como um instrumento que somente atingia uma parte do que hoje se entende como patrimônio cultural material – os monumentos de valor excepcional e notórios. Assim, a medida protetiva era possível quanto à finalidade da política pública cultural (CORDIDO, 2014, p. 76).

Nota-se que a Constituição de 1988, se preocupou com a tutela do patrimônio cultural brasileiro, constituído pelos bens materiais e imateriais, como prescreve o artigo 216, caput e demais incisos.

²⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2015, p. 167), destaca que por meio da esfera do poder de polícia do Estado, o estudo da propriedade sai da órbita do direito privado e passa a constituir objeto do direito público e a submeter-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum, constituindo o instrumento pelo qual é assegurado o bem-estar da coletividade, mediante a restrição dos direitos individuais que com ele conflitem.

Quanto à valorização dos bens imateriais, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz (2016, p. 47) ressalta que:

O campo do patrimônio cultural ganhou espaço no cenário internacional mediante ações e programas encabeçados pela UNESCO, que declarou a importância dos bens culturais intangíveis que integram o patrimônio da humanidade. Antes de proclamar tal posicionamento, através da edição da Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e popular, de 1989, o Brasil, em caráter de vanguarda, já havia antecipado e consagrado, na Constituição de 1988, a proteção à dimensão imaterial do patrimônio cultural em seu art. 216, como direito fundamental.

A previsão constitucional, bem como diversas leis federais, dentre elas o Decreto-Lei nº 25/1937, promoveu ao longo dos anos uma política patrimonial que foi adotada para a análise de um instrumento que é o tombamento, criando autarquias, no sentido de atuar na polêmica questão de propriedade privada, com a finalidade de preservar o bem tombado na luta pelo reconhecimento do passado.

Contudo, preservar a imagem do passado, depende da manutenção do patrimônio cultural no presente, não permitindo que a atual situação de abandono e degradação de determinada área ou bem edificado não possam ser revitalizados, necessitando de urgência intervenção do ente público, em conjunto com a iniciativa privada e com o apoio de toda sociedade.

3.1.1 Princípios Constitucionais

A Constituição de 1934 citou pela primeira vez em condicionar o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social. A Constituição de 1946, após o período do estado novo, restaurou a função social da propriedade integrando-se como um dos princípios da ordem econômica e fins sociais visando garantir os direitos fundamentais (QUEIROZ, 2016, p. 86).

Entretanto, dentre todas as constituições brasileiras, a que mais se preocupou com a função social da propriedade é a atual Constituição Federal de 1988. Seu texto constitucional além de ter um posicionamento perfeito do sistema constitucional e a expressão de um conteúdo mínimo indicado a respeito da propriedade imobiliária garante o direito a somente aquela propriedade que cumpra a sua função social,

conforme disposto no artigo 5º, incisos XXII e XXIII³⁰ da Magna Carta, dando o sentido social e autorizando não apenas a imposição legal de obrigações de fazer, e obrigações de não fazer, descrito em capítulo anterior, bem como o disposto no artigo 170, inciso III, do mesmo texto constitucional (CARVALHO FILHO, 2015, p. 838).

A exigência da função social da propriedade para garantir os direitos tutelados constitucionalmente, impõe uma série de deveres ao titular desses direitos, que se compõe pelas restrições de exercício à proibição de uso exclusivo, incluindo a observância de um aproveitamento eficiente e racional, utilizando adequadamente os recursos naturais e preservando o meio ambiente.

Logo, a garantia do direito de propriedade no Brasil existe em razão da função social, o que é tão importante, que está previsto constitucionalmente em cláusula pétrea, conforme o disposto no artigo 60, parágrafo 4º³¹, da Constituição Federal de 1988.

É importante salientar também o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em que o Estado desenvolve suas atividades administrativas em benefício da coletividade, porém mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público.

Como bem destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 98):

Esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei com no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Segundo Márcia Regina Martins Lima Dias (2011, p. 73):

Na atualidade, o conflito se estabelece quando o Estado, na intenção de atender interesses coletivos e usando da prerrogativa do direito público, atinge interesses individuais e norteados esta relação verifica-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado ou particular.

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III função social da propriedade;

³¹ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

Entretanto, a Administração Pública, ao atender as ambições da coletividade, deve observar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não utilizando-o de forma unilateral. Assim, entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 589):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não assegura a validade da rescisão unilateral. Não confere à Administração Pública o direito de interferir na esfera jurídica dos particulares arbitrariamente, visto que o fundamento está estabelecido pela lei ao Estado na realização da utilidade pública ou do bem comum.

Nesse sentido, é um princípio que proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência deste sobre o do particular, como condição, até mesmo, de assegurar este último, sendo pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se resguardados e garantidos (QUEIROZ, 2016, p. 227).

Portanto, o Estado deve desenvolver suas atividades administrativas em benefício da coletividade, porém mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público.

Além dos dois princípios supracitados, é importante destacar ainda o princípio da inafastabilidade do controle judicial na esfera dos direitos culturais, em que o Poder Judiciário tem legitimidade para atuar na esfera do patrimônio cultural com fundamento no artigo 5º, XXXV³², da Constituição Federal de 1988, sendo que a sua aplicação não desconsidera as controvérsias acerca da intervenção judicial no controle das políticas públicas, bem como quanto ao mérito administrativo. Entretanto, esse controle deve ser concebido como forte mecanismo que confere ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, estabelecendo, não somente o dever do ente público, mas da comunidade de modo geral, na proteção e promoção desse patrimônio, mediante a participação democrática na consecução do interesse público (QUEIROZ, 2016, p. 226).

Em princípio, o Poder Judiciário não deveria interferir como afirma Joachim Andreas Krell (2002, p. 22):

Em princípio, o Poder Judiciário não deveria interferir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a

³² Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

Foi diante desse entendimento que Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário no Agravo nº410715-São Paulo³³, de relatoria do Ministro Celso de Mello, manifestando-se no sentido de que o Poder Judiciário ao tratar a respeito da educação infantil como direito fundamental previsto constitucionalmente no artigo 211, §2º da CF/88, direito básico de índole social, representa um fator limitador da discricionariedade político-administrativa do ente municipal, não podendo este exercer de modo que comprometa esse direito social por mero juízo de conveniência e oportunidade.

O Poder Judiciário poderá agir tanto no sentido de prevenir ou reprimir danos ao patrimônio cultural, praticados por particulares e/ou pelo próprio Poder Público, quanto ainda operar no sentido de promover a efetiva atuação do Estado na preservação, com ações de fomento, difusão, articulação, promoção e bens culturais registrados, outorgando a esse Poder uma significativa participação e no controle de

³³ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas asseguram, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 410.715 SP. DJ 03 fev. 2006).

políticas públicas no Brasil, sem, entretanto, que estabelecer um governo de juízes (QUEIROZ, 2016, p. 226).

Afirmar que o Poder Judiciário não poderia reconhecer o valor cultural de determinado bem e impor as medidas necessárias à sua preservação implicaria a negativa de sua vigência expressa, previsto constitucionalmente, artigo 216, §1º, quanto o artigo 5º, XXXV, da CF/88, já citados, que consagra o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (MIRANDA, 2007, p. 415).

Diante do quanto até aqui tratado, resta evidente que o alcance dos princípios constitucionais e as suas consequências jurídicas evidenciadas na preocupação do Estado com um universo tão amplo e complexo como patrimônio cultural, demonstra a necessidade de garantia de instrumentos – a exemplo do tombamento, na concretização máxima de direitos e garantias culturais de natureza fundamental.

3.1.2 Tombamento e o Registro do Patrimônio Imaterial

Registro e tombamento são instrumentos legais de proteção do patrimônio cultural. O tombamento se aplica aos bens materiais – edificações, monumentos, objetos, ou seja, significa um conjunto de ações realizadas pelo Poder Público com o objetivo de preservar, através da aplicação de legislação específica, bens de valor histórico, cultural, arquitetônico e também de valor afetivo para a população, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados. Já o registro é aplicado aos bens culturais imateriais – festividades, ofícios e técnicas, saberes e outras expressões culturais. Assim, é importante destacar como esses dois instrumentos legais foram inseridos no Brasil (IPAC, 2017).

Como já demonstrado em capítulo anterior, as bases iniciais para a consolidação do sistema de patrimônio no Brasil, foi a partir da década de 1930, “Era Vargas”, em meio a uma instituição que cuidava basicamente da educação e saúde. Posteriormente coube a Gustavo Capanema, entre 1934 a 1945, a missão de dirigir o Ministério e adotar as providências necessárias para a constituição de um ente público que fosse criado para a proteção dos bens de cultura nacionais e elaboração de legislação específica (CORDIDO, 2014, p. 45).

O crescimento das discussões em torno da tutela jurídica da dimensão imaterial do patrimônio cultural brasileiro é fruto de intensa reivindicação dos mais diversos movimentos sociais no país, repercutindo de forma significativa na Constituição Federal de 1988, previstos nos artigos 215 e 216. Mas até chegar a essa proteção, foi uma longa e árdua trajetória. A rejeição ao tratamento da preservação das culturas populares, da arte popular, do folclore era algo real por parte dos dirigentes do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN (atual IPHAN), na década de 1930. (QUEIROZ, 2016, p. 58).

Segundo Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz (2003, p. 316):

A aproximação dos intelectuais com a cultura popular e tradicional ocorreu justamente no contexto de 1940, e se deu em face do atendimento à necessidade de o Brasil se inserir no sistema capitalista mundial. Foi, então, nesse período, de 1945 a 1970, que houve a solidificação das Ciências Sociais no Brasil e o movimento pelo folclore ganhou maior capilaridade.

Com isso, se deu a repercussão das ações do IPHAN (antes intitulado de SPHAN) nos anos de 1979 e 1980, havendo uma mudança significativa, a partir de reavaliações sistemáticas das atividades modernas como a indústria e informática, o design, inserindo novas políticas para atender a um novo contexto (FONSECA, 2012).

Na segunda metade dos anos de 1970, as políticas culturais da época já demonstravam um distanciamento da visão folclórica dos afro-brasileiros, bem como de indígenas, ribeirinhos tradicionais e minorias que lutam pela conquista de direitos. Posteriormente surge em 1975 o Centro Nacional de Referência Cultural – CNRC, sendo traçado de um sistema referencial para a descrição e análise da cultura brasileira e nessa mesma década surge a criação da Fundação Pró-Memória, em 1979, pela Lei nº 6.757, incorporada à estrutura do IPHAN (QUEIROZ, 2016, p. 60-61).

Entretanto, foi na década de 1980, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que houve a consagração do registro como garantia fundamental na proteção ao patrimônio imaterial. Em 1984 o marco histórico dessa proteção jurídica às comunidades de matriz africana foi pelo reconhecimento do valor cultural do Terreiro da Casa Branca do Engenho Velho da Federação – o Ilê Axé

Iyá Nassô Oká, em Salvador, Bahia, mediante o instituto do tombamento, tendo sua homologação em 1986 (QUEIROZ, 2016, p. 60-61).

O texto constitucional criou os registros, inventários, vigilância, possibilitando ainda a formulação de “outras formas de acautelamento e preservação”, apresentando consequências jurídicas, nas quais podem ser citadas como a ampliação dos modos de tutela dos bens culturais; a extensão dos titulares desses bens, bem como abertura para formação do patrimônio cultural no Brasil por instrumentos ainda não regulamentados (SOARES, 2009, p. 282).

A eficácia jurídica do Registro criado pelo Decreto³⁴ nº 3.551 de 04 de agosto de 2000, foi um ato administrativo de competência do Presidente da República, na forma do artigo 84, IV da Constituição Federal de 1988. A sua elaboração foi no sentido de conceber o Registro como um processo de reconhecimento e valorização, por meio da conservação da memória dos bens imateriais, a fim de manter e divulgar de forma ampla a documentação relativa ao bem. Como o tombamento e a desapropriação já haviam sido regulados e foram recepcionados pela Magna Carta, os novos instrumentos que teriam sua aplicação imediata são exatamente o Registro e os Inventários. Assim, a proteção legal é necessária para garantir que o patrimônio cultural imaterial registrado não venha a sofrer ameaça ou lesão efetiva a bens imateriais (QUEIROZ, 2016, p. 84).

Contudo, não é válido a identificação, valorização e reconhecimento do bem imaterial por parte do Estado sem conferir a ele reconhecimento e valoração necessária de proteção legal.

O Decreto nº 3.551/2000, em seu artigo 2º, incisos I a IV, prevê a legitimidade para propor a instauração do processo de registro, a saber, o Ministro de Estado da Cultura, as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, as Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal e as Sociedades ou Associações Civis (IPHAN, 2017).

É importante ressaltar que este Decreto não tem intenção de engessar, imobilizar ou alterar qualquer forma de expressão, modo de saber, viver ou fazer dentre

³⁴ Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. (BRASIL. Decreto nº 3551, de 04 de agosto de 2000).

outras, mas, antes, identificar e perpetuar os bens culturais de natureza imaterial (IPHAN, 2017).

O Registro tem a função de obrigar o desenvolvimento de um plano de salvaguarda, sendo um instrumento que foi inserido com a Constituição Federal de 1988, refletindo o novo Estado Sociocultural e Democrático, bastante diferente do Decreto-Lei nº 25/1937 que institui o tombamento. Vê-se, portanto, que são períodos distintos, com novos atores e regimes jurídicos, tendo um processo diferenciado, com abordagens e objetos variados. Entretanto, hoje, tanto o Registro quanto o Tombamento podem ser visualizados com um novo olhar sobre o patrimônio cultural, com novos interesses e instrumentos de proteção, que representam mecanismos de reconhecimento do valor cultural de determinado bem ou de determinada prática (QUEIROZ, 2016, p. 113).

Lembrando que o tombamento é um ato administrativo, que decorre do poder de império do Estado, criado pelo Decreto-Lei nº 25/1937 para a proteção de bens móveis e imóveis, com o objetivo de preservação de tais bens de valor histórico, artístico, paisagístico, ambiental, entre outros, impedindo a sua destruição ou descaracterização. Seus efeitos são produzidos perante o proprietário, e nesse caso o suporte da memória é a coisa, bem móvel ou imóvel, passível de intervenção pelo Poder Público (DIAS, 2011, p. 76).

A autora Márcia Regina Martins Lima Dias discorre que:

O vocábulo advém do verbo tomar no sentido de inventariar, registrar ou inscrever bens. Segundo Oliveira (apud, 2008), no Direito português o vocábulo referia-se a registrar nos arquivos do reino guardados na Torre do Tombo, portanto tombamento significa inscrever em um dos quatro livros do Tombo.

O sentido etimológico da palavra tombamento faz referência, portanto, não apenas a ato de registro, catalogação e inventário, mas também à seleção de bens que mereceriam uma proteção e divulgação especial pelo Estado - os bens da “Torre do Tombo”, (CORDIDO, 2014, p. 50).

Diante do tratamento jurídico de iniciativa do Poder Público dado ao ato de tombamento, o qual é satisfatoriamente explicado quanto ao seu registro por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, pág. 184):

“[...] o tombamento somente se torna definitivo com a inscrição em um dos Livros do Tombo que, na esfera federal, compreende nos termos do art. 4º

do Decreto-lei nº 25: 1- o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; 2- o Livro do Tombo das Belas Artes; 3- o Livro do Tombo das Artes Aplicadas; 4- o Livro do Tombo Histórico”. No Estado de São Paulo, além desses quatro, existe o Livro do Tombo das Artes Populares (Decretos/n de 19-12-69).

O Decreto nº 3.551/2000³⁵ aponta quatro Livros de Registros, chamados também de livros do Tombo, que registram os Saberes, a exemplo do Ofício das Baianas de Acarajé (registro em 2005); o Registro das Celebrações, como a Festa da Boa Morte em Cachoeira – Bahia (2010) e a Festa do Senhor do Bom Jesus do Bonfim (2013); O Registro das Formas de Expressão como o Samba de Roda do Recôncavo Baiano – Bahia (2004) e a Roda de Capoeira – Bahia (2008); o Registro de Lugar, como a Feira de Caruaru – Pernambuco, entre outros (Queiroz, 2016, p. 117).

É importante destacar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 184), descreve que “No Estado de São Paulo, além desses quatro livros, existe o Livro do Tombo das Artes Populares (Decreto s/nº de 19 de dezembro de 1969)”.

O objetivo da inscrição num dos Livros de Registro, é a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira. Como exemplo disso, as candidaturas do Samba-de-Roda do Recôncavo Baiano e do Círio de Nazaré, lançaram oficialmente o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (QUEIROZ, 2016, p. 123).

Destarte, tanto o tombamento quanto o registro são vetores importantes para a promoção da preservação e conservação do patrimônio cultural brasileiro, tendo como finalidade a valorização dos bens culturais materiais ou imateriais reconhecidos de proteção legal.

³⁵ Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. § 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros: I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. (BRASIL. Decreto nº 3551, de 04 de agosto de 2000).

3.2 COMPETÊNCIAS DOS ENTES PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 realiza uma repartição de competência legislativa sobre o patrimônio cultural. Antes o Poder Público tinha a tutela genérica sobre bens culturais. Com a presente Carta Magna, o entendimento foi mudado em relação à distribuição de competência legislativa, estabelecendo no artigo 24, VII³⁶ a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Além disso, o § 1º e 2º fazem ressalva no âmbito desta competência, sendo a União responsável por editar normas gerais, sem excluir a competência suplementar dos Estados. O artigo 30, II³⁷, assegura a competência legislativa municipal suplementar à lei federal e estadual, e o inciso IX do presente artigo assegura a competência legislativa local, desde que observados os limites das leis federais e estaduais no que concerne à proteção do patrimônio histórico-cultural local (CORDIDO, 2014, p. 85).

Nesse sentido, a competência para legislar sobre tombamento é da União, Estados e Distrito Federal. Entretanto, pode o Município realizar o tombamento de um bem, porém, o que este não pode é legislar sobre a matéria. Ademais são obrigados a avaliar as normas federais e estaduais (utilizando instrumentos de proteção previstos nessas duas legislações) a respeito, antes de editar uma norma suplementar.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 determina a todos os entes - União, Estado, Distrito Federal e Município, realizarem o tombamento para preservar o bem cultural, chamada assim, de competência comum previsto no artigo 23³⁸, incisos III, IV e V, entre todos os entes, impedindo a evasão, a destruição e a

³⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais; § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

³⁷ Art. 30. Compete aos Municípios: [...] II - suplementar à legislação federal e estadual no que couber; [...] IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

³⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis 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, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural. Quanto a Competência Concorrente o art. 24, inciso VII, dispõe como legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (DI PIETRO, 2015, p. 179).

Ruth Maria de Barros Reicao Cordido (2014, p. 85) salienta ainda que:

Uma vez definida a competência executiva sobre a proteção do patrimônio cultural, resta identificar qual é o limite de atuação dos entes políticos. O limite mais evidente é o territorial. Suscita-se que os Estados e Municípios não têm poder de polícia para agir quando bens imóveis vinculados culturalmente a eles estão fora de suas fronteiras. Como a Constituição Federal assegura a competência aos entes no limite de suas fronteiras, é lógico aferir também que apenas a União consegue intervir na integralidade do território brasileiro.

Desta forma, os três entes têm competência comum para tomar. A União competiria salvaguardar bens de interesse nacional; da mesma forma quanto aos Estados, bens de interesse regional e os Municípios bens de interesse local.

Contudo, quanto a essa competência legislativa, Fernanda da Cruz Nóia (2006, p. 65) diz que “discorda da posição dominante de que o ente político se manifesta apenas sob o critério territorial – limite de seu espaço físico, ou sob o critério de interesse – bem cultural de interesse federal, estadual ou municipal”.

O critério deve ser definido pelo o artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 (competência comum), ao qual promove a cooperação entre os entes federativos, com vistas na condução ao “equilíbrio do bem-estar social”. Esse critério de cooperação deve ser regulamentado por Lei Complementar, que ainda não existe edição nesse sentido, permanecendo a prevalência dos critérios territorial e do grau de interesse. A única Lei Complementar referente ao parágrafo único desse artigo é a LC nº 140 de 08 de dezembro de 2011, que trata do Meio Ambiente Natural, podendo ser de interesse ao Meio Ambiente Cultural, regulamentando acerca das paisagens naturais notáveis (CORDIDO, 2014, p. 87).

Os entes públicos devem promover a preservação e conservação do bem imóvel, de forma conjunta e em cooperação com toda a sociedade, pois só assim, haverá esse equilíbrio do bem-estar social, com a finalidade precípua que é o interesse de salvaguarda do bem cultural seja ele de competência estadual, federal e municipal.

3.2.1 Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia

O instituto do tombamento resulta na inscrição do bem no Livro de Tombo, e autorizando o Estado na adoção de medidas necessárias face à conservação do seu valor cultural e de forma integrada à gestão do patrimônio cultural na defesa do interesse público.

Como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

As modalidades de tombamento deverão constar pela manifestação de órgão técnico especializado, na esfera federal, é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN sendo criado como autarquia, pelo Decreto nº 99.492³⁹, de 03 de setembro de 1990, autorizado pela Lei nº 8.029 de 12 de abril de 1990. Sua denominação foi instituída pelo Decreto supracitado, intitulado de Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC, sendo posteriormente alterada para o nome atual – IPHAN, proposto pela Medida Provisória nº 610, de 08 de setembro de 1994.

Entretanto, o IPHAN precisa ainda se aprimorar quanto à aplicação das normas como destaca Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz (2016, p. 140):

Nota-se, infelizmente, que ainda que exista um vasto e qualificado repertório de normas legais e infralegais para o tratamento do patrimônio cultural, em caráter preventivo e repressivo, o IPHAN não se aprimorou bem de tal referencial normativo e instrumental, sobretudo quando o assunto se refere à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial e defesa de direitos decorrentes do registro. Até mesmo na seara da face material do patrimônio cultural, esse órgão, apenas em 2010, editou a Portaria 187, de 9 de junho, que trata dos procedimentos para apuração de infrações administrativas perpetradas em face do patrimônio cultural tombado.

A Portaria nº 187 de 2010⁴⁰, descrita acima pelo autor disciplina a aplicação de sanções (multas) os meios de defesa, o sistema recursal em relação à cobrança dos débitos decorrentes das infrações administrativas ao patrimônio cultural edificado, a ação fiscalizadora (irregularidade do dano), defesa e julgamento e termos de compromisso. Além dessa Portaria foi editada outra no mesmo ano de nº 420 dispondo sobre os procedimentos a serem observados para a concessão de autorização para a realização de intervenções em bens edificados tombados e nas

³⁹ Constitui as Fundações Instituto Brasileiro de Arte e Cultura IBAC, Biblioteca Nacional (BN), e a Autarquia Federal Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural IBPC. (BRASIL. Decreto 99.492, de 03 de setembro de 1990).

⁴⁰ A formulação da Portaria 187 se deu, em caráter obrigatório, considerando os efeitos da decisão judicial proferida em Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do IPHAN, autos 2007.5106001537-1, que teve curso na 2ª Vara Federal de Petrópolis, Rio de Janeiro.

respectivas áreas de entorno. Esse procedimento será descrito no capítulo seguinte desse estudo (IPHAN, 2017).

As normas de preservação para cada cidade histórica visa conciliar o desenvolvimento socioeconômico à preservação do patrimônio cultural, definindo critérios e diretrizes claras para as intervenções nas áreas tombadas, permitindo o seu desenvolvimento, mas sem comprometer a proteção de valores que levaram ao tombamento do bem material ou imaterial. A atuação do IPHAN é no sentido de poder praticar de forma propositiva, visando a requalificação dessas áreas protegidas, atrelada a esta preservação, de forma a harmonizar os aspectos da dinâmica urbana com os anseios da sociedade (IPHAN, 2012, p. 25).

Assim, a tarefa do IPHAN é enorme como ente público na adoção de medidas para dirimir os conflitos, principalmente na seara da propriedade privada, pela existência da dualidade entre preservar e destruir, identidade e diferença, como afirma Nestor Garcia Canclini (1994, p. 100) “o patrimônio é o espaço de disputa econômica, política e simbólica”.

Diante disso, há uma exigência ainda maior dessa autarquia que foi criada exclusivamente para promover a tutela e salvaguarda dos bens culturais, do envolvimento com os grupos e comunidades e com suas práticas simbólicas, na identificação de mediação do diálogo entre o Poder Público, proprietário e a sociedade, realizando assim, um monitoramento e avaliação dos interesses de cada um, para se chegar ao desenvolvimento de referencial jurídico e legal à sua efetiva proteção (QUEIROZ, 2016, p. 133).

O objetivo da norma constitucional, previsto nos artigos 215 e 216, é assegurar a aplicação de normas por meio de seus entes públicos, para a promoção da tutela patrimonial, reconhecidos como de eficácia garantida e devidamente utilizada pela Administração Pública, na proteção do patrimônio material e imaterial.

O Decreto-Lei nº 25/1937 dispõe em seu artigo 1º, § 1º, sobre o patrimônio histórico e artístico nacional, organiza a proteção do patrimônio cultural por meio da instituição do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, (atual IPHAN) sendo pensado para dar poderes a este ente na adoção de medidas protetivas, por meio do tombamento atrelado ao interesse público. Esse ano de 2017, o IPHAN

comemora 80 (oitenta) ⁴¹ anos de sua criação. Essa autarquia nasceu da construção de um Estado Moderno capitalista. “O Estado passa a ser o ente impessoal, legal e legítimo de governança dos cidadãos”. O SPHAN era na época um centralizador, que detinha uma autonomia administrativa e funcional em relação aos demais entes da gestão pública (CORDIDO, 2014, p. 51).

O papel do IPHAN como assevera Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz (2016, p. 135):

O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - autarquia federal integrante da Administração Direta da União, vinculada ao Ministério da Cultura que responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro. Cabendo a esse órgão, proteger e promover os bens culturais do país, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras.

Já no âmbito do Estado da Bahia, a instituição responsável é o Instituto do Patrimônio Artístico Cultural da Bahia – IPAC, autarquia vinculada à Secretaria da Cultura que atua de forma integrada em articulação com a sociedade e os poderes públicos municipais e federais, na salvaguarda de bens culturais tangíveis e intangíveis e na política pública estadual do patrimônio cultural (IPAC, 2017).

O IPAC através da lei 8.895 de 16 de dezembro de 2003 foi regulamentado pelo Decreto nº 10.039 de 03 de julho de 2006, instituindo normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Estado da Bahia. Durante o seu percurso⁴² predominou o interesse pela salvaguarda de bens ligados à arquitetura colonial e barroca do século XVIII, influenciado pelas diretrizes estabelecidas pelo Instituto do patrimônio Histórico Artístico e Nacional – IPHAN, vindo a ser posteriormente ampliado com a proteção de bens ecléticos, ou seja, bens que mesclam estilos variados (clássico, renascentista, barroco, neoclássico). Contudo, com as transformações e ampliações conceituais sobre o patrimônio cultural, exemplares da

⁴¹ Oficialmente a autarquia – IPHAN - foi criada com a promulgação em 13 de janeiro de 1937, por meio da lei nº. 378. Foi integrado à estrutura do Ministério da Educação e Saúde (MES), na categoria de Instituições de Educação Extraescolar dos Serviços relativos à Educação (IPHAN, 2017, p. 01).

⁴² Sua fundação foi instituída em 13 de setembro de 1967, durante o governo de Luiz Viana Filho, através da lei nº 2.464, regulamentada pelo Decreto nº 20.530 de 03 de janeiro de 1968. Em 1980, passou a ser Instituto, sendo, então, denominado IPAC. A arquitetura eclética foi um movimento arquitetônico preponderante até o princípio do século XX e que consistia em uma mescla de vários e diferentes estilos, que resultaram na criação de uma nova vertente arquitetônica. No Brasil, este movimento nasceu no século XIX, no âmbito do academicismo e foi difundido pela Academia Imperial de Belas Artes e pela Escola Nacional de Belas Artes.

arquitetura moderna foram reconhecidos como patrimônio do Estado (GOMES, 2014, p. 133).

A autarquia é assim conceituada (IPAC, 2017, p. 01):

Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia é uma autarquia vinculada à Secretaria de Cultura do Estado da Bahia - SECULT, atuando de forma integrada e em articulação com a sociedade e os poderes públicos federais e municipais na salvaguarda de bens culturais tangíveis e intangíveis, na política pública estadual do patrimônio cultural e no fomento de ações para o fortalecimento das identidades culturais da Bahia.

A finalidade dessa autarquia é preservar o bem cultural, fiscalizando de forma ostensiva pelo ente estadual, para verificar se o bem cultural está ou não sendo preservado, transformado, destruído na sua materialidade, inclusive impondo a aplicação de multas, utilizando medidas coercitivas, judiciais e extrajudiciais, por meio de ações restritivas ao cumprimento de proteção pelo proprietário de bem imóvel (GOMES, 2014, p. 134).

A importância dada à manutenção do monumento tombado (desde o período do Modernismo) por parte do ente estadual como assevera Milena Luísa da Silva Tavares (2014, p. 145) é no sentido de que:

O ato do tombamento, exercido pelo Poder Público, se constitui em um passo importante para a preservação do patrimônio, considerando de interesse para a sociedade. Embora mantenha a propriedade do bem cultural, institui limites e critérios de intervenção na unidade a ser salvaguarda, com o objetivo de impedir sua descaracterização (apud SANT'ANNA, 1995 p. 80).

Não é apenas o tombamento que garante a preservação do bem cultural posto que essa medida somente ocorrerá de fato, quando o objeto se mantém em bom estado de conservação. Pela imposição legal ao proprietário, que detém o direito de usar e gozar do bem cultural tombado, resguardando ainda a sua responsabilidade pela manutenção de suas qualidades físicas, devendo notificar ao ente público, nesse caso o IPAC, se o patrimônio protegido estiver sendo ameaçado, para que este promova as medidas legais cabíveis (TAVARES, 2014, p. 145).

Na atualidade, o conflito entre o proprietário e o Poder Público se estabelece quando este último impõe medidas protetivas (vistos em muitos momentos da história, desde o período do Modernismo) marcadas pelo conservadorismo, quase sempre ligados aos interesses da especulação do solo e dos imóveis urbanos, não atendendo de

forma eficaz os interesses coletivos e usando da prerrogativa do direito público, porém, atingindo os interesses individuais (GOMES, 2014, 133).

Assevera Nara de Souza Gomes (2014, p.133) que:

O período do Modernismo, que apesar de sua denominação, já não é mais moderno no sentido de ser contemporâneo, foi um movimento artístico e cultural iniciado na Europa, no início do século XX, a partir da articulação de três vetores: técnica, forma e ideologia, sendo fruto de um período marcado por uma enorme produção de massa, na nova arte, da arquitetura, industrialização. Com isso, veio o crescimento das cidades, com novas demandas que promoveu um novo olhar sobre as cidades.

O Modernismo nos séculos XIX e XX estuda a cidade e planeja seu desenvolvimento como ciência moderna, resultante da convergência entre diversas disciplinas como a sociologia, economia, arquitetura, porém, não deve ser confundida com a antiga arquitetura urbana. Nasceu da necessidade de enfrentar os graves problemas determinados pela modificação do fenômeno urbano, devido à Revolução Industrial, mas principalmente pela transformação da estrutura social, e do modo de vida, face ao rápido crescimento demográfico, revelando uma questão estrutural e qualitativa. (ARGAN, 1995, p.185).

Nesse sentido, o que ainda hoje impede a formação de cidades estruturalmente modernas, e que estejam em harmonia com a preservação cultural é o contraste entre uma tendência conservadora do ente público que vê o problema em termos quantitativos propondo soluções de compromisso, porém, sem uma intervenção mais efetiva, com uma tendência pouco reformadora que verifica o problema, impõe medidas coercitivas, mas não propõe soluções que permitem a requalificação do cenário urbano.

O Estado da Bahia possui um vasto número de exemplares⁴³ relacionados à modernidade, que devem ser preservados cuja tutela seja de interesse público, pelo

⁴³ Entendido por muitos como um rito social pelo qual é possível uma transferência de valores, o tombamento é o instrumento jurídico de salvaguarda que se aplica aos bens culturais. Em 2008, visando salvaguardar exemplares modernos em linguagem *art déco*, foram tombados provisoriamente (é instituído até que se homologue, por decreto do Governador, o reconhecimento do bem como patrimônio cultural do Estado) os edifícios do Hospital Aristides Maltez, o jornal A Tarde, Cine Teatro Jandaia, Sulacap e Dourado, entre outros, todos localizados em Salvador (IPAC, 2017).

Importante destacar também o edifício do Instituto do Cacau através de parecer técnico - s/nº do Conselho Estadual de Cultura da Bahia, tombado pelo governo estadual, por meio do Decreto nº 8.357 de 05 de novembro de 2002, sendo de autoria do arquiteto alemão Alexander Buddeüs, concebido como um grande armazém capaz de comportar mais ou menos 250.000 sacas para estocagem do produto, apresentando no início dos anos 30, notáveis avanços técnicos (articulação com o porto, por meio de esteiras subterrâneas).

reconhecimento social no conjunto de tradições passadas e contemporâneas do Estado, instituindo normas de proteção e estímulo a esta preservação do patrimônio cultural do Estado da Bahia, por meio do Instituto do Patrimônio Cultural da Bahia (GOMES, 2014, 133).

Entretanto, ações de salvaguarda das expressões da arquitetura moderna, bem como de inúmeras obras de arte tombadas em 2002, de renomadas personalidades artísticas – como o mural do artista plástico Lênio Braga, localizado na cidade de Feira de Santana, os murais dos artistas: Genaro de Carvalho, Carybé, Carlos Bastos, Juarez Paraíso, espalhados na cidade de Salvador, são expressões que foram implementadas pelo IPAC e merecem uma maior divulgação, que fica restrita sobre suas histórias e características, contribuindo para a dificuldade de valoração pela sociedade.

Acredita-se que o conhecimento é o caminho para tornar os monumentos parte da memória efetiva de um povo, fazendo emergir a consciência de preservação, por meio de planos e projetos de educação patrimonial promovido pelo Poder Público em cooperação com a sociedade, para que torne mais visíveis as expressões artísticas reconhecidas como patrimônio cultural da Bahia (GOMES, 2014, p. 134).

Assim, a dificuldade de se ter um enfrentamento mais direcionado a questão político cultural ainda é algo que pode ser visto atualmente, quanto aos problemas de requalificação da modernização urbana, tendo em vista, que esta questão afeta de forma sistemática a preservação do patrimônio cultural da Bahia.

3.2.2 Tombamento: Município do Salvador – Bahia

No Município do Salvador – capital do Estado, o ato de tombamento é realizado pela União, Estado e recentemente pelo ente local (Lei 8.550/2014 de Preservação ao Patrimônio Cultural do Município, organizada por meio da Fundação Gregório de Mattos). O ente público já realizou dois tombamentos por meio dessa lei atual⁴⁴.

⁴⁴ Tombamentos realizados pela Prefeitura do Salvador: o primeiro tombamento municipal realizado por meio desta lei foi o Terreiro Vodun Zô em 15 de janeiro de 2016 (SEINFRA, 29 mar. 2017), e o segundo tombamento foi o monumento ao Cristo Nosso Senhor, mais conhecido como Cristo Salvador em 29 de março de 2017 (em homenagem aos 468 anos de Salvador). Os dois bens

Salvador completou 468 anos de fundada (27 de março de 2017). Contudo só passou a contar com o processo de tombamento local em 2014, quando a prefeitura criou o Conselho de Cultura⁴⁵.

Este Conselho, instituído pelo ente público (Fundação Gregório de Mattos)⁴⁶, ainda é muito recente, face às demandas existentes quanto à preservação do vasto acervo patrimonial existente em Salvador, que exigem uma política cultural voltada à manutenção mais eficiente, em colaboração com o IPHAN e IPAC.

Dessa forma, poderia haver a instituição de uma autarquia municipal com a finalidade de preservar, proteger, fiscalizar bens culturais, além da promoção de estudos técnicos, pesquisas e ações de educação patrimonial em conjunto com os outros níveis do Poder Público e toda a sociedade, com o foco de atuação específica na área, nos moldes correlatos com as instituições federal e estadual.

Salvador foi a primeira capital do Brasil, e por ser uma cidade histórica, merece ser tratada com a devida importância. Contudo, a realidade revela que a cidade está repleta de inúmeras edificações que necessitam de preservação, restauração, bem como a revitalização de grandes áreas degradadas, não abarcando apenas um imóvel, mas uma série deles, localizados numa mesma área, como sítios históricos, arqueológicos e núcleos urbanos (conjunto de bens), através de planos e ações político-culturais que fossem criados pelo município com vistas à requalificação do cenário urbano soteropolitano.

Entretanto, ainda há muito a ser feito, pois como a demanda de bens imóveis tombados espalhados pela cidade é enorme, necessitando de medidas interventivas

culturais foram tombados por meio da Lei de Preservação ao Patrimônio Cultural do Município, organizada através da Fundação Gregório de Mattos (FGM, 2017).

⁴⁵ O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, presidido pela Fundação Gregório de Mattos (ente público vinculado à Secretaria do Desenvolvimento, Turismo e Cultural – Sedes), aprovando legislação específica pela Câmara Municipal apreciou o tombamento da pedra de xangô (Cajazeiras), do terreiro de Candomblé Hunkpame Savalu (Liberdade) e do Cristo Nosso senhor (IPAC, 2017).

⁴⁶ O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, criado na estrutura da Fundação Gregório de Mattos, decidirá, por maioria simples, acerca da aplicação dos institutos de proteção do patrimônio cultural, sem prejuízo das demais obrigações que esta Lei lhe impuser. Parágrafo Único - O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, sob a direção do Presidente da Fundação Gregório de Matos, será composto por 11 (onze) membros, indicados dentre pessoas idôneas da sociedade civil, com afinidade com o patrimônio cultural, preferencialmente representantes de entidades civis, como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia - IPAC e Instituto Geográfico e Histórico da Bahia - IGHB. (SALVADOR, Lei nº 8.550/2014).

urgentes, muitas vezes o que se vê são inúmeros bens e áreas tombadas sem o devido cuidado, em processo de total abandono.

Nesse sentido, faz-se necessário a intervenção de políticas públicas que promovam a preservação do patrimônio cultural da cidade em cooperação com a comunidade, realizando uma educação patrimonial abrangente e efetiva, assumindo um papel mais atuante na promoção desse patrimônio com a instituição de uma autarquia municipal, pois um Conselho Consultivo, por mais bem administrado que seja pelo seu ente (Fundação Gregório de Mattos) é somente um conselho consultivo, não promovendo uma política patrimonial voltada diretamente para áreas degradadas onde situam os bens tombados ou em processo de tombamento.

Destarte, não basta a instituição de um Conselho, pois hoje o que se vê é um processo de abandono dos imóveis e áreas tombadas espalhadas pela cidade, requerendo uma proteção mais efetiva. A atuação do Município com o ente federal e estadual é em certa medida presente, porém, não de forma integrada para a promoção de revitalização de áreas⁴⁷ que sofrem com a degradação.

Assim, apesar de importante, não é suficiente efetuar apenas o tombamento (vide a quantidade de imóveis devidamente tombados em estado de degradação) uma vez que, ele deve ocorrer concomitante com uma intervenção mais atuante na concepção e execução de políticas públicas que envolvam propostas de refuncionalização dos espaços e requalificação do cenário urbano da região, com áreas destinadas a cultura e lazer, novas moradias e centros educacionais profissionalizantes, atraindo projetos empresariais de médio e grande porte. Ou seja, resultante de uma atuação cooperada entre os entes públicos, a iniciativa privada e toda comunidade (DIAS, 2011, p. 73).

O processo de refuncionalização do patrimônio com vistas à ampliação de lugares e bens tombados deve ser apreendido pela cidade por meio do desenvolvimento de sua estética, que é a sua característica original, mas também por novas lógicas do pensamento contemporâneo, numa ação conjunta com a sociedade em um processo de transformação, tornando um lugar que representa a comunidade, de

⁴⁷ O Centro Histórico de Salvador é uma área do Município tombada pelo IPHAN. Através desta autarquia, visa resguardar o conjunto de bens, por meio do tombamento, não devendo tomar apenas bens de famílias importantes ou edificações oficiais, para não reforçar na história apenas monumentos de grande vulto, mas o cuidado de preservar bens de todas as camadas sociais que definem a história local, mesmo àquelas cidades mais novas poderá haver bens a serem tombados, se forem consideradas pela importância da memória coletiva do lugar (IPAC, 2017).

maneira organizada e que interage com o todo, na identificação de núcleos destinados a esta atividade, ou seja, realizando ações que minimizam o acesso aos espaços públicos que banalizam a cultura local e relegam a população ao esquecimento.

3.3 OUTRAS FORMAS DE “ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO”

É importante destacar a partir da tutela do patrimônio cultural pela Constituição Federal de 1988, previsto em seu artigo 216, §1º⁴⁸, as “outras formas de acautelamento e preservação”. Além de incentivos fiscais, orçamento participativo, audiências públicas, chancela da paisagem brasileira, o termo de ajustamento de conduta, o tombamento e estatuto da cidade (Lei Federal nº 10. 257/2001), e tantas outras recomendações, o presente estudo faz referência nesse capítulo quanto às recomendações do Ministério Público, à educação patrimonial, e o termo de referência cultural.

3.3.1 Recomendações do Ministério Público

A Recomendação tem previsão constitucional no artigo 129⁴⁹, inciso II da CF/1988; artigo 5º, inciso V, alínea “a”⁵⁰, e artigo 6º, inciso XX da Lei Complementar nº 75/1993⁵¹; artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/1993. É uma medida

⁴⁸ Art. 216. Constitui 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: § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

⁴⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

⁵⁰ Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: [...]

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativo às ações e aos serviços de saúde e à educação;

⁵¹ Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...]

X - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

extrajudicial de forma preventiva sendo expedida pelo Ministério Público com o objetivo de identificar alguma omissão legal ou mesmo de adequação de conduta irregular. Quando o ente público restringe de alguma forma a divulgação sobre determinado bem cultural - histórias e características (descrito no item acima 4.2), bem como a não efetivação de gastos orçamentários previstos em lei, torna-se possível instruir uma recomendação (CORDIDO, 2014, p.68).

Para Ruth Maria de Barros Reicao Cordido (2014, p. 68) a recomendação:

Torna o ato lesivo ao bem cultural público. Por isso, caso o descumprimento da recomendação persista, configura-se dolo do agente.
Esta recomendação é uma ferramenta exclusiva do Poder Público e são causas que motivam a sua aplicação: necessidade de adequar a conduta omissiva ou comissiva do agente à tutela do bem cultural, resistência de órgão público competente em divulgar informações sobre o bem cultural.

Dessa forma, o objetivo do Ministério Público é reforçar o apoio aos bens tombados por meio de sua recomendação, demonstrando com isso, o comprometimento quanto a preservação do patrimônio cultural material e imaterial.

3.3.2 Educação patrimonial

É uma medida imprescindível que constitui como parte essencial da luta pela democratização e emancipação da sociedade. Nessa perspectiva, a prática educativa deve ser vista com o um processo de desenvolvimento da existência, fundamentando em diversas esferas, das ciências, das artes, ofícios e da sensibilidade, abrangendo a formação intelectual, ética e artística que compõe a condição humana (BARRETO FILHO, 2014, p. 15).

Esta medida é voltada para a conscientização pública, não só para o processo de esclarecimento de efetivação dos direitos sociais, da proteção do patrimônio cultural, mas principalmente para a formação de nova mentalidade cultural na sociedade. Como afirma o educador Anísio Teixeira (1936, p.58): “só existirá democracia no Brasil no dia em que se montar no país a máquina que prepara as democracias. Essa máquina é a educação pública”.

A Educação patrimonial tem amparo normativo no texto constitucional, previsto no artigo 215⁵², caput e § 2º; artigo 216⁵³, caput e §§ 1º e 3º; artigo 225⁵⁴, § 1º, inciso VI; na Política Nacional para Educação Ambiental – Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999⁵⁵, bem como na Política Nacional para Educação em Direitos Humanos e em diversos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário. Pode ser uma medida escolhida por meio do termo de ajustamento de Condutas em acordo com o Ministério Público, como compensação de licença ambiental (CORDIDO, 2014, 68).

A Educação patrimonial é um instrumento que tem por objetivo capacitar o indivíduo, habilitando-o a fazer uma leitura do ambiente em que vive e possibilitando uma maior interação entre ele e a comunidade. A partir dessa interação, este indivíduo será capaz de ser um agente responsável pela preservação e estudo dos bens culturais, proporcionando a troca de conhecimentos e informações que valorizará ainda mais a proteção a esses bens.

3.3.3 Termo de Referência Cultural

A Administração pública exige os cuidados necessários à concessão de licença para a execução do projeto de construção.

O termo de referência cultural é utilizado pelo Poder Público, mais especificamente direcionados aos entes públicos responsáveis – a exemplo do IPHAN, para gestão e tutela de bens culturais e ambientais, com a finalidade de proteção ao patrimônio cultural. É um instrumento que tem por finalidade estabelecer diretrizes orientadoras,

⁵² 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. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

⁵³ Art. 216. Constitui 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: § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. [...] § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

⁵⁴ Art. 225: [...]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

⁵⁵ Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. (BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999).

sendo seu conteúdo e abrangência de estudos apresentados e formulados a partir de informações pelo particular interessado para a autorização de determinada atividade ou obra de interesse cultural e/ou ambiental, bem como durante a constituição de inventários, registros a serem protegidos no local (QUEIROZ, 2016, p. 137).

Além de promover a continuidade da mobilização social, direcionado a espaços públicos, como as praças, bem como as edificações, o termo de referência, tem o objetivo de promover o intercâmbio de experiências entre grupos, fortalecendo assim, as relações regionais e nacionais entre os entes públicos e as comunidades, por meio da troca de informações, com a finalidade de um trabalho em conjunto, que visa um planejamento participativo quanto à proteção do bem cultural dos mais diversos grupos sociais, incluindo moradores, agentes socioculturais e entidades públicas.

4 TOMBAMENTO: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O procedimento do ato de tombamento consiste na identificação e sistematização de conhecimento referente ao bem cultural e na reunião da mais ampla documentação de todos os seus aspectos culturais relevantes, ou seja, um inventário. Após essa fase de instrução técnica, o processo de registro é encaminhado à autarquia competente - IPHAN⁵⁶ - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no caso ao Presidente, que o submeterá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Se aprovado, o bem é inscrito num dos Livros de Registro, recebendo, assim, o título de "Patrimônio Cultural do Brasil" (IPHAN, 2017).

Como entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p.181): “É procedimento administrativo, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade no final, que é a inscrição no Livro do Tombo” (mencionado no Capítulo 3.1.2).

Os fundamentos jurídicos do tombamento podem ser analisados quanto à atribuição de tombar, exercida pela Administração de forma tripartida, ou seja, o fundamento da atribuição de tombar, exercida pela Administração Pública, possui três aspectos: político, constitucional e legal. Politicamente, é a atividade de controle e fiscalização que o Estado desempenha sobre os bens e pessoas situadas no território nacional; o fundamento constitucional está, principalmente no art. 216, § 1º, da Carta Magna, tratando o tombamento como uma das formas de proteção e de preservação do patrimônio cultural; e por fim o fundamento legal reside principalmente no Decreto-Lei 25/37 e ainda no 3.866/41, na Lei 6.292/75 e, para alguns, na Lei 9.784/99, tendo em vista a anterioridade das normas supracitadas em relação à Constituição de 1988 (GASPARINI, 2009, p. 820).

⁵⁶ A estrutura do IPHAN é composta de 27 Superintendências Estaduais que respondem pela coordenação, planejamento, operacionalização e execução das ações do Instituto, em âmbito estadual, e supervisão técnica e administrativa dos 27 Escritórios Técnicos. As Superintendências estão vinculadas diretamente à Presidência do IPHAN e são responsáveis pela articulação entre as esferas de poder local, organismos e instituições da sociedade civil ou empresas, para estabelecer as parcerias necessárias ao cumprimento dos planos e políticas de gestão e promoção do Patrimônio Cultural Brasileiro. Os Escritórios Técnicos possuem uma chefia e um corpo técnico, localizam-se em conjuntos urbanos tombados (cidades históricas) e foram criados para administrar diretamente o patrimônio tombado e/ou registrado nesses locais. Os Parques Históricos Nacionais também funcionam sob a supervisão direta das Superintendências e a gestão desse patrimônio material e natural é partilhada entre o IPHAN e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA). (IPHAN, 2017).

Destaca-se que todos os diplomas legais que regulam o tombamento são anteriores à Constituição Federal de 1988 e foram editados durante o período ditatorial. Por isso, eles devem ser relidos em conformidade com a atual Magna Carta para se adequar aos dispositivos constitucionais do Estado Democrático brasileiro. Entretanto, a releitura constitucional destes diplomas legais não é suficiente. É preciso também que se aplique de forma subsidiária ao processo de tombamento, os dispositivos da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (ARAÚJO; GUIMARÃES, 2015, p. 127).

A Lei 9.784⁵⁷ de 27 de janeiro de 1999 em seu artigo 69 estabelece que os processos administrativos específicos, serão regidos pelas leis próprias, porém, poderá aplicar subsidiariamente os preceitos dessa lei. Assim, a referida lei deve necessariamente direcionar o agir do Poder Público nos processos de tombamento, de proteção do patrimônio cultural, observando em todas as fases processuais, em função do próprio Decreto-Lei de 1937, que é a principal norma que regula o processo do tombamento é um diploma legal com bastante falha e omissa em muitos pontos importantes. Nesse sentido, a aplicação dessa lei no processo de tombamento é medida indispensável para preencher as lacunas do Decreto-lei 25/37 e, principalmente, para garantir ao administrado a melhor observância dos direitos fundamentais ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório, resguardando sua livre manifestação (MIRANDA, 2006, p. 121).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 183), quanto ao procedimento de tombamento:

Quando o procedimento começar por iniciativa do Poder Público, ele deve observar as seguintes fases de: 1.manifestação do órgão técnico sobre o valor do bem para fins de tombamento; 2. notificação ao proprietário para anuir ao tombamento dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação ou para, se quiser, impugnar e oferecer as razões dessa impugnação; 3. Se o proprietário anuir, por escrito, à notificação ou não impugnar, tem-se o tombamento voluntario, com a inscrição no Livro do Tombo; 4. Havendo impugnação, será dada vista, no prazo de 15 dias, ao órgão que tiver tomado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentar as suas razões; 5. A seguir, o processo será remetido ao IPHAN, que proferirá decisão a respeito, no prazo de 60 dias a contar do recebimento; 7. A decisão do conselho Consultivo terá que ser apreciada pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292, de 15-12-75), o qual poderá examinar todo o procedimento, anulando-o, se houver ilegalidade, ou revogando a decisão

⁵⁷ Lei 9.783/99: Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

do órgão técnico, se contrária ao interesse público, ou, finalmente apenas homologando; 8.O tombamento somente se torna definitivo com a inscrição em um dos Livros do Tombo.

A autora ainda descreve que no caso do bem ser público e posterior à manifestação do órgão técnico, em havendo o preenchimento dos requisitos, haverá a inscrição do bem no Livro respectivo, determinada pela autoridade pública que irá notificar o titular do bem ou que tenha sob sua guarda, sendo nesse caso a pessoa jurídica de direito público.

Destarte, o sistema de proteção por meio do instituto do tombamento pelo Decreto-Lei nº 25/1937 não decorre automaticamente da lei, devendo haver um processo administrativo. É uma espécie de ato do Executivo, abrindo espaço a utilização do poder de polícia em vistas do interesse público à preservação. O ato do Executivo é responsável em avaliar quais os bens merecem gozar de proteção cultural – função típica do Executivo conforme o artigo 23⁵⁸ do Decreto supracitado. Como o tombamento é um instrumento de proteção cultural, existe entendimento doutrinário referindo esse instituto como ato administrativo, e outros, como fato administrativo GASPARINI (2009, p. 74).

O autor acima separa o tombamento como fato, sendo a inscrição do bem no Livro do Tombo pelo Estado, e ato como sendo a restrição do Estado à propriedade à defesa da cultura. O tombamento é assim um ato administrativo.

Entretanto, o autor José Cretella Júnior (1975, p. 87), descreve o tombamento como “fato administrativo em razão da atividade material em que Administração Pública é responsável, com efeito de realizar uma restrição parcial do direito de propriedade”.

4.1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

A intervenção do Estado na propriedade privada advém de um processo evolutivo do próprio modelo estatal, tendo como finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio nas reações sociais. A supremacia do interesse público sobre o privado

⁵⁸ Art. 23. O Poder Executivo providenciará a realização de acordos entre a União e os Estados, para melhor coordenação e desenvolvimento das atividades relativas à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e para a uniformização da legislação estadual complementar sobre o mesmo assunto.

legítima a atuação da autarquia gestora, como o IPHAN ou IPAC, na defesa do patrimônio cultural, pois a Administração Pública representa o interesse público, tendo a possibilidade nos termos da lei, de adotar medidas restritivas decorrentes de sua exigibilidade. O Estado por meio do poder de polícia irá restringir, limitar, frear a atuação do particular em nome do interesse público, atingindo dois direitos que é a liberdade e a propriedade. Esse poder de polícia é prerrogativa do Estado para que este possa compatibilizar os interesses públicos com os privados, na busca do bem estar social (QUEIROZ, 2016, p. 137).

O Poder Público poderá ou deverá atuar na defesa do bem imóvel tombado, mediante o exercício do poder de polícia preventivo, fiscalizador e repressivo, exteriorizando por meio da função administrativa (ato administrativo normativo). Esse poder de polícia, apesar de atuar na liberdade e propriedade, enquanto instrumento do Estado, não irá atingir diretamente a pessoa do particular, mas sim os seus direitos e atividades do proprietário do bem.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 74):

O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a lei.

O autor ressalta que os bens e os interesses públicos não estão à disposição da vontade do administrador, mas sim no seu dever de cuidado com a finalidade condicionada ao atendimento da lei e do direito.

Nesse sentido, a limitação da propriedade pelo Poder Público, não pode como entende Marçal Justem Filho (2015, p. 600) “desnaturar a essência econômica do direito”.

Como assinala o mesmo autor:

A limitação acarreta limites ao uso e à fruição do bem imóvel, sem acarretar a “supressão” absoluta ou essencial das faculdades inerentes ao domínio. A vedação absoluta ou a eliminação do conteúdo econômico da propriedade descaracterizam a limitação administrativa.

Assim, as autarquias gestoras como o IPHAN e o IPAC (na Bahia), têm a competência e legitimidade, no âmbito legal, infralegal, para agir na defesa desse patrimônio, onde a sua atuação será legítima no auxílio à resolução de questões relacionadas ao bem imóvel tombado ou prestes a ser tombado, inclusive,

chamando à causa outros organismos que compõe o Estado brasileiro, a exemplo do Ministério Público (QUEIROZ, 2016, p. 136).

A limitação não tem como finalidade a redução do direito a propriedade, mas apenas limites, sob o prisma jurídico, para tutelar os bens culturais (imóveis tombados) na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

4.1.1 Natureza Jurídica do Tombamento

Como um dos instrumentos de proteção administrativa ao Patrimônio Cultural, já descrito, entende o tombamento como Ato Administrativo, à manifestação unilateral de vontade do Estado, ou de quem o represente, sob o regime do Direito Público, de modo a adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou ainda impor obrigações. Importante destacar ainda, que seu controle está sujeito ao Poder Judiciário objetivando atender o interesse coletivo (ARAÚJO; GUIMARÃES, 2015, p. 126).

A doutrina não é uniforme em relação à natureza jurídica do instituto. Porque uns entendem que o tombamento constitui modalidade de servidão administrativa, sendo contrário à limitação, a sua incidência é sobre bem imóvel determinado, acarretando ao proprietário o ônus muito maior do que é suportado pela coletividade (DI PIETRO, 2015, p. 189).

A mesma autora descreve ainda que “o tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público, porém dela difere por individualizar o imóvel”.

Assim, diante da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do tombamento - servidão e limitação administrativa - essa apreciação terá que ser realizada no momento da decisão, diante do caso concreto.

A servidão administrativa incide sobre um bem determinado, em que o proprietário passa a dividir seu direito dominial com outra pessoa, contudo, isso não ocorre com o tombamento, já que este refere apenas à adequação da propriedade; e a limitação administrativa não recai diretamente sobre um bem material, mas na imposição ao proprietário de uma obrigação negativa, ou seja, de não fazer, conferindo com isso

uma restrição ao seu exercício do direito de propriedade, em detrimento do interesse público (CORDIDO, 2014, p. 88). Como ressalta ainda a autora, “caso o tombamento implique na impossibilidade de exercício da propriedade, o proprietário terá direito a um ressarcimento pelo Estado, dado o seu caráter expropriatório à semelhança da desapropriação”.

Se o tombamento resultar em perda parcial ao proprietário, como já descrito anteriormente (Capítulo 5.2.1), ele terá direito à indenização proporcional ao dano.

Destarte, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p.189): “o tombamento tem categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão”.

4.1.2 Regime Jurídico do Tombamento

O tombamento é instituto de direito administrativo, de incidência normativa de direito público. Caracteriza-se por normas de direito público que regulam o direito do proprietário diante da administração.

Os traços característicos desse instituto acerca de seu regime jurídico podem ser relacionados: pela sua definição, como um conjunto legal de restrições parciais que o Poder Público realiza perante o particular de bem móvel ou imóvel; por seu motivo o qual o instituto é o valor que a lei lhe atribui, valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico; pela sua inscrição em livro apropriado (livro do tomo); pelos seus efeitos com limitações parciais ao exercício do direito de propriedade; pelo seu fundamento no poder de polícia do Estado, possibilitando as limitações em razão do interesse público; pelo seu sujeito ativo que é sempre o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Município), sendo o sujeito passivo o proprietário que sofre as limitações em seu direito de propriedade e por fim pelo seu objeto sendo este o conjunto de restrições que recai sobre bem particular móvel (CRETELLA JÚNIOR, 1975, p. 71).

Desse modo, o regime jurídico imposto ao bem tombado se constitui numa ordem de direito público que se sobrepõem às disposições do direito privado, em que esta propriedade deve se ordenar ao princípio da função social, exigido pela Constituição

Federal de 1988, legitimando o direito de propriedade que obriga o uso social da coisa.

4.1.3 O Ato Administrativo: Discricionário ou Vinculado?

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 188) descreve que o tombamento para alguns seja ato discricionário, em que “colocando a Constituição, os bens do patrimônio histórico e artístico nacional sob a proteção do poder público, a autoridade competente para determinar o tombamento”.

Quando se fala em ato discricionário, a própria lei cria certa margem de liberdade à autoridade pública para realização das suas decisões, ou seja, a autoridade tem uma margem maior de liberdade, examinando a conveniência e oportunidade em suas decisões, porém, sempre em observância aos preceitos legais. Caso a conduta ultrapasse os limites normativos, poderá recair em abuso de poder. Já quando o ato é vinculado, e a autoridade descumpra a norma imposta pela administração pública, remete-se ao ato ilegal, pois quanto a esse ato, a atuação da autoridade pública, terá uma liberdade mais restrita em suas decisões.

Essa autoridade, no caso da esfera federal, é o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, conforme prescreve o Anexo I e II do Decreto nº 6.844/2009, artigo 1º⁵⁹, com parecer técnico do seu conselho consultivo), numa manifestação positiva de vontade, reconhecendo o valor cultural do bem para fins de proteção, em que a sua decisão é feita com liberdade na determinação de seu trabalho e dentro de padrões técnicos previamente estabelecidos, ou seja, uma decisão discricionária à identificação do valor cultural relevante. O ato de homologação do tombamento federal é do Ministro da Cultura, de modo discricionário. Esta homologação vincula o ato ao valor cultural identificado pelo conselho em observância ao critério de conveniência e oportunidade (RABELLO, 2009, p.60).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 188) quanto à apreciação do ato:

⁵⁹ Art. 1º Ficam aprovados a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, na forma dos Anexos I e II. (BRASIL. Decreto 6.844, de 07 de maio de 2009).

A apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o tombamento, este deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a discricionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público.

Portanto, é necessário haver um equilíbrio entre o procedimento do tombamento e a ordem jurídica, com a motivação adequada e proporcional, sopesando os interesses do direito de propriedade com as limitações impostas pelo Poder Público.

4.2 EFEITOS JURÍDICOS DO TOMBAMENTO

Dos efeitos do ato de tombamento, as restrições feitas pelo Decreto-Lei 25/1937, quanto ao deslocamento, transformação, à vizinhança, à conservação e fiscalização do bem tombado tem importância fundamental, produzindo ao proprietário do bem tombado obrigações positivas (de fazer), negativas (de não fazer), bem como de suportar, ou seja, deixar de fazer. Para terceiros (proprietários de imóveis vizinhos) na existência de obrigações negativas e para o ente público (IPHAN, IPAC) as obrigações positivas (DI PIETRO, 2015, p. 185).

Em relação ao proprietário tais obrigações positivas (de fazer) têm previsão no artigo 19 e 11 do referido Decreto-Lei⁶⁰. O artigo 19 impõe ao proprietário realizar as obras de conservação, e caso não tenha condições de arcar com tais obras deverá comunicar ao ente competente, sob pena de incorrer em sanção. Ou seja, a norma prevê que, se o proprietário da coisa tombada não dispuser de recursos para as obras de conservação, deverá, sob pena de multa, por meio de uma notificação,

⁶⁰ Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º Recebida à comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa. § 2º A falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa. § 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário. (BRASIL. Decreto-Lei nº25, de 30 de novembro de 1937).

comunicar a necessidade ao Poder Público, a quem incumbirá custear as obras e serviços. Se não forem adotadas as providências adequadas, o ente público poderá pleitear o “cancelamento” do tombamento (IPHAN, 2017).

Já o artigo 11 dispõe que se o bem tombado for público, este será inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre os entes federativos. O artigo 22⁶¹ caput e demais parágrafos, antes de sua revogação pela Lei 13.105 de 2015, dispunha sobre a alienação onerosa de bens tombados, como entende a autora *“pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência”*.

Esse dispositivo encerrava um direito atribuído aos entes federativos, garantindo-lhes a aquisição do bem tombado no caso de alienação pelo proprietário, permitindo que o bem não viesse a integrar o patrimônio de outro particular, se houvesse interesse maior na sua preservação em virtude de suas características culturais apresentadas. Desse modo, entre permanecer no domínio privado, embora com restrições ao proprietário, e passar a pertencer ao acervo público, o Poder Público optaria por esta última posição, exercendo seu direito de preferência sobre eventuais ofertas particulares e adotando um regime de ordem de preferência, que se sobrepõe os interesses culturais nacionais aos regionais e locais (CARVALHO FILHO, 2016, p. 855).

Ao lado do direito de preferência outorgado aos entes públicos, a lei, em contraposição, atribuía um dever jurídico ao proprietário devendo este oferecer, pelo mesmo preço, o bem tombado às referidas pessoas públicas, notificando-as para o exercício do direito em trinta dias, sob pena de caducidade. Eventual descumprimento dessa obrigação, a alienação seria nula (ineficaz), admitindo-se que os entes preteridos sequestrassem o bem, com imposição da multa de 20 %

⁶¹ Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. § 1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo. § 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) em vigência.

sobre o seu valor ao transmitente e ao adquirente, ambos solidariamente responsáveis. Essa providência constituía uma obrigação positiva do titular do domínio para com os entes públicos dotados do direito de preferência, obrigação, prevista ao lado de outras de caráter negativo, sempre com a finalidade protetiva do patrimônio cultural (CARVALHO FILHO, 2016, p. 856).

O referido autor cita ainda a respeito do artigo 22 do Decreto-Lei que foi revogado pelo art. 1.072, I, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) de modo que, a revogação, extinguiu o direito de preferência em favor dos entes públicos. Com isso, se o proprietário deseja alienar o bem tombado de sua propriedade, poderá fazê-lo livremente, nas condições que ajustar com o interessado na aquisição, sem a obrigação de comunicar seu intento aos entes públicos. Extinguiu-se, por conseguinte, sua obrigação jurídica (IPHAN, 2017).

O novo Código de Processo Civil⁶² de 2015 limitou-se a extinguir apenas um dos efeitos do tombamento. Nesse sentido há de inferir que subsistem os demais efeitos, sejam obrigações do titular do domínio, sejam do ente público interessado na preservação. A ação protetiva do proprietário e do Poder Público deve continuar normalmente, pois a extinção do direito não interfere absolutamente no dever maior de conservação do bem tombado, resultando inclusive do texto constitucional. Além disso, a preferência do Poder Público na aquisição, no caso de alienação onerosa, não desapareceu inteiramente, porquanto perdura no âmbito do direito urbanístico. Com efeito, a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), em seu artigo 25⁶³ que destina um capítulo ao direito de preempção, que nada mais é do que o direito de preferência, tendo natureza legal, e não contratual, resultando em imposição legal, e não da vontade das partes. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 856).

Em relação às obrigações negativas, ou seja, de não fazer, o Decreto-Lei dispõe as restrições ao proprietário, nos artigos 14⁶⁴, 15⁶⁵ e 17⁶⁶, não podendo este destruir,

⁶² Art. 1072. Revogam-se: (Vigência) O Decreto-Lei nº25 de 30 de novembro de 1937. (BRASIL. Lei nº 13.105, de março de 2015).

⁶³ Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

⁶⁴ Art. 14. A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

⁶⁵ Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

⁶⁶ Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico

demolir, restaurar, pintar as coisas tombadas, sem prévia autorização do ente competente (IPHAN, 2017).

Ao proprietário é vedado retirar os bens móveis com a finalidade de intercâmbio cultural como prevê o artigo 14, bem como tentada a exportação dos bens, ficando o proprietário sujeito às penas cominadas no artigo 15. Quanto à obrigação de suportar, isto é, de deixar de fazer, o proprietário fica sujeito à fiscalização do ente competente, às sanções previstas pelo Decreto-Lei, caso se oponha às obrigações legais. (DI PIETRO, 2015, p. 186).

As restrições feitas pelo Decreto-Lei 25/37 à vizinhança do bem tombado são também de importância fundamental. Diz o art. 18⁶⁷, que sem prévia autorização do ente competente não poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, para preservar o entorno do bem imóvel tombado⁶⁸.

A restrição que se impõe à vizinhança é decorrente da própria existência de um bem tombado, no caso de bem imóvel, com a finalidade de sua visibilidade, bem como sua admiração por todos. Ressalta-se que essa visibilidade quanto ao bem tombado exigida pela lei, não seja considerado tão somente que o prédio impeça a visibilidade e que, fisicamente, obste, pela sua altura ou volume, a visão do bem. Porque pode ocorrer que prédio, pelo seu tipo de construção ou pelo seu revestimento ou pintura, torne-se incompatível com a visão do bem tombado no seu sentido mais amplo, ou seja, em relação à harmonia da visão do bem, inserida no conjunto que o rodeia. Atualmente, a finalidade do art.18 do Decreto-Lei 25/37 é a proteção da ambiência do bem tombado, que “valorizará sua visão e sua compreensão no espaço urbano. Neste sentido, não só prédios reduzem a visibilidade da coisa, mas qualquer obra ou objeto que seja incompatível com uma vivência integrada com o bem tombado” (RABELLO, 2009, p. 122).

Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

⁶⁷ Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

⁶⁸ O entorno é a área de projeção localizada na vizinhança dos imóveis tombados, sendo delimitada com o objetivo de preservar a sua ambiência e impedir que novos elementos obstruam sua visibilidade. (IPHAN, 2017).

Destarte, a vizinhança de bem tombado é limitação necessária decorrente do tombamento de bem imóvel. O efeito decorrente do ato de tombamento, a tutela da vizinhança caracteriza-se por limitar direitos de uso e gozo da propriedade vizinha, sem que com isso se caracterize como servidão administrativa.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a servidão administrativa (2015, p. 186):

Trata-se de servidão em que dominante é a coisa tombada, e serviente, os prédios vizinhos. É servidão que resulta automaticamente do ato do tombamento e impõe aos proprietários dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada.

As definições para as servidões civis, previstas no Código Civil de 2002, estabelecem determinadas regras para sua aplicação, distinguindo dos demais direitos reais, e dos direitos de vizinhança. Caracterizam a servidão os princípios: da perpetuidade, mediante a perda, pelo proprietário do prédio serviente, do exercício de alguns dos seus direitos dominiais, bem como o da indivisibilidade e o do seu exercício moderado, restringindo-se às necessidades do prédio dominante conforme prescrevem os artigos 1380 a 1386 do referido Código (RABELLO, 2009, p. 132).

Entretanto, a servidão administrativa é uma utilidade pública sobre prédio alheio, além disso, tem o interesse público que motiva os atos administrativos em geral. Afeta um bem como direito real, dando, por conseguinte, a titularidade deste direito ao sujeito que o constituiu – uma pessoa jurídica de direito público (ou ente delegado). Pode-se dizer que se aplicam os mesmos princípios já mencionados para as servidões civis, no entanto, quando decorrentes de lei, a servidão administrativa poderá atingir toda uma categoria de bens não individualizados, sendo fundamental que se estabeleça com ela o ônus real de uso, imposto pela administração pública à propriedade particular, assegurando com isso a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública. Interessante ressaltar que a existência de um prédio público dominante sobre um prédio privado serviente não transforma esta servidão civil em servidão administrativa (RABELLO, 2009, p. 134).

A maioria dos autores acolhe a figura da servidão administrativa como um ônus real, de finalidade pública, constituído sobre propriedade alheia. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 187) assevera que:

O artigo 18 constitui uma servidão, mas não delimitou seu campo de incidência, deixando ao critério subjetivo de determinado órgão público a decisão quanto ao alcance dessa restrição em cada caso.

É de competência municipal a autorização de construções, mediante aprovação de respectivas plantas, no entorno de imóvel tombado. Porém, ocorrem situações em que já houve aprovação da construção pelo ente municipal, sendo esta impugnada posteriormente pelo ente federal. Assim, para que fosse assegurado o que prescreve o Decreto-lei nº 25/1937, em seu artigo 18, faz-se necessário adotar medidas: com critério objetivo delimitando o conceito de vizinhança e determinando a área que a construção seria realizada, dependendo de aprovação pela autarquia competente, no caso, o IPHAN; bem como a averbação no Registro de Imóveis da área onerada com a servidão ou notificação ao ente municipal interessado, para que este não haja em desacordo com o respectivo ente competente, além disso, não acarretando prejuízo ao terceiro interessado na construção (DI PIETRO, 2015, p. 187).

A autora ainda ressalta que na ausência de tais medidas, deverá ente competente exercer sua fiscalização e “permanente vigilância” sobre os bens tombados, bem como a vizinhança. Caso terceiros de boa-fé tiverem suas construções embargadas ou demolidas, mesmo com aprovação do ente municipal, caberá a responsabilidade ao ente público, que por culpa sua incorre na obrigação em perdas e danos.

Destarte, trata-se de efeitos específicos, anunciando as restrições impostas ao exercício do direito de propriedade, as obrigações do proprietário e a de terceiros, e as do próprio Poder Público.

4.3 MODALIDADES DE TOMBAMENTO

Já foi dito que o ato de tombamento é a manifestação positiva de vontade, feita pelo conselho consultivo, no sentido de que determinado bem integre ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Essa decisão, para produção de seus efeitos sujeita-se ao controle mediante homologação em âmbito federal pelo Ministro da Cultura e no âmbito estadual⁶⁹ (Bahia, pelo Governador do Estado artigo 10, inciso VI,

⁶⁹ Art. 10 - O Tombamento obedecerá ao seguinte procedimento: VI - aprovado o parecer, o CEC encaminhará o processo ao Secretário de Estado da Cultura e Turismo, que o submeterá à homologação do Governador do Estado, que, estando de acordo, mandará publicar decreto no Diário Oficial; O Decreto-Lei deixa claro quem possui legitimidade para provocar a instauração do processo de registro, a saber, o Ministro de Estado da Cultura, as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, as Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal e as Sociedades ou Associações Cívicas.

conforme a Lei nº 8.895 de 16 de dezembro de 2003), devendo ainda ser citada a Superintendência do IPHAN na Bahia⁷⁰.

O tombamento de bens reveste-se de aspectos jurídicos complexos, além de não prescindir de estudos técnicos aprofundados relacionados com o sentido e a compreensão do que seja valor cultural. Nesse sentido, independentemente de previsão legal, são elaborados estudos técnicos que embasam a decisão do Conselho Consultivo. O Decreto-Lei nº 25/1937 não faz menção a esses estudos, não os tornando, portanto, obrigatórios. Entretanto, eles se impõem, não por força da literalidade da lei, mas para esclarecer a motivação do ato administrativo, explicitando a relação entre a escolha de determinado bem e o interesse público em conservá-lo.

Em relação ao processo de tombamento, o referido Decreto-Lei especifica os procedimentos no artigo 6º⁷¹, em que dispõe sobre o tombamento voluntário e o tombamento compulsório. O tombamento diferencia-se caso atinja bens públicos ou particulares. Desse modo quando há incidência de bens públicos, far-se-á o

⁷⁰ A Bahia, ocupando uma área de 567.692,669 km², é o quinto maior estado do país e possui um dos maiores e mais significativos acervos de bens culturais do Brasil. A organização da salvaguarda deste acervo cultural, primazia do Estado iniciada já nas primeiras décadas do século XX, foram intensificadas após a criação do SPHAN, a quem coube as tarefas de identificação, restauração e preservação dos bens culturais de excepcional valor. Em 1937, foi criado o 2º Distrito do SPHAN, com sede em Salvador, abrangendo os estados da Bahia e Sergipe. Em 1990, transformou-se em 7ª Coordenação Regional, atual Superintendência Regional do IPHAN, com jurisdição sobre a Bahia. Em 1988 a sede passou do Museu dos Sete Candeeiros para a Casa Berquó, imóvel do século XVII, tombado individualmente, situado no centro histórico de Salvador. A ação desenvolvida ao longo dos 78 anos de existência da instituição no estado da Bahia, resulta hoje na proteção legal de 174 bens de natureza material tombados individualmente e mais de 9 mil imóveis tombados em conjunto. São considerados como bens individuais: o Conjunto Arquitetônico e Paisagístico de Cachoeira; o Conjunto Paisagístico de Iguatu, em Andaraí; o Conjunto Arquitetônico, Urbanístico e Paisagístico de Itaparica; o Conjunto Arquitetônico e Paisagístico de Lençóis; o Conjunto Arquitetônico, Urbanístico e Paisagístico de Monte Santo; o Conjunto Arquitetônico e Paisagístico de Mucugê; o Conjunto Arquitetônico e Paisagístico da Cidade Alta de Porto Seguro; o Município de Porto Seguro; o Conjunto Arquitetônico de Rio de Contas; o Centro Histórico de Salvador; o Conjunto Arquitetônico, Urbanístico e Paisagístico de Salvador – trechos da Av. Otávio Mangabeira, Conceição da Praia, Dique do Tororó, Conjuntos Urbanísticos e Vales Florestais, largo dos Mares, Penha, Praça Ana Nery, Praça Severino Vieira, Outeiro de Santo Antônio da Barra, Praça da Sé e Passo; Conjunto Arquitetônico da Rua Carneiro de Campos e Travessa Aquino Sodré; e, finalmente, Conjunto Paisagístico de Santa Cruz Cabrália. Há também os objetos de registro do patrimônio imaterial: o Samba de Roda do Recôncavo, o Ofício das Baianas de Acarajé, a Roda de Capoeira, Ofício dos Mestres de Capoeira e a Festa do Senhor do Bonfim A relevância deste patrimônio é reconhecida pela UNESCO ao distinguir o Centro Histórico da Cidade do Salvador e a Costa do Descobrimento como Patrimônio Mundial, além da inscrição do Samba de Roda do Recôncavo na lista das Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade. O Conjunto da Igreja e o Claustro da Ordem Primeira de São Francisco de Salvador eleito uma das 07 maravilhas do Mundo Lusófono. (IPHAN-BAHIA, 2017).

⁷¹ Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

tombamento de ofício conforme prescreve o artigo 5º⁷² do Decreto-Lei, quando o bem declarado de valor histórico-cultural for público, decorrendo os efeitos do tombamento a partir da notificação à entidade a que o bem pertence, sendo que a partir da notificação a medida começa a produzir efeitos (DI PIETRO, 2015, p. 182).

O ato administrativo que declara e registra o tombamento (tendo por objeto bens particulares) pode ser voluntário ou compulsório. Em qualquer dessas modalidades deverá haver manifestação do conselho consultivo com a elaboração de estudos técnicos que embasam a sua decisão. Os estudos, os pronunciamentos, os encaminhamentos da matéria até esta chegar à decisão do Conselho Consultivo, formam o processo administrativo de tombamento (DI PIETRO, 2015, p. 183)

O tombamento será voluntário – artigo 7º⁷³, quando o proprietário solicitar a declaração de tombamento do bem, sendo necessário que este possua os requisitos para a declaração de interesse social, a juízo do ente competente ou que o proprietário no momento em que for notificado pela autarquia respectiva a respeito do tombamento expresse anuência, por escrito. O tombamento será compulsório quando for realizado por iniciativa do Poder Público ainda que não corresponda à vontade do proprietário, como dispõe os artigos 8º e 9º⁷⁴ do Decreto-Lei (RABELLO, 2009, p. 65)⁷⁵.

⁷² Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

⁷³ Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

⁷⁴ Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa. Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo: 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação. 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo. 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

⁷⁵ Sonia Rabello (2009, p. 65) entende que a distinção entre tombamento voluntário e compulsório está hoje, no seu aspecto prático, superada pelo entendimento de que a Lei 6.292/75, que dispõe sobre a homologação ministerial, não dispensa o parecer do Conselho Consultivo para nenhum tipo

Quanto à notificação, esta é a oportunidade dada pelo Decreto-Lei ao proprietário para que este apresente recurso administrativo do tombamento. Já a publicidade do tombamento, em qualquer ato administrativo, será feita por meio oficial de divulgação. O tombamento também produz efeitos contra terceiros que não o proprietário, mas a lei não previu para estes a legitimidade, prazo e forma de recurso. Apenas para o proprietário há esta faculdade, a qual uma vez exercida obrigará à Administração a apreciar, se manifestando sobre as objeções suscitadas (RABELLO, 2009, p. 70).

Desse modo, ainda que os interesses de terceiros sejam atingidos pelos efeitos do tombamento, eles não têm direito a recurso específico, por falta de previsão legal. Contudo, não se pode afirmar que terceiros interessados não possam peticionar junto à Administração Pública para que possam levantar argumentos relativos ao mérito ou à legalidade do ato administrativo, tendo ela de apreciar a matéria (haja vista quando mencionado no presente estudo em relação à questão de vizinhança do terceiro de boa-fé), pois o direito de petição é garantia constitucional (RABELLO, 2009, p. 70).

Acrescenta RABELLO (2009, p. 73) que o Decreto-Lei 25/1937 estabeleceu três prazos específicos: o primeiro, já mencionado, que é o prazo de 15 (quinze) dias para o proprietário, após o recebimento da notificação, anuir ou impugnar o tombamento, e os outros dois prazos estão especificados no item 3 do artigo 9º, indicando que a impugnação feita pelo proprietário só será apreciada, tanto pela autoridade técnica quanto pelo Conselho Consultivo, se tiver sido feita no prazo legal. Portanto, sendo intempestiva, não estará a administração obrigada a apreciá-la, uma vez que o interessado não exerceu o seu direito no prazo legal. Contudo, não obsta que a Administração aprecie a impugnação intempestiva, se assim julgar conveniente, mas fora do prazo esse exame não será imposto à Administração Pública.

de tombamento. Assim é que, com o advento desta lei, todos os tombamentos, sejam eles voluntários ou compulsórios, passaram a ter a necessária manifestação do Conselho Consultivo. Desse modo, o processo de tombamento segue a seguinte tramitação, à vista do Decreto-lei 25/1937 c/c a **Lei 6.292/75**: o proprietário do bem é notificado, tendo o prazo de 15 (quinze) dias para anuir, ou não, ao tombamento. Havendo impugnação, o órgão que encaminhou o tombamento manifestar-se-á sobre ela, enviando o processo à apreciação do Conselho. Não havendo impugnação no prazo legal, o processo também será encaminhado ao Conselho, para deliberação. Em ambos os casos, após manifestação do Conselho, submeter-se-á a decisão à homologação ministerial.

Os prazos não assinalados especificamente pelo Decreto, como o da remessa do processo ao Conselho Consultivo para sua apreciação, não conferem à Administração a possibilidade de abusar deste espaço de tempo. O Decreto dispõe nesse caso, que a remessa será feita “em seguida”. Portanto, estando entre dois prazos a remessa será feita dentro de um prazo razoável para se exarar um despacho, dentro dos trâmites burocráticos normais.

Na falta desses prazos, aplica-se o princípio da eficiência e da boa administração de modo que a Administração Pública deve decidir em prazos razoáveis. O desrespeito ao prazo de 60 (sessenta) dias para conclusão definitiva do procedimento administrativo de tombamento, seja por omissão do ente competente, seja por seu retardamento, configura abuso de poder, sanável por intermédio do Poder Judiciário (RABELLO, 2009, p. 74).

O tombamento ainda prevê outras duas modalidades, quanto a sua eficácia, prevista no artigo 10⁷⁶ do Decreto-Lei, estabelecendo que o tombamento voluntário ou compulsório, pode ser provisório ou definitivo, conforme o processo seja iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição no Livro do Tombo. A decisão definitiva sobre o tombamento compete ao ente que declarou a necessidade de preservação do bem, devendo, necessariamente, proferir decisão no prazo de 60 (sessenta) dias. Tal como o prazo anterior, o Decreto-lei não prevê sobre as consequências do não cumprimento deste prazo, porém, sendo aplicáveis os mesmos efeitos mencionados acima (DI PIETRO, 2015, p. 182).

A sustação de alteração do bem, em decorrência da declaração do tomo é o que se chama de tombamento provisório, que ocorre com a notificação do proprietário “cujos efeitos são equiparados aos do tombamento definitivo”, à exceção do Registro no cartório imobiliário, que decorre exclusivamente da fase final do procedimento, conforme previsto no artigo 10, parágrafo único⁷⁷. Caso seja deferido o tombamento pela autarquia responsável (IPHAN) em âmbito federal, deverá

⁷⁶ Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

⁷⁷ Art.10. [...] Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo. Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

ocorrer necessariamente a homologação pelo Ministro da Cultura (DI PIETRO 2015, p. 185).

Da decisão pelo tombamento definitivo caberá recurso ao Presidente da República, com previsão no Decreto-Lei nº 3.866 de 29 de novembro de 1941, visando o recorrente o cancelamento do registro do bem no Livro do Tombo, sendo que poderá o Presidente, de ofício, cancelar o registro do bem tombado, sob a alegação de atender aos motivos de interesse público. Esta via recursal é muito criticada doutrinariamente, vez que é flagrante a discricionariedade concedida ao chefe do executivo nacional, pois em matéria histórica e artística seu juízo particular se sobrepõe a decisão *do* ente competente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 185) não comunga da crítica acima mencionada, manifestando-se contrária pelos seguintes fundamentos:

Não nos parece procedente a crítica, tendo em vista que o dispositivo só autoriza o cancelamento “por motivos de interesse público”, o que exige motivação, contrastável perante o Judiciário, por parte do Presidente da República. Se é verdade que a proteção do patrimônio cultural é dever do Estado precisamente pelo seu interesse público, não é menos verdade que esse interesse pode, em determinado momento, conflitar com outros, também relevantes e merecedores de proteção; um deles terá que ser sacrificado, a critério da autoridade a quem a lei conferiu o poder de decisão.

O recurso ao Presidente da República só é cabível quando a entidade administrativa que decretou o tombamento for federal, no caso, o IPHAN, pois se a declaração de tombamento emanar de ente estadual ou municipal, só caberá recurso se previsto em legislação própria, sendo que será interposto perante o chefe do executivo local, no caso governador ou prefeito.

4.4 A INEFICÁCIA SOCIAL DO PROCEDIMENTO DE TOMBAMENTO

Face à complexidade desse objeto de estudo, que é o instituto do tombamento, sendo tão amplo, uma vez que a história e a preservação do patrimônio cultural envolvem conhecimentos de várias áreas, tornando seu estudo muito complexo e interdisciplinar, é que se faz necessário a elaboração de estudos e trabalhos técnicos que examinem e opinem sobre o bem proposto a ser tombado. Esse estudo constitui num procedimento administrativo preparatório que, confere ao ente

competente, o dever de adotar medidas de preservação do patrimônio cultural, criando restrições impostas pelo Poder Público ao proprietário. A finalidade do procedimento não é engessar, imobilizar ou alterar qualquer forma de expressão, modo de saber, viver ou fazer dentre outras, mas, antes, identificar e perpetuar os bens culturais de natureza material e imaterial (IPHAN, 2017).

Como exposto, a finalidade do tombamento é preservar os bens culturais e naturais brasileiros. Além desse instituto, existem outros mecanismos de preservação. O inventário é a primeira forma para o reconhecimento da importância dos bens culturais e ambientais, por meio do seu registro de suas características principais. Os Planos Diretores também estabelecem formas de preservação do patrimônio em nível municipal através do planejamento urbano. Os municípios deverão promover o desenvolvimento das cidades sem a destruição do patrimônio, podendo ainda criar leis específicas (no caso do município de Salvador, foi criado em 2014 o Conselho de Cultura) que estabeleçam incentivos à preservação (IPHAN, 2017).

Nesse sentido, apesar do rol exemplificativo da importância de se preservar o patrimônio cultural, este ainda não é visto pela sociedade brasileira, especialmente pelas autoridades constituídas, como fator primordial face às inúmeras tarefas de se permitir à educação, habitação e saúde à população. Mas a compreensão tardia dessa importância acarreta um processo de degradação e destruição física e social, como refere Maria Lúcia Chagas Valle Soubihe (1992, p.15):

[...] o centro histórico deve ser considerado além de um bem cultural intransferível, um notável patrimônio econômico edificável, não desperdiçado, abandonado ou destruído, nem direcionado às mãos da especulação.

A responsabilidade de preservar e conservar não depende somente de um procedimento eficaz, na elaboração de normas que impõe ao proprietário do bem, restrições para que ele conserve e preserve o patrimônio cultural. Isso por si só não é o suficiente, uma vez que caberá a cada geração valorizar e aumentar esse patrimônio, para que faça parte da vida de gerações futuras, por meio de uma conscientização envolvendo várias áreas do conhecimento. Assim, o Estado deve promover uma educação patrimonial integrada com a comunidade, como forma de conscientização e responsabilidade que deverá ser repartida pelo proprietário, ente

público e toda a sociedade, com finalidade específica de preservar e conservar o acervo patrimonial de sua cidade.

Claro que é imprescindível os estudos, os pronunciamentos, os encaminhamentos da matéria até esta chegar à decisão ao ente competente, formando o processo administrativo de tombamento. A decisão por esse ente torna a manifestação de vontade do Poder Público na instrução do processo de tombamento de grande importância não só para subsidiar sua decisão, como também para informar quanto a aspectos fundamentais do tombamento, isto é, precisar seu objeto, determinar sua característica e sua expressão enquanto bem de valor cultural do País (RABELLO, 2009, p. 135).

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (2017) destaca que:

Preservar seria a manutenção de um bem no estado físico em que se encontra e a desaceleração de sua degradação, visando prolongar e salvaguardar o patrimônio cultural. Cada indivíduo é parte de um todo – da sociedade e do ambiente onde vive – e constrói, com os demais, a história dessa sociedade, legando às gerações futuras, por meio dos produtos criados e das intervenções no ambiente, registros capazes de propiciar a compreensão da história humana pelas gerações futuras.

Contudo, após todo esse percurso e sendo o bem tombado faz-se necessária a fiscalização efetiva, não só pelo ente público através do poder de polícia, no dever de atender às restrições estabelecidas pelos órgãos competentes, mas pela própria comunidade no dever de zelar pela preservação do patrimônio cultural, pelo qual é a principal responsável, para que tenha o direito de usufruir do organismo vivo que é a sua cidade, como assevera José Teixeira Coelho Netto (1979, p. 9):

Se a cidade é um organismo vivo, ela não deixa de crescer e de sofrer transformações. O indivíduo faz parte da cidade e a cidade faz parte do indivíduo, um depende do outro, *o homem vive na cidade e da cidade, e a cidade não deixa de viver do homem.*

Como assevera Sônia Rabello (2009, p. 113):

Conservar é proteger do dano, da mutilação e da descaracterização. Este é o conceito do próprio Decreto-Lei nº25/1937, disposto no seu artigo. Com isso, a coisa tombada deve ser resguardada de qualquer ação de destruição opcional ou provocada. Não obstante, não é adequado entender a noção de conservação como de permanência absoluta, ou de completa inalterabilidade; ao contrário, se a coisa é, pela sua natureza, mutável, sua conservação importa proteger as condições básicas que permitam a continuidade de suas características, segundo sua própria natureza.

Preservar o patrimônio cultural de sua cidade é preservar sua memória urbana, em um contexto amplo. Assim, não basta a realização de um procedimento de tombamento eficaz por meio de normas jurídicas, na adoção de restrições ao proprietário pelo ente público, se esse processo não for consubstanciado na realidade prática para a promoção de se preservar e conservar o bem cultural. O que deve ser observada é a preocupação com a preservação e conservação dos bens culturais tombados ou em processo de tombamento, nos diferentes contextos e suportes, justificando com isso, pela reflexão sobre o perigo de esquecer ou de perder a identidade cultural de uma comunidade que relatam fatos para gerações atuais e futuras; sejam eles, arquitetônicos, históricos e/ou culturais relevantes para uma determinada sociedade.

5 O INDIVÍDUO E SUAS REFLEXÕES A PARTIR DE ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O alicerce desse estudo pode ser verificado como o motivo que está por trás do fato, ou seja, uma tomada de consciência sobre a compreensão do processo que pode gradativamente desencadear uma série de argumentos lógicos a partir da discussão entre o indivíduo consciente de sua existência, e a sua formação do círculo social do qual participa.

E um dos meios de se verificar a inserção entre o indivíduo e a coletividade, é a utilização dos argumentos que podem vir a ser desencadeados a partir de sua memória cultural, em que o seu passado, sua história, não podem ser ruínas esquecidas pelo tempo. Sua história deve ser vivenciada, para dar sentido enquanto indivíduo consciente da vida e da sociedade (IPHAN, 2017).

A formação num processo contínuo de proteção do passado, em que o seu agir no presente é construído para assegurar que seus direitos se mantenham e que serão compartilhados por novas pessoas, na proteção do patrimônio cultural. É nítido, portanto, que o passado não morre e que o direito deve ser realizado pela força coercitiva do Estado. O dever ser do Estado, enquanto um direito que foi adquirido pelo tempo, sendo protegido no presente e podendo haver uma expectativa de um direito, na proteção de incertezas futuras (QUEIROZ, 2016, p. 19).

Sendo assim, um ponto de destaque para a utilização dos argumentos é a utilidade prática do direito do indivíduo enquanto ser consciente inserido na sociedade, no seu papel da construção da proteção do patrimônio cultural e o dever do Estado de zelar por essa proteção.

Para ser feito uma análise argumentativa do problema aqui estudado, pode-se assumir como referência o pensamento de Stephen Edelston Toulmin, (2006, p. 01), autor que, ao discorrer sobre os usos do argumento, definiu a princípio estudos com os quais foram desenvolvidos, com a finalidade de suscitar problemas registrando que:

O propósito destes estudos é levantar problemas, não resolvê-los; é chamar atenção para um campo de indagação, em vez de examiná-lo completamente; e provocar a discussão, em vez de ser usado como tratado sistemático. São “ensaios”, em três sentidos: ao mesmo tempo, são incursões experimentais no campo com que se ocupam; são exames de

conceitos-modelos tirados bem arbitrariamente de uma classe maior; e são, por fim, *ballons d'essai*, balões de ensaio destinados a desviar o fogo.

Assim, o que será proposto no decorrer desse estudo sobre a proteção do patrimônio cultural, como o instituto de tombamento está sendo inserido na vida cotidiana de um proprietário de um bem imóvel tombado e seu dever imposto pelo Estado de preservar esse bem.

Entretanto, faz-se necessário, realizar uma série de discussões a partir dos usos do argumento, para se chegar a uma possível concretização do direito. Como mencionado acima, a proteção do passado, em que o agir (indivíduo enquanto ser social) no presente é construído para assegurar que seus direitos se mantenham e que serão compartilhados por novas pessoas, na proteção do patrimônio cultural é uma mera expectativa de direito, face às inúmeras variáveis (requisitos) impostas (dever de conservação por exemplo) pelo Estado que podem ser visualizadas por meio da construção de uma cadeia a ser desenvolvida a partir de um argumento lógico.

Essas discussões podem desencadear inúmeras variáveis, fazendo com que o direito do indivíduo seja objeto de reflexão. Esse direito que foi adquirido no passado, mas que pode continuar a produzir efeitos jurídicos no presente e possivelmente no futuro.

O interessante é questionar se esses efeitos jurídicos serão sempre os mesmos ou se o direito se manterá ou se realmente será assegurado pelo Estado.

Ruth Maria de Barros Reicao Cordido (2014, p. 19) descreve acerca desses efeitos jurídicos, afirmando que eles serão sempre os mesmos, desde que a situação e o direito se mantenham:

Em outras palavras, o direito funciona em diálogo com o passado. Com o intuito de interagir um fim, para o Estado-moderno: a paz social, o direito assegura uma condição que foi gerada de um fato passado, mas que só tem razão de existir se combinar na sistemática de organização jurídico-social. Assim, vê-se nas relações de força e poder, os acontecimentos passados são fundamentais para se compreender a adequação do presente.

Entretanto, o que se vê na atualidade, é que os efeitos jurídicos da regulação do patrimônio histórico-cultural estão cada vez mais distantes de serem concretizados pelo Estado, a partir do momento em que a identidade, a cultura, arte, filosofia,

história de um povo estão sendo relegados e tendo um papel secundário na vida contemporânea, pela ausência da pertinência do passado no presente (QUEIROZ, 2016, p. 44).

As ruínas de dezenas de bens imóveis espelhados no ambiente vivido pelo indivíduo demonstram não somente o descaso pela sua falta de proteção, restauração, ou seja, salvaguarda. Além disso, estas ruínas revelam um total abandono de compreender a história de um povo.

O que faz o indivíduo ser consciente de suas reponsabilidades e na salvaguarda de seu passado e seu presente contido nas construções que estão hoje em ruínas, é justamente a participação social de sua interação entre a vida individual e a vida coletiva, na medida em que a perspectiva do passado para o presente, possam ser reescritas por novas pessoas que darão novos contornos e sentidos às edificações e ao que ainda está em pé, para que possa ser reerguida com a finalidade de fomentar a construção da vida social. Do contrário, o passado continuará a ser visto sem importância (QUEIROZ, 2016, p. 47).

E o papel do Estado, pela sua força de atuação é imprescindível para essa construção, condicionando dessa forma, para a criação de uma sociedade menos desigual. O desenvolvimento do Estado, para fins democráticos, não pode fechar os olhos para a diversidade de seu povo, que indubitavelmente é sua fonte de riqueza (CORDIDO, 2014, p. 22).

Quando se avalia o indivíduo e suas reflexões a partir de argumentos lógicos utilizados na construção do pensamento de proteção do patrimônio cultural, isso quer dizer, que esse pensamento deve estar atrelado ao passado que é relevante para o presente na vida social contemporânea.

Assim, indaga-se quanto aos problemas que podem ser extraídos, no sentido de investigar quais os argumentos que podem ser descobertos e desenvolvidos e como se aplicam na prática?

Como destaca Stephen Edelston Toumin (2006, p. 02):

“Como princípio”, diz Aristóteles, “devemos dizer sobre o que pergunta esta investigação e a que tema pertence. Ela diz respeito à *apodeixis* [isto é, ao modo como as conclusões devem ser estabelecidas]; (como tema) inclui-se na ciência (episteme) do estabelecimento de conclusões”. No século XX d.C., já se pode questionar esta conexão, e há de haver quem entenda que

“demonstração lógica” é uma coisa. E outra coisa, diferente, é, na vida normal, chegar a conclusões.

No entendimento descrito por Aristóteles na época era impossível haver a separação entre demonstração lógica e a vida normal. Ou seja, eu poderia dizer que a demonstração lógica retirada dos lógicos é uma coisa, e outra coisa, é a demonstração na vida prática do homem comum (do homem não especialista) para se chegar a uma conclusão lógica. Porém, mesmo hoje, se houver pelo menos um pouco, do afastamento dos problemas da lógica técnica, ainda poderá ser visualizada a importância quanto ao levantamento de questões filosóficas gerais sobre a avaliação prática de argumentos no sentido de demonstrar o que pergunta a investigação e a que tema pertence. (TOULMIN, 2006, p. 2).

Destarte, para que o ser humano possa influenciar novas gerações e transcender a sua individualidade, é importante que por meio do pensamento reflexivo na utilização de seus argumentos lógicos possa ter o desejo contínuo de se aperfeiçoar, a partir do seu passado. Esse como fator preponderante ao estímulo à criação de valores e a função educadora da história, bem como a referência às mudanças sociais.

Isso poderia ser exemplificado da seguinte forma: o que pergunta a investigação: como posso preservar o bem material tombado? E a que tema pertence: preservação do patrimônio cultural. A partir daí poderíamos tirar várias conclusões lógicas dedutivas, que somente poderiam ser concretizadas e vivenciadas na prática.

5.1 O LAYOUT DE ARGUMENTOS NA VISÃO DE TOULMIN – O BEM IMÓVEL

Para que a validade dos argumentos seja estabelecida ou refutada, faz-se necessário um reconhecimento de uma estrutura mais refinada de cada problema, introduzindo a ideia de forma lógica (TOULMIN, 2006, p. 136).

Um mesmo argumento pode, sem dúvida, ser exposto de várias formas diferentes, e alguns desses padrões de análise serão mais imparciais do que os outros, ou seja, quando se argumenta sobre os bens imóveis, por exemplo, alguns desses argumentos irão demonstrar de forma mais clara do que os outros a sua validade ou

invalidade, permitindo que se vejam mais explicitamente a relação entre as bases e a conclusão (TOULMIN, 2006, p. 136).

E como pode ser visto tais argumentos a partir dos bens imóveis, por exemplo? A exposição de um argumento pode ser visto entre um modelo artístico, social e outro jurídico?

No caso da presente investigação, a questão fundamental é o reconhecimento de bens culturais móveis e imóveis decorrente de um ato administrativo (ato de tombamento), do poder de império do Estado, criado pelo Decreto-lei nº 25/37, sendo reforçado sob o critério de avaliação de história e de arte, que foi determinante para que o conceito integrasse na construção de uma cultura.

A título de exemplo o bem imóvel, (na forma de patrimônio edificado⁷⁸), dirigido ao observador, pode ter um conceito ainda impreciso, em que a noção de estética poderá ser descrita pelo indivíduo a partir da influência de sua memória pessoal no âmbito em que vive, obtendo certas propriedades perspectivas, ao descrever a sua percepção visual sobre a arquitetura barroca (utiliza a dinâmica das formas, curvas para aumentar a tensão, entre o movimento das fachadas). Com isso, o modelo demonstrado a partir do argumento do observador, que revela a forma dos monumentos e a sua dinâmica por meio da sua memória visual que é influenciada pelo seu passado (ARNHEIM, 1993, p. 41).

Por outro lado, entendido bem imóvel como patrimônio histórico cultural, tem-se um instrumento (tombamento) válido que tem como efeito jurídico restringir parcialmente o direito de propriedade (ao proprietário) instituído, mediante processo administrativo instaurado pelo Poder Público, com a finalidade de preservar o patrimônio cultural (a exemplo do bem imóvel) impedindo a sua destruição ou descaracterização.

Contudo, na prática a proteção acaba por residir num plano ideal, discursivo, que serve somente para mascarar a real destruição do bem seja ele móvel ou imóvel (meio de refutação).

A noção de forma lógica poderá combinar com esses dois modelos descritos acima, a partir da argumentação do que seria o tema pertencente à preservação do bem imóvel por meio do tombamento, bem como quanto a sua investigação se o

⁷⁸ Patrimônio Edificado: são edificações isoladas ou conjunto de edificações, que poderão ter tipologias distintas e não necessariamente antigas, mas que possuam peculiaridades culturais. Ex.: a arquitetura rural, as fábricas, as casas comuns, as cidades, os monumentos, etc.

processo de tombamento imposto pelo Poder Público é eficaz, realizando com isso uma investigação do problema a ser estudado. Caso o caminho a ser seguido possa ser visualizado na prática, para esclarecê-lo, será importante a sua resolução, principalmente para entender a lógica do tema proposto (TOULMIN, 2006, p. 137).

Relembrando quanto à preservação que esta pode existir sem o tombamento, pois este é um instrumento de imposição legal, previsto pelo Poder Público ao proprietário, porém, sem ele não há garantia real de preservação. A partir daí, tem-se a investigação por meio dos argumentos que poderão ser suscitados no caso prático.

Nesse sentido, Stephen Edelston Toulmin (2006, p. 137) descreve que “é preciso ter cautela na maneira de evitar questões filosóficas, pois é importante se concentrar nas questões mais diretas e prosaicas”. O autor ainda salienta:

Sem perder de vista as categorias da lógica aplicada – isto é, a atividade prática da argumentação e as noções indispensáveis para argumentar – temos de perguntar que características deve ter um layout logicamente imparcial dos argumentos. Para estabelecer conclusões é preciso considerar uma série de questões diferentes – de diferentes tipos -, e temos de considerar estas questões para analisar os aspectos práticos; nossa primeira pergunta é: que questões são essas e como podemos fazer justiça a todas elas quando submetemos nossos argumentos a avaliação racional?

Quando o autor descreve sobre a lógica aplicada é no sentido de observar o constante hábito que se tem, desde Aristóteles ao analisar os argumentos a partir de uma microestrutura apresentando de forma simples três proposições, “premissa menor, premissa maior; portanto, conclusão” (2006, p. 137).

Retomando o exemplo supracitado (do bem imóvel), indaga-se se a “premissa maior”, a “premissa menor” e a “conclusão”, é suficiente para se distanciar de forma imparcial acerca do real significado de patrimônio cultural? (TOULMIN, 2016, p. 138).

Em alguma medida Toulmin vai criar uma teoria da argumentação com uma preocupação essencial, ou seja, a transição entre premissas. Ele vai notar que existem inúmeras situações argumentativas em que não vai propriamente chegar à transição entre premissa maior e premissa menor com uma transição rigorosamente lógica, sob o sentido da lógica formal. Porque em regra, isso ocorre dentro do discurso prático, obviamente em regra ocorre no Direito. Contudo, como o autor está

preocupado com o discurso prático, o Direito acaba sendo um exemplo para que se tenha uma compreensão de como funciona o entendimento da doutrina.

Assim, por meio da teoria argumentativa pode ser feita algumas distinções de tipos de argumento discorrendo às situações do procedimento do instituto de tombamento através das regras impostas pelo ente público e do outro lado o modo como o proprietário deverá preservar o patrimônio edificado.

Quando se fala das edificações, trava-se um questionamento do uso do patrimônio cultural que está sendo preso a um suporte midiático ou basicamente ao um evento de arte, realizado num espaço tombado, que poderia estar sendo utilizado de outra maneira, pela sua importância ao analisar as demandas de uso do espaço pela sociedade (CHOAY, 2011, p. 41).

A autora se atém ao uso do patrimônio cultural edificado e como este pode ser explorado, descrevendo ainda (2011, p. 41):

Em outras palavras, nós devemos dotar esses lugares de novos usos adaptados à demanda social e contemporânea; saber proceder às transformações necessárias, associando o respeito do passado e a aplicação de técnicas contemporâneas de ponta.

As edificações em ruínas deveriam servir como habitação popular, em que a população e o Poder Público se mobilizassem para alterar as normas técnicas, podendo com isso, utilizar esses edifícios, para além de atividades de lazer e de entretenimento. Onde o patrimônio cultural possa ser mantido vivo e respeitado sendo ocupado como um espaço junto com outros edifícios, havendo assim, um diálogo com as demandas sociais (CORDIDO, 2014, p. 38).

Quando se afasta do caso especial da lei, ou seja, dos requisitos de preservação do bem imóvel, impostos pelo Poder Público (primeiro argumento) e retoma a considerar os argumentos racionais em geral, descrito pela autora acima, de mobilização da população e do Poder Público quanto à alteração das normas técnicas a partir de um debate mais democrático em prol da coletividade (segundo argumento), pode-se estar diante de uma questão que esbarra em saber se esses argumentos serão analisados por um conjunto igualmente complexo de categorias que convergem para o mesmo objetivo, preservar o patrimônio cultural.

Nesse sentido, Toulmin descreve (2006, p. 139):

Se tivermos de expor nossos argumentos com completa imparcialidade lógica e compreender adequadamente a natureza “do processo lógico”, teremos, com certeza, de empregar um padrão de argumentos tão sofisticado, no mínimo, quanto é necessário em Direito.

As declarações normativas têm inúmeras diferentes funções, a exemplo da interpretação do processo de tombamento no momento do parecer do conselho consultivo do ente público responsável, as interpretações desse parecer, discussões de sua validade, reivindicação de isenção (se houver) ou imunidade para aplicação de uma lei, enfim, todas essas classes diferentes de preposições são suscitadas para o desempenho do procedimento legal, e suas diferenças vistas na prática não são insignificantes (TOULMIN, 2006, p. 138).

O autor ora mencionado, não está preocupado apenas com a argumentação jurídica, mas também com a argumentação em geral, tentando fazer uma espécie de estruturação do discurso que permita ao observador (por meio da representação gráfica ou mesmo ao discorrer uma situação), faça uma reconstrução de quais premissas e quais elementos básicos compõe o discurso, sendo uma estruturação não necessariamente voltada para a aplicação do Direito, mas este tem relevância para autor, obtendo um espaço privilegiado na investigação de seu estudo.

O modelo simples de análise dos argumentos sempre pode distinguir quatro elementos: pretensão, razões, garantias e respaldo. A pretensão é o ponto de partida e o ponto de chegada de uma argumentação. Chama-se de proponente aquele que inicia a argumentação perante outro chamado de oponente. Caso o oponente queira questionar a pretensão (se não questionar não surgirá necessidade de argumentar), o proponente terá de dar as razões a favor da sua pretensão inicial. As razões não são teorias gerais, mas fatos específicos do caso. Exemplo: o proprietário não informou a respeito da rachadura na parede ao ente público, por achar que não seria necessário. Foram feitas investigações acerca da entorno do bem tombado sendo excluído todo o resto, encontrando somente uma rachadura na parede interna da casa. As razões não são teorias gerais, mas fatos específicos do caso. (ATIENZA, 2014, p. 96).

O oponente poderá rediscutir os fatos ou aceitar as razões e exigir do proponente que justifique a passagem das razões para a pretensão, já que a argumentação também finaliza com a pretensão. Os enunciados que autorizam essa passagem

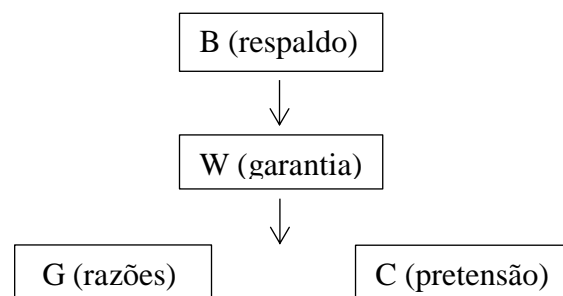
constituem a garantia do argumento. A natureza da garantia depende também do tipo de argumento de que se trate, de maneira que poderá consistir numa regra de experiência, numa norma ou princípio jurídico, numa lei da natureza e entre outros, mas não são enunciados que descrevem fatos, mas regras que permitem a passagem de um enunciado para outro (ATIENZA, 2014, p. 97).

Muitas vezes estabelecer uma garantia para o argumento não é suficiente. Há ocasiões em que é necessário mostrar também que a garantia é válida, relevante e com peso suficiente, principalmente quando há diversas formas de passar das razões à pretensão, por isso o proponente deve mostrar que sua garantia é superior a qualquer outra, indicando o respaldo de sua informação (ATIENZA, 2014, p. 97).

A garantia não é, portanto, uma simples repetição dos fatos registrados no respaldo, mas tem caráter prático, mostra de que maneira se pode argumentar a partir de tais fatos. Por outro lado, embora o respaldo e as razões se refiram a fatos, eles são diferentes entre si, entre outras coisas, porque enquanto sempre se precisa de alguma razão para poder falar de argumento, o respaldo só se torna explícito se se questiona a garantia (ATIENZA, 2014, p. 97).

Manuel Atienza (2014, p. 98) descreve o modelo dos 4 elementos:

Assim, a pretensão de um argumento pode funcionar também como uma razão a favor de uma nova pretensão; as razões podem se converter em pretensões, que precisam, portanto, de um novo argumento para ser justificadas, e a garantia também pode ser vista como a pretensão de um novo argumento, e nesse caso, o que antes era o respaldo passará a cumprir, agora, a função das razões, colocando-se com isso a necessidade de uma nova garantia para passar das razões à pretensão etc.



Todos esses argumentos existem diferentes classes de proposições, que desempenham papéis específicos, e que só podem ser visualizados na prática, a partir de um procedimento argumentativo que possa ser desenvolvido por seus

pares, nesse caso o proprietário e o Poder Público no uso adequado do processo de tombamento do patrimônio edificado.

5.1.1 Salvaguarda do bem imóvel

Salvaguardar é proteger, conservar e preservar, assegurando a permanência da memória de um povo e a sua cultura. E o tombamento é a primeira ação a ser tomada para a preservação de bens culturais, na medida em que este impede legalmente a sua destruição. É imprescindível que todo projeto de salvaguarda examine o contexto histórico do patrimônio cultural em busca da melhor forma de não interrompê-lo. Assim, deve-se atentar para que não sejam desconsiderados os bens culturais de interesse público (IPAC, 2017).

O espaço que envolve o monumento arquitetônico deve manter uma relação de similitude entre os elementos que envolvem o seu entorno, como uma rua, um rio, ou eixo visual, bem como quanto à vegetação, buscando nas edificações históricas a mediação entre o contexto ao qual originalmente fazia parte e aquele em que está inserida atualmente (QUEIROZ, 2006, p. 114).

Maria Donadia Nascimento (2005, p. 07), descreve que as novas construções ao redor das edificações históricas não devem ser construídas sugerindo proporções sem escala, e que as interferências nesses espaços proporcionem mudanças que contribuam sucessivamente para o indivíduo se identificar com o espaço que é formado por ele próprio. Desse modo a autora destaca ainda:

As edificações próximas devem apresentar tonalidades adequadas de maneira que não mereçam destaque indevido. Sugere-se a utilização de tons neutros, evitando cores cítricas ou brilhantes. Se a vegetação tornou a aparência inadequada é sugerida a substituição por espécies que possibilitem a retomada da situação satisfatória. Espécies exóticas ao contexto não devem ser utilizadas.

As indicações em nível de projeto de salvaguarda do bem imóvel tornam apropriadas no sentido de adequação da paisagem ao contexto histórico que envolve o patrimônio edificado. Os argumentos utilizados no projeto de salvaguarda estão relacionados com o patrimônio edificado e a relação com as restrições contidas nas áreas de conservação e preservação do bem com o seu entorno.

Partindo do pressuposto de que anúncios e letreiros, por exemplo, podem ser instalados somente em espaços apropriados da cidade, onde a publicidade seja permitida sem restrições (primeiro argumento) e que o procedimento apropriado impõe que espécies exóticas ao contexto do espaço urbano não sejam utilizadas (segundo argumento), a conclusão a ser extraída é a vedação à instalação de publicidade chamativa. Esta é uma situação a ser discutida.

Supondo que o meio de refutação do argumento seja questionado em relação a esta vedação, no sentido de discutir a possibilidade de haver uma instalação de arte conceitual, em que o artista sugere ao espectador uma enorme empena (lona pintada) com cores quentes (vermelho, amarela) cobrindo toda a edificação histórica em ruínas, como forma de criticar o Poder Público quanto ao seu descaso pelo uso indevido do bem imóvel, visto que este utiliza apenas escoramentos com perfis metálicos, não permite nenhum tipo de intervenção artística ao bem. Contudo, se há a utilização desses escoramentos de ferro é pela impossibilidade de se fazer qualquer intervenção na edificação, até mesmo uma instalação artística.

Por outro lado, haverá outro questionamento acerca dos escoramentos de ferro, utilizados pelos entes públicos responsáveis pela preservação do bem. A finalidade dos escoramentos é proteger de desabamentos que muitas vezes os bens imóveis estão sujeitos, ora ocasionados pelos períodos de chuva durante o ano, ora ocorridos pela má preservação dos bens pelo proprietário, pelo ente público responsável, bem como por toda a comunidade.

Não é sem propósito que se for utilizado o padrão de um argumento com seus dados e garantias propostos no estudo (projeto de salvaguarda), a definição descrita é a verificação de um processo com variáveis básicas, que estabelece conclusões mediante a produção de argumentos. Assim, é importante fazer algumas distinções de tipos de argumentos, porém, para verificar essa distinção, é preciso entender a estrutura básica de classificação (cadeia) e identificar os tipos argumentativos. Desse modo, estabelece algumas variáveis básicas sobre o estudo, que seriam justamente: (G) razões ou Dados; (W) garantias; (B) respaldo; (Q) qualificadores; (R) condições de refutação (C) pretensão ou conclusão (TOULMIN, 2006, p. 145).

Portanto, é importante a descrição acerca da concepção da argumentação descrita, onde somente há um meio de refutação possível, quanto à alegação de que poderá

haver uma desconstrução do conceito de preservação do patrimônio edificado a partir do caso prático.

Assim, Stephen Edelston Toumin (2006, p. 139) descreve quanto ao modelo do padrão de um argumento:

Suponhamos que façamos uma asserção e por ela nos comprometemos com a alegação que toda asserção envolve necessariamente. Se esta alegação for desafiada, teremos de ser capazes de estabelecê-la - isto é, de prová-la e de mostrar que era justificável.

Destarte, a questão deve expor o argumento original: há uma vedação à instalação de publicidade chamativa nas edificações históricas. O que vem posteriormente? A negação, crítica como meio de refutação: cobertura da parede feita por enorme empena (lona plástica pintada) com cores quentes (vermelho, amarela) cobrindo toda a edificação histórica em ruínas, como forma de protesto diante do descaso do Poder Público.

Contudo, há outro questionamento: o fato de um projeto de salvaguarda proposto normativamente pelo Estado, que impossibilita a instalação de publicidade chamativa, face à preservação do bem imóvel e do seu entorno. Esse é um dado apresentado como suporte para a asserção original.

Pode se inferir dessa afirmação, que o Estado proíbe a descaracterização estética do bem imóvel tombado, com a finalidade de sua preservação. Contudo, foi descrito acima que salvaguardar é proteger, conservar e preservar, assegurando a permanência da memória de um povo e a sua cultura. Porém, posso afirmar que as edificações em ruínas espalhadas pela cidade de Salvador, por exemplo, estão sendo devidamente preservadas para a memória de seu povo?

Se o tombamento é um conjunto de ações, realizadas pelo Poder Público e ratificado por legislação específica, que visa preservar os bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e afetivo, impedindo a sua destruição e/ou descaracterização, como o Estado pode intervir de forma legal para que um imóvel tombado não seja descaracterizado pela ação do homem, e até mesmo em virtude de força maior (ocorrência das chuvas durante o ano), impedindo a sua degradação pelo tempo?

Dessa forma, esse é outro suporte alegado, que descreve o questionamento sobre a afirmação quanto à vedação do Estado na utilização do patrimônio edificado que poderá ser respondido na verificação do procedimento de tombamento.

Em cada caso, há uma asserção original que apoia-se em fatos que se relacionam com elas. O caso apresentado poderá ser iniciado: entre a alegação ou a conclusão cujos méritos procuram estabelecer, podendo ser chamado de (C) e os fatos que são recorridos como fundamentos para esta alegação sendo chamado de dados (D) (TOULMIN, 2006, p. 140).

O autor ainda define:

Se a pergunta de nosso desafiante for “o que você tem para seguir em frente?”, uma resposta possível é apresentar os dados ou a informação em que se baseia a alegação; mas há outros modos de desafiar nossa conclusão. Mesmo depois que apresentamos nossos dados, pode acontecer de nos fazerem outro tipo de perguntas. Pode acontecer de alguém nos pedir não que acrescentemos novas informações factuais, além das que já apresentamos, mas que indiquemos a relação que os dados já apresentados têm com nossa conclusão.

Remete-se os fatos aos dados já propostos, podendo ou não ser acrescentado novas informações (por alguém) no interesse originalmente previsto que é a salvaguarda do bem imóvel (patrimônio edificado), ou seja, promoção da proteção do patrimônio cultural tangível, no caso, o bem imóvel.

A preservação do bem imóvel - imposto a partir de normas legais previstas pelo Estado -, deverá estar em consonância com aquilo que se almeja através das ações do indivíduo, quando este se identifica com o espaço que está sendo preservado e conservado de maneira que seja usufruído por toda sociedade, resgatando a história que é acumulada por décadas, por meio da memória.

Segundo e Beatriz Spisso e Nilson Ghirardello (2008, p.13):

Memória é a imagem viva de tempos passados ou presentes. Os bens, que constituem os elementos formadores do patrimônio, são ícones repositórios da memória, permitindo que o passado interaja com o presente, transmitindo conhecimento e formando a identidade de um povo.

A memória pode ser perdida, por estar sendo retratada por um emaranhado de conjuntos arquitetônicos degradados pelo tempo e pela omissão do Estado. Por isso, a imagem da cidade deve ser vista por meio dos espaços históricos que

contam a memória de um povo que já viveu e ainda vive, como um conjunto extremamente complexo de significados (QUEIROZ, 2016, p. 73).

Segundo Benedito Lima Toledo (1994, p.84):

[...] o centro histórico deve ser considerado além de um bem cultural intransferível, um notável patrimônio econômico edificável, não desperdiçado, abandonado ou destruído, nem direcionado às mãos da especulação.

Nesse aspecto, os argumentos precisam ser afirmativos, na medida em que o fato hipotético sirva de parâmetro para que haja o questionamento com o objetivo de proporcionar discussões que viabilizem a legitimação dos dados propostos à alegação, para uma possível conclusão apresentada ao caso concreto.

5.1.2 Tombamento preserva?

O tombamento preserva na medida em que as ações tomadas pelo Estado com a finalidade de conservação e preservação de bens culturais impedem por meio da norma legal a sua destruição (IPHAN, 2017).

Relembrando o que já foi descrito a preservação pode existir sem o tombamento, visto que este último é um ato de imposição legal. Contudo, sem ele não há garantia real de preservação, por ser um instrumento de ação tomada pelo ente público na garantia da preservação definitiva do patrimônio, impedindo por lei, a sua descaracterização e/ou destruição, propiciando a sua plena utilização (GHIRARDELLO; SPISSO, 2008, p.13).

Esse conceito parece não compactuar com a realidade atual, quando se esbarra com o patrimônio edificado - que deve ser preservado - sendo destruído, não sofrendo nenhum tipo de intervenção concreta e eficaz de revitalização por parte do Estado.

Segundo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (2017):

O instituto de tombamento não tem por objetivo “congelar” a cidade. De acordo com a Constituição Federal, tomar não significa cristalizar ou perpetuar edifícios ou áreas que possam inviabilizar toda e qualquer obra que venha contribuir para a melhoria da cidade. A preservação e revitalização são ações que se complementam e em conjunto podem valorizar bens que se encontram deteriorados

O imóvel tombado pode mudar de uso e o que será considerado é a harmonia entre a preservação das características do edifício e as devidas adaptações necessárias ao novo uso. Atualmente podem ser vistas um grande número de edificações históricas, cuja função original não mais existe, porém, são readaptadas para uma nova utilização (IPHAN, 2017).

Esse é um argumento válido para que o bem tombado não seja destruído, posto que a tarefa já não reforça a base sobre qual o argumento será construído, porém, em demonstrar, tomando por base os dados (degradação e omissão do ente público versus a mudança de uso do imóvel tombado), como ponto de partida, sendo apropriado e legítimo passar esses dados à alegação ou a conclusão apresentada se o tombamento realmente preserva (TOULMIN, 2006, p. 41).

O entorno⁷⁹ do imóvel tombado também é destinado à proteção. Sua área de projeção localizada na vizinhança dos imóveis tombados que é delimitada com o objetivo de preservar a sua ambiência e impedir que novos elementos obstruam ou reduzam sua visibilidade.

Para que seja possível impedir a destruição de um bem com interesse em sua preservação, existem mecanismos legais capazes de resguardar o patrimônio cultural em cooperação com a comunidade. Atualmente por meio da ação do Ministério Público, qualquer cidadão pode impedir a destruição ou descaracterização de um bem de interesse cultural ou natural. Pode ser solicitado com o apoio de um Promotor Público local em que este estará instruído a promover, com celeridade, a preservação, acionando os entes públicos responsáveis da União, Estado e Município (IPHAN, 2017).

Como preconiza Ruth Maria de Barros Reicao Cordido (2014, p. 61) acerca da tutela do patrimônio cultural, a autora conceitua o tombamento da seguinte forma:

O tombamento consagrou-se como uma importante ferramenta de tutela especialmente aos bens imóveis. Tem como características: normalmente não gerar gastos públicos e não se contrapor ao direito fundamental de propriedade privada.

⁷⁹ Segundo IPHAN, 2017: Quando estabelecido o tombamento, pode ser indicada uma área ao seu redor a ser mantida sob determinadas características, como forma de valorizar, e não esconder ou descaracterizar, o bem tombado. Exemplos: gabarito máximo de altura, preservação da volumetria geral, ausência de fixação de elementos visuais e luminosos, ausência de toldos e marquises, etc.

O artigo 216, §1º da Constituição Federal de 1988⁸⁰, determinou assim, que o Poder Público em colaboração da sociedade civil protegerá o patrimônio cultural. Assim, a Constituição estabelece também que é função da União do Estado e dos Municípios, com o apoio das comunidades, preservar os bens culturais e naturais brasileiros.

O tombamento não é o único instrumento hábil para preservar e garantir os bens de natureza imaterial, vez que torna o bem, objeto da tutela, inalterado⁸¹. Diante disso, o que poderia ser mais adequado e aplicável diante da mutabilidade desses bens? Como o bem tombado pode mudar de uso, a intervenção poderia ser feita por meio da sua reutilização. Ou seja, uma antiga residência pode se transformar em agência bancária, uma indústria em mercado, supermercado, faculdade, desde que obedeçam às diretrizes do tombamento (GHIRARDELLO; SPISSO, 2008, p.13).

A Constituição Federal esclarece em seu §1º do artigo 216 a esse respeito. Deixando claro quanto ao rol exemplificativo, permitindo no caso uma “certa liberdade” para que o legislador possa criar outros instrumentos que respondam e possam ser hábeis para a preservação do patrimônio cultural.

Como tombamento é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, esse raciocínio é finalizado em seu conceito, como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, pág.180):

Empregado o vocábulo tombamento, o direito brasileiro seguiu a tradição do direito português, que utiliza a palavra **tombar** no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino guardados na Torre do Tombo (apud MEIRELLES, 2003, p. 543).

Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros de Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente ao particular passa a ser considerado bem de **interesse público**; daí as restrições a que se sujeita o seu titular.

⁸⁰ 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:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

⁸¹ Além do tombamento, existem outros ramos de preservação. O inventário é a primeira forma para o reconhecimento da importância dos bens culturais e ambientais, através do registro de suas características principais. Os Planos Diretores também estabelecem formas de preservação do patrimônio em nível municipal através do planejamento urbano. Os municípios devem promover o desenvolvimento das cidades sem a destruição do patrimônio. Podem ainda criar leis específicas para que estabeleçam incentivos à preservação. (IPHAN, 2017).

São seis as modalidades de Intervenção: Ocupação Temporária; Requisição Administrativa; Servidão Administrativa; Desapropriação; Intervenção Administrativa e por fim o Tombamento – objeto de estudo (DI PETRO, 2015, p. 166).

O instituto do Tombamento pressupõe a proteção aos bens que têm valor artístico, paisagístico, histórico e cultural. É uma preocupação com a conservação dos bens dispostos na própria Constituição Federal de 1988, artigo 216⁸², e demais incisos (DI PIETRO, 2015, 179).

Além do tombamento existem outros ramos de preservação. O inventário é a primeira forma para o reconhecimento da importância dos bens culturais e ambientais, por meio do registro de suas características principais (QUEIROZ, 2016, p. 61).

O inventário, apesar de ser um instrumento de sistematização de dados, comum entre os profissionais da área de conservação e pelo Poder Público, a previsão constitucional possibilita que esse instrumento possa ser desdobrado em outros contextos envolvendo a proteção dos bens culturais, tendo como exemplo a participação popular na definição de sua metodologia e na realização de inventários particulares (CORDIDO, 2014, p. 63).

É bastante amplo o objeto a ser inventariado, podendo ser material ou imaterial, móvel ou imóvel, público ou privado, nacional ou estrangeiro. Podendo também ser realizado tanto pelo ente público quanto pelo privado, adotando uma metodologia livre (QUEIROZ, 2016, p. 113).

Quanto ao bem imaterial é importante frisar em relação ao § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº. 25⁸³, deixando claro que os bens sujeitos ao tombamento não se restringem aqueles provenientes de atividade humana.

⁸² 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: 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. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

⁸³ § 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

O Decreto nº. 3.551 de 04 de agosto de 2000 (governo Fernando Henrique Cardoso) instituiu o Registro de Bens Culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, criando o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial dentre outras coisas, que efetiva a garantia de tutela constitucional do bem ambiental cultural de natureza imaterial (QUEIROZ, 2016, p. 79).

O pensamento sistemático sobre a matéria possibilita afirmar de que o tombamento não é o único meio capaz de tutela ao patrimônio cultural. Além deste, existem outros instrumentos à conservação, gestão e promoção desse patrimônio, previstos constitucionalmente.

Contudo, no que diz respeito à proteção do patrimônio edificado, especificamente quanto às edificações isoladas ou conjunto delas, (casas comuns ou monumentos) o instituto de tombamento - que é o objeto de estudo deste trabalho, é o instrumento imprescindível para tutelar esses bens.

5.2 A CADEIA ARGUMENTATIVA: PROPRIETÁRIO E O PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO BEM IMÓVEL

A cadeia argumentativa refere-se à análise do tombamento de imóvel urbano, na promoção da preservação do patrimônio cultural, realizada com a participação conjunta dos principais envolvidos nesta cadeia: proprietário do bem imóvel e o ente público, ou seja, principais atores que estão inseridos na vida da cidade, se complementando, e dentro da cadeia argumentativa podem fomentar uma série de discussões acerca do instrumento do bem tombado proposto nesse estudo.

O tombamento dos bens culturais materiais⁸⁴, incluem os imóveis de importância histórica, conjuntos paisagísticos, obras de arte, mobiliário e locais relevantes culturalmente para determinado grupo de pessoas. Esses locais são relevantes pela importância da memória coletiva do lugar. A partir do momento em que ele passa a existir, começa a configuração da história daquela comunidade, bem como

⁸⁴ Bens culturais é o registro (físico ou não) de elementos da realidade (cultural ou natural), passada ou presente, sendo também todo elemento, material ou imaterial, capaz de traduzir o momento cultural ou natural de grupos sociais ou de ecossistemas. (IPHAN, 2017).

pela importância do tombamento a um conjunto de bens, pois esse instituto não abarca apenas um imóvel, mas uma série deles, localizados numa mesma área, como sítios históricos, arqueológicos e núcleos urbanos ⁸⁵ (GHIRARDELLO; SPISSO, 2008, p.16).

Nesse sentido, o instituto do tombamento é uma medida legal e segura, com a finalidade de proteger os bens culturais de intervenções que os descaracterizem, destruam, bem como pela especulação imobiliária (GHIRARDELLO; SPISSO, 2008, p.16).

O objeto a ser discutido na cadeia argumentativa é o imóvel tombado ou em processo de tombamento e como esta cadeia poderá sugerir questões que contenham de um lado uma série de restrições legais pelo ente público ao proprietário, por outro lado a conduta que o proprietário deverá realizar para assumir a responsabilidade de preservação desse bem.

As medidas de restrição à propriedade com vistas à proteção do meio ambiente e da cultura estão previstas além da Constituição Federal de 1988, do Decreto-lei nº 25 de 1937, foi formulada ainda a lei federal nº 10.257 de 2001, instituindo o Estatuto das Cidades.

A lei federal nº 10.257/2001 dispõe em seu Capítulo II, acerca dos instrumentos da política urbana – instrumentos gerais, em seu art. 4º, inciso V, alínea d, fazendo referência ao tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano.

Esse Estatuto decorre da previsão constitucional dos artigos 182 e 183⁸⁶ da CF/1988, como um marco do Direito Urbanístico por instituir normas que agregam valor quanto à elaboração de diretrizes, instrumentos jurídicos, um plano diretor, bem como de uma gestão democrática da cidade (CORDIDO, 2014, p. 71).

⁸⁵ Como exemplo, pode-se citar Brasília, tombada pelo IPHAN e também listada como Patrimônio da Humanidade (IPHAN, 2017). Outro exemplo foi tombamento pela Prefeitura do Salvador, o monumento ao Cristo Nosso Senhor, mais conhecido como Cristo Salvador, por meio da Lei 8.550/2014 de Preservação ao Patrimônio Cultural do Município, organizada através da Fundação Gregório de Mattos em 29 de março de 2017 (em homenagem aos 468 anos de Salvador). O Primeiro tombamento municipal realizado por meio desta lei municipal foi o Terreiro Vodun Zô em 15 de janeiro de 2016 (SEINFRA, 29 mar. 2017).

⁸⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Segundo o Estatuto o seu objeto de proteção cultural diz respeito aos sítios urbanos e núcleos. Havendo sobreposição de interesses dos entes públicos, a norma emitida por ente hierarquicamente superior somente irá prevalecer se houver conflito de normas de acordo com o artigo 24, § 4º e com o artigo 30⁸⁷ da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, se tiver que tomar em consideração as características da cadeia argumentativa, seja pela restrição do bem, a partir da norma legal do Estatuto, seja pela conduta responsável de preservação do bem ao proprietário, o modelo da cadeia irá conter algumas variáveis básicas sobre o estudo da teoria argumentativa, quais sejam: (G) razões ou dados; (W) garantias; (B) Respaldos; (Q) qualificadores modais; (R) condições de refutação e (C) pretensões (TOULMIN, 2006, p. 141).

Mas é importante também estabelecer algumas igualdades, demonstrando que uma pretensão (C) de um argumento pode funcionar como as razões (G) para a cadeia subsequente. E caso haja a abertura de parênteses nas cadeias para refinar a passagem (transição) entre o respaldo (B) e a garantia (W), é possível colocar um parêntese em que haverá um respaldo funcionando por razões e a garantia funcionando por pretensão.

Desse modo, retomando ao objeto de estudo: o ente público impõe medidas restritivas de uso ao bem imóvel tombado ou em processo de tombamento, por meio de normas legais que devem ser observadas pelo proprietário. A cadeia argumentativa poderá ser construída a partir de um fato que pode ser iniciado a partir da solicitação do pedido de tombamento do bem imóvel feita pelo proprietário. Com isso, poderá iniciar a fixação do enunciado fático (solicitação do pedido de tombamento do bem imóvel, chamado de razões ou dados (G); posteriormente será fixado o enunciado jurídico (dever do proprietário de conservar e preservar o bem imóvel, chamado de garantia (W)). Havendo descumprimento pelo proprietário no dever de conservar e preservar o bem imóvel, este sofrerá sanção – multa estipulada pelo ente público, a qual será prevista pela norma – garantia, que, por sua vez, encontrará fundamento no chamado respaldo (B).

⁸⁷ Art. 30. Compete aos Municípios: IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Assim, partindo da descrição proposta acima, sobre a construção de uma cadeia argumentativa, Toulmin descreve o seu padrão argumentativo de dados e garantias (2006, p. 141):

Nesse ponto, portanto, precisa-se de afirmações gerais, hipotéticas, que sirvam como pontes, e autorizem o tipo de passo com o qual nos comprometemos em cada um dos nossos argumentos específicos. Normalmente, este processo é escrito muito resumidamente, na expressão “se D, então C”; pode-se, contudo, expandi-la, com lucro, em favor da imparcialidade, e reescrevê-la como: “dados do tipo D nos dão o direito de tirar as conclusões C (ou de fazer as alegações C)”, ou, noutra formulação optativa, “dados (os dados) D, pode-se assumir que C”.

Outra cadeia, por exemplo, poderá ser construída a partir do caso prático: (G1) o imóvel X danificado ruiu: testemunhas (B1) afirmaram que o proprietário Y teria criado obstáculo quanto à vigilância do ente competente, sendo ainda avisado sobre a rachadura do imóvel (W1): o proprietário Y, ao omitir-se e impedir a fiscalização, contribuiu para queda do imóvel (C1) = G (2). Inicia-se aqui, uma nova cadeia, em que a garantia (W2) estabelece que um proprietário não poderá omitir-se na conservação ou criar obstáculos para que o ente público inspecione um imóvel tombado, devendo, nesses casos, ser sancionado, com incidência de multa, o que encontra respaldo no art. 20 do Decreto-Lei nº 25/37 (e a garantia (W2) for uma norma geral e abstrata, o respaldo (B2) pode ser um texto normativo de onde se extrai a norma). A pretensão (C2) dessa cadeia é a condenação do proprietário Y a pagar uma multa por ter contribuído para a queda do imóvel X. Assim, quando se encaixa as razões na garantia, chega-se a pretensão (jurídica).

Caso houvesse a notificação ao proprietário feito pelo ente competente, do possível risco de desabamento, em função das rachaduras na parede, e diante disso o proprietário criasse obstáculos indevidos à vigilância, permanecendo no local, face ao descumprimento desta notificação, poderia o ente competente aplicar as sanções previstas legalmente.

Por outro lado, imagine-se que o proprietário alegou (por meio da notificação) ao órgão competente, que iria permanecer no imóvel, e que não poderia realizar a obra de manutenção e nem mesmo de restauração, devido ao seu alto custo. Após esta notificação, descumprindo-se quanto à fiscalização do ente público, o imóvel tombado teria sofrido o desabamento.

Entretanto, pode-se chegar à conclusão que o proprietário não apenas criou obstáculos indevidos à vigilância, mas o motivo do desabamento foi à rachadura no imóvel sem a devida manutenção devido ao alto custo da obra de manutenção e restauração, com o qual o proprietário não quis arcar. Nesse caso, seria viável a construção de uma nova ramificação no esquema.

A norma jurídica determina que um imóvel tombado ou em processo de tombamento pode ser reformado. Contudo, toda e qualquer obra, deverá ser previamente aprovada pelo órgão que efetuou o tombamento. Esta aprovação depende do nível de preservação do bem e está sujeito a necessidade de serem mantidas as características que justificaram o tombamento (IPHAN, 2017).

Entretanto, o custo de uma obra de restauração é elevado, enquanto que a conservação deve ser uma atividade permanente. Na maioria das vezes o custo da conservação é semelhante ao de uma obra comum. Quando o imóvel encontra-se muito deteriorado por falta de manutenção torna-se necessário executar intervenções de maior porte o que acaba encarecendo a obra (GHIRARDELLO; SPISSO, 2008, p.28).

Para responder sobre essas questões na cadeia argumentativa, é necessário o argumento que faça a transição entre o início deste, das razões que vão ser compostas pelo respaldo da cadeia inicial e a conclusão desse argumento vai ser igual à garantia. Assim, fica claro que já não se está meramente montando o enunciado fático, mas analiticamente entrelaçando o enunciado fático com o enunciado jurídico que é a garantia.

Destarte, inúmeras questões podem ser suscitadas na cadeia argumentativa, partindo do caso concreto, diante do conflito de interesses jurídicos entre um proprietário e um ente público na tentativa de fazer uma reconstrução da estrutura básica de um argumento jurídico, em que as razões ou dados (G), vai representar o enunciado fático, tomando a circunstância fática da qual se está partindo, o (W) é a garantia, funcionando como uma espécie de proposição em que será encaixada nas razões (G). Então, (G) encaixa-se em (W). O respaldo (B) vai ser o elemento que autoriza essa garantia. Assim, é importante perceber o modo como varia de um campo de argumento para outro, o tipo de apoio que essas garantias irão requerer e a forma de argumento que é empregado em diferentes campos. (TOULMIN, 2006, p. 148).

Dessa forma, esse capítulo verifica-se que o tombamento é um instrumento que não pode ser isolado, ou seja, não pode ser um meio que acarreta efeitos que inviabilize a contínua transformação da paisagem urbana. Pelo contrário, sua aplicação deve ser pensada para a interação do homem com o meio social, desenvolvendo seu modo de ser e pensar, na vida em sociedade.

5.2.2 Direito à Indenização

Sobre essa questão em princípio, o tombamento não gera direito à indenização, pois o ato afeta a categoria de bens culturais em sentido genérico. O bem permanece no domínio do anterior proprietário, que dele pode usufruir, inclusive retirando os proveitos econômicos compatíveis com o tombamento. Entretanto, existem argumentos de que a indenização é uma medida de compensação à diminuição de valor do bem em decorrência da imposição de uma limitação.

Dessa forma, infere da obra de Marçal Justen Filho (2015, p. 610) quanto ao direito de indenização fazendo esta ressalva:

No entanto, surgirá direito de indenização quando o tombamento impuser deveres de cunho econômico ou quando impedir a exploração econômica que o bem apresenta potencialmente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸ tem o entendimento acerca da indenização, bem como o Supremo Tribunal Federal, afirmando que o tombamento é um instrumento constitucional previsto no artigo 216, parágrafo único, à disposição do Poder Público para a proteção, amparo e preservação do patrimônio cultural. Porém, quando ele resulta no esvaziamento do conteúdo patrimonial, é necessário que o ente público indenize o proprietário.

O argumento favorável à indenização compensatória é no sentido de definir o aspecto social a ser adotado pela medida. Contudo, é preciso ter cautela, considerando a realidade do país, no caso o Brasil, em que há uma impossibilidade

⁸⁸ III – Deve ser afastada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que o tombamento de determinados bens, ou mesmo a imposição de limitações administrativas pode, em tese, trazer prejuízos aos seus proprietários, gerando, a partir de então, a obrigação de indenizar (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 922.786/SC, 1ª Turma. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, DJ 10.06.2008).

financeira de indenizar todos os proprietários de bens tombados. Como o tombamento é uma medida de conservação ao patrimônio cultural, em princípio ele não demanda custos aos cofres públicos (CORDIDO, 2014, p. 100).

A limitação administrativa poderá ensejar o direito à indenização na hipótese de o bem imóvel sofrer desvirtuamento em sua utilização natural. Isso ocorre numa análise de um caso prático, na medida em que o proprietário se vê impossibilitado de fruição e gozo da propriedade, e que, portanto, o julgador requer uma sensibilidade no momento de avaliar a distorção no uso social da propriedade (QUEIROZ, 2016, p. 115).

Um dos vários casos que podem ser observados por conta desse desvirtuamento foi o (RE) nº 361.127⁸⁹, que por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo, questionando a decisão que determinou a desapropriação de uma das últimas mansões existentes na Avenida Paulista (Residência de Joaquim Franco de Melo, situada no centro de São Paulo).

O casarão foi construído em 1905, e tombado pela Secretaria de Estado da Cultura em 1992. Nesse mesmo ano seus proprietários ajuizaram a ação de desapropriação indireta, ou seja, de transferência da propriedade para o Estado, alegando que o tombamento impediu que o imóvel fosse destinado a projetos imobiliários de grande porte, e pediram a indenização, em que ao final foi mantida a indenização aos proprietários do casarão tombado.

⁸⁹ A justiça de São Paulo julgou a ação procedente, por entender que o tombamento “aniquilou o valor econômico do bem”. A mesma conclusão foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que ressaltou o fato de o casarão estar localizado no centro econômico e financeiro de São Paulo “é fator relevante para a fixação da indenização”. O Estado recorreu para o STJ, que também negou provimento a recurso especial, e, posteriormente, ao STF. O relator, ministro Joaquim Barbosa, em decisão monocrática, negou seguimento ao Recurso Extraordinário, daí a interposição do agravo de instrumento, alegando o Estado à ocorrência de fato novo: a existência de acordo firmado em 1991 com o Município de São Paulo no qual os proprietários teriam concordado com o dever de preservar o imóvel. Sustentando ainda que seria um “mero tombamento”, que não implicava transferência de propriedade, não cabendo, assim, o pagamento de indenização sobre o valor do imóvel. No julgamento, o ministro Joaquim Barbosa observou que se trata de disputa judicial antiga entre os proprietários de imóveis na Avenida Paulista e o Estado de São Paulo. O ministro afastou a alegação de fato novo, ressaltando que “não é qualquer tombamento que dá origem ao dever de indenizar”, mas que é preciso demonstrar que o proprietário sofre um dano especial, no direito de propriedade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 226) conceitua acerca da desapropriação indireta:

Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada a esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados uma vez incorporados ao patrimônio público, não poderão ser objeto de reivindicação (art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/41 e art. 21 da lei Complementar nº 76/93).

Ressalvando ainda que o ato do tombamento não é igual à desapropriação, ou seja, são atos distintos, pois o primeiro não altera a propriedade de um bem (podendo ser alugado ou vendido, por exemplo), apenas proíbe que venha a ser destruído ou descaracterizado. Assim, um bem tombado não precisa ser desapropriado (IPHAN, 2017).

Pondera-se quanto à dificuldade de um eventual ressarcimento pelo ente público, verificado em relação ao exercício do direito de propriedade, deve haver uma classificação no caso concreto: se for uma situação conformativa ao proprietário - e não indenizável - ou situação sacrificante imposta a ele – indenizável. Todavia, para que haja uma avaliação que legitime essa medida de ser ou não indenizável, faz-se necessário realizar o procedimento de justificação, separando qual medida é genérica - e por isso não indenizável - da medida singular - indenizável (CORDIDO 2014, p. 101).

Assim, quando há um ponto controverso se há procedência ou não pela indenização da propriedade tombada, esse questionamento irá decorrer do caso prático a ser avaliado, na tentativa de adoção de critérios objetivos, que somente serão satisfeitos na especificidade do caso concreto.

6 CONCLUSÃO

São inúmeros estudos acadêmicos produzidos no Brasil acerca do tema patrimônio cultural, especialmente sobre o instituto de tombamento, o que comprova o interesse suscitado sobre esse instrumento, que, apesar de ser mais tradicional, ainda revela uma proposta emblemática quanto à discussão sobre a tutela de preservação e conservação do patrimônio edificado. No caso deste trabalho, o propósito foi analisar a estrutura argumentativa dos deveres de preservar e conservar o patrimônio cultural impostos pelo ente público ao proprietário de bem imóvel tombado ou em processo de tombamento.

O presente trabalho, em suma, buscou analisar, num primeiro momento, uma argumentação abrangente dos deveres de preservar e conservar o patrimônio cultural, impostos pelo ente público ao proprietário de bem imóvel tombado ou em processo de tombamento.

No segundo capítulo, apresentamos o conceito de patrimônio cultural como conjunto de bens de natureza material e imaterial, sob a ótica filosófica e social quanto ao papel do estado em garantir a harmonia na sociedade, entre os interesses individuais e coletivos. Nesse contexto, abordamos a evolução histórica do patrimônio cultural no Brasil sob o ponto de vista jurídico e histórico, verificando as primeiras manifestações de preservação cultural, bem como a relação entre o instituto jurídico do tombamento e a tutela do patrimônio a partir do bem edificado sob a égide do Poder Público, que impõe medidas legais de prevenção do bem imóvel tombado.

No terceiro capítulo, abordamos a tutela da ordem jurídica nacional ao patrimônio cultural, discorrendo acerca da força normativa constitucional e da legislação infraconstitucional pertinente. O estudo apresentado revelou, no campo do patrimônio material, a formulação do sistema de proteção legal, desde a década de 1930, por meio do Decreto-lei nº 25 de 10 de novembro de 1937, num olhar direcionado a consagração do patrimônio histórico e artístico nacional, constituído pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no Brasil, cuja a preservação e conservação seja de interesse público, quer por sua importância na história do país, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Nesse contexto, destacamos criticamente o problema de eficácia jurídica gerado pela inexistência de uma autarquia municipal em Salvador que exerce competências de preservação, proteção e fiscalização, bem como promoção do estudo e pesquisa do imenso acervo patrimonial da cidade. Ora, a Magna Carta de 1988 determina a todos os entes União, Estado, Distrito Federal e Município, por meio de sua competência comum, realizarem o tombamento para a preservação do bem cultural.

Assim, a lei orgânica municipal deve criar instrumentos que possibilitem a redução da degradação, incentivado, por exemplo, uma política tributária que contemple a redução dos impostos municipais aos proprietários de bens declarados tombados, com a finalidade de incentivar a preservação desses bens, bem como a promoção de uma educação patrimonial mais efetiva nas comunidades.

Nesse contexto, o exemplo de Salvador, em que o IPHAN e o IPAC não conseguem solucionar o problema da manutenção e conservação sistemática, mostra como há um descompasso na articulação que deveria haver entre os partícipes estadual e federal, o que vem a produzir um desvio de rumo na busca na eficácia da aplicação do regramento jurídico, previsto para efetivar as garantias de preservação e conservação que deveriam constituir como objeto de interesse do conjunto da sociedade.

No quarto capítulo, ao estudarmos dogmaticamente o instituto do tombamento, cuidamos dos limites de atuação do proprietário na proteção do patrimônio edificado, a partir do poder conferido ao Estado para agir em defesa do bem imóvel tombado, por meio do procedimento de tombamento, mediante a aplicação dos instrumentos sancionadores ao proprietário ou terceiros que violem ou ameacem o bem imóvel.

Nesse contexto, mostramos, como inicialmente, o instituto do tombamento era o único instrumento legal de proteção do patrimônio cultural, se ocupando o direito brasileiro em executar as questões relativas desse instrumento. Em seguida, explicamos que a Constituição Federal de 1988 ampliou as percepções de referência cultural como forma de valorização desse patrimônio, em que o Poder Público direcionou um olhar mais abrangente sobre o espectro da garantia do patrimônio tornando-o mais efetivo, conforme disposto no artigo 216, § 1º, passando a prever além desse instituto, outros mecanismos de proteção, como inventários, registros, vigilância e desapropriações.

No quinto capítulo, ao esquematizarmos argumentativamente a situação jurídica do proprietário de bem tombado que descumpre os deveres de preservação e conservação impostos pelo Poder Público, entrelaçamos as variáveis utilizadas na cadeia argumentativa com a montagem dos enunciados fático e jurídico à luz de uma perspectiva que entende a argumentação jurídica como uma atividade que não se esgota no plano formal visto ter um inafastável caráter ético.

A elaboração de um esquema argumentativo propôs-se a verificar o dever de preservar e conservar o bem imóvel tombado, abrindo uma discussão mais atuante e participativa de educação patrimonial entre o Poder Público, o proprietário de bem imóvel tombado e toda a sociedade, visto que a prática de salvaguarda não deve ser concebida meramente como um sistema fiscalizatório, punitivo e repressivo. Por um lado, o direito enquanto instrumento de controle social e formal da ordem jurídica e constitucional, visa a aprimorar os efeitos jurídicos decorrentes do ato de tombamento, no caminho da construção de um regime diferenciado de proteção jurídica com respaldo tanto do direito público quanto do direito privado. Por outro, a comunidade deve se reconhecer na cidade, respeitando a sua memória, ou seja, a imagem viva de tempos passados ou presentes, de forma que o passado interaja com o presente, formando a sua identidade patrimonial, não permitindo que o ambiente vivido seja retratado pelo atual abandono e degradação do acervo de bens patrimoniais edificados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jaqueline de; GUIMARÃES, Luciana Aparecida. O Tombamento na Preservação de Patrimônios Culturais: Estudo do Caso – Instituto dos Arquitetos do Brasil. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, v.5, n.1, 2015, p.123-136.

ARGAN, Giulio Carlo. **Arte Moderna – Do Iluminismo aos movimentos contemporâneos**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ARNHEIM, Rudolf. **Arte e percepção visual: uma psicologia da visão criadora**. 5ª ed. São Paulo: Livraria Pioneira. 1993.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teorias da Argumentação Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Forense. 2014.

BAHIA. **Decreto nº 10.039**, de 03 de julho de 2006. Regulamenta a Lei nº 8.895, de 16 de dezembro de 2003, que instituiu normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Estado da Bahia e criou a Comissão de Espaços Preservados, e dá outras providências. Disponível em: <<https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/76282/decreto-10039-06>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural. **Monumenta**. Disponível em <<http://ipac.ba.gov.br/preservacao/monumenta>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia - IPAC **Patrimônio Cultural**. Disponível em <[http://ipac.ba.gov.br/patrimonio material e imaterial](http://ipac.ba.gov.br/patrimonio%20material%20e%20imaterial)>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Patrimônio Cultural**, IPHAN. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/pagina218>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BARRETO FILHO, Osvaldo. Conjunto Escola parque - Ação Educativa nas Questões Patrimoniais como Prática Cultural. **Caderno do IPAC**. Bahia: v.8, 2014, p.13-15.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/const/1988>. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 3.551**, de 04 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 3.866**, de 29 de novembro de 1941. Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13866.htm> Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Decreto nº 6.844**, de 07 de maio de 2009. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6844.htm> Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Decreto nº 80.978**, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=124463>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 99.492**, de 03 de setembro de 1990. Constitui as Fundações Instituto Brasileiro de Arte e Cultura IBAC, Biblioteca Nacional (BN), e a Autarquia Federal Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural IBPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99492.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 25**, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. **Lei nº 6.292**, de 15 de dezembro de 1975. Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6292.htm> Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Lei nº 8.029**, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029cons.htm> Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Lei nº 8.895**, de 16 de dezembro de 2003. Institui normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Estado da Bahia, cria a Comissão de Espaços Preservados e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.ipac.ba.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/LEI889503.pdf>> Acesso em: 15 mar.2017.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6292.htm> Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Lei nº 10. 257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras

providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 75** de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 21 de mar. de 2017.

_____. **Lei Complementar nº 140** de 08 de dezembro de 2011. Fixa decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 21 de mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 922.786/SC. Recorrente: União. Recorrid: Hilário Rauber. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, DJ 10.06.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3461624&num_registro=200700237868&data=20080818&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 361127. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Rubens franco de Mello e Outro (A/S). Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DJe 01 ago. 2012 Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 07 mar. 2017.

CANCLINI, Nestor Garcia. O Patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional. **Revista do IPHAN**. Brasília: IPHAN, nº 23, dez.1994, p. 94-115.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. Rev. ampl. e atul. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. In FERNADES, Edésio; ALFONSINI, Betânia (Coord). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 183-193.

CEREJA, William Roberto. Magalhães, Thereza Cochar. **Português: linguagens: literatura, produção de texto e gramática**. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Atual, 1999, 3 v, p. 33.

CHOAY , Françoise. Alegoria do Patrimônio. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação da Liberdade: Editora UNESP, 3 ed. 2001, p. 116-123.

CHUVA, Márcia. **Fundando a nação: a representação de um Brasil barroco, moderno e civilizado**. Rio de Janeiro; v. 4, n. 7, jul.-dez.2003, p. 313-333.

Disponível em:

<http://www.revistatopoi.org/numeros_anteriores/Topoi%2007/topoi7a4.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

COELHO NETTO, José Teixeira. **A construção do sentido na arquitetura**. 4.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

CORDIDO, Ruth Maria de Barros Reicao. **O Tombamento do Patrimônio Cultural Imóvel no Brasil: Estudo de Caso no Município de Ribeirão Preto**. 2014.

Monografia. Orientador: prof. Dr. Raul Miguel Freitas de Oliveira (Curso de Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

CORTINIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**, Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do Tombamento no Direito Brasileiro. São Paulo: **Revistas USP**, v.70, 1975. p.84.

DEPARTAMENTO CULTURAL DO ITAMARATY. Literatura Brasileira. Disponível em: <<http://dc.itamaraty.gov.br/imagens-e-textos/revista5-mat9.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

DIAS, Márcia Martins Lima. Tombamento e Desapropriação: a Intervenção do estado na Revitalização da Região Portuária do Rio de Janeiro. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico – Nº 34**. Rio de Janeiro, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. Salvador: **Revista de Processo**. 2008. p.10-20.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAGUNDES, José Evangelista. **A história local e seu lugar na história: histórias ensinadas em Ceará-Mirim**. 2006. Tese Doutorado. Orientador: Profa. Maria Inês Sucupira Stamatto. (Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós Graduação em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERNANDES, José Ricardo Ória. **O direito à memória: a Proteção Jurídica ao Patrimônio Histórico- Cultural Brasileiro**. 1995. 188f. Dissertação (Mestrado - Faculdade de Direito) UFC, Ceará, p. 4041.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O Patrimônio em Processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro: editora UFRJ: MinC – IPHAN, 2005, 2.ed. rev.ampl. p.35-50.

FUNDAÇÃO GREGÓRIO DE MATTOS - NOTÍCIAS. Tombamento – Lei Municipal 8.550/2014. **Fundação Gregório de Mattos**. Disponível em: <http://www.culturafgm.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=807&Itemid=3>. Acesso em: 17 abr. 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 820.

GOMES, Nara de Souza. A Política de Salvaguarda. Conjunto Escola parque - Ação Educativa nas Questões Patrimoniais como Prática Cultural. **Caderno do IPAC**. Bahia: v.8, 2014, p.133-142.

GRUPO DE TRABALHO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARQUITETÔNICO – CREA/SP. **Patrimônio histórico**: como e por que preservar/ coordenação de: Nilson Ghirardello e Beatriz Spisso; colaboradores: Gerson Geraldo Mendes Faria [et al.]. Bauru, SP: Canal 6, 2008. Disponível em: <http://www.creasp.org.br/arquivos/publicacoes/patrimonio_historico.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. **A Razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. Introdução de Robert S. Hartman: Tradução de Beatriz Sidou – 2. Ed. São Paulo: Centauro, 2001.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN. **Portaria n. 187**, de 11 de junho de 2010. Dispõe sobre os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao patrimônio cultural edificado, a imposição de sanções, os meios de defesa, o sistema recursal e a forma de cobrança dos débitos decorrentes das infrações. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_187_de_11_de_junho_de_2010.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

IPHAN BAHIA. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Superintendência na Bahia. Disponível em: <<http://iphanba.blogspot.com.br/p/iphan-ba.html>>. Acesso em 21 abr. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, LTDA, 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEONEL, Thais. **Tombamento como precípua mecanismo de proteção do patrimônio cultural material nacional**. 2006. Disponível em: <<https://www.ufrb.edu.br/portal/imagem/documentos/artigo-tombamento-saofelix.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.110-111.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MENDONÇA, Gilson Martins. **Meio ambiente cultural: aspectos jurídicos da salvaguarda ao patrimônio cultural imaterial brasileiro**. 2006. 190 f. Dissertação (Mestrado - Faculdade de Direito) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 23.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NASCIMENTO, Cláudia Helena Campos. **O Lugar do patrimônio cultural contemporâneo: a realidade a partir de uma visão amazônica**. UFPA - Belém, 2011.

NASCIMENTO, Maria Donadia. **O monumento histórico e o sítio: preservação da paisagem e fisionomia dos arredores**. ANPUH – XXIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA - Londrina, 2005, p. 02 -08.

NOIA, Fernanda da Cruz. **Efeitos do Tombamento sobre a Propriedade Privada**. 2006. Dissertação. Orientador: Profa. Dra. Fernanda Dias de Almeida (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Júlia Wagner. **O Tombamento: de instrumento a processo na construção de narrativas da nação**. 2009. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. José Mauro Matheus Loureiro (Mestrado em Museologia e Patrimônio) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PRADO, Carlos. **Razão e Progresso na Filosofia da História de Hegel**. Artigo. jul./dez. 2010, p. 99-114. Disponível em: <www.uss.br/pages/revistas/revistaMestradoHistoria/.../pdf/005Razao_Progresso.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanaes e. **O registro de Bens Culturais Imateriais como Instrumento Constitucional Garantidor de Direitos Culturais**. **Revista do IPAC / Instituto Do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia**. Bahia: Ano 1, nº 1, 2016.

RABELLO, Sônia. **O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda - IPHAN, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRAESTRUTURA E OBRAS PÚBLICAS. **Monumento do Cristo da Barra é tombado**. **Secretaria Municipal De Infraestrutura e Obras Públicas**. 29 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.seinfra.salvador.ba.gov.br/index.php/noticias/152-monumento-do-cristo-da-barra-e-tombado>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a propriedade dos bens culturais no Estado Democrático de Direito**. Universidade de Fortaleza, 2008.

SALVADOR. **Lei nº 8.550** de 28 de janeiro de 2014. Institui normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Município do Salvador, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/Lei-8.550-141.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

SANT'ANNA, Márcia Genésia de. **Restauração, Conservação e Gestão dos Bens Patrimoniais**. 1995. Dissertação. Orientador: Prof. Paulo Ormindo David de Azevedo (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **A participação da sociedade na proteção do patrimônio cultural**. Disponível em: <<http://www.aitimmaarcdenoe.com/artigo59.htm>> Jun./2009. Acesso em: 30 de mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUBIHE, Maria Lúcia Chagas Valle. **Ribeirão Preto: Restauração do Patrimônio do Centro**. São Carlos: EESC/USP, 1992. p.136.

SOUSA NETO, José Soares de. **A Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro**. 2012. Monografia. Orientador: prof. Francisco Humberto Cunha Filho. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Ceará. p.16-24.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, Milena Luísa da Silva. A Manutenção do Monumento Escolar Tombado. Conjunto Escola parque - Ação Educativa nas Questões Patrimoniais como Prática Cultural. **Caderno do IPAC**. Bahia: v.8, 2014, p. 145-149.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação para a democracia: introdução à administração educacional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

TOLEDO, Lima Benedito. **São Paulo – Três Cidades e um Século**. Cosac Naify / Duas Cidades, 1994, São Paulo, 1994, p. 81.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

UNESCO. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>> Acesso em: 23 mar 2017.

VANNUCCHI, Aldo. **Cultura Brasileira – O que é, e como se faz.** 4ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 63-66.