

JULIANA CARVALHO CLEMENTE, FERNANDA ROCHA DE OLIVEIRA E NATÁLIA MIRANDA VIEIRA-DE-ARAÚJO

A proteção jurídica do patrimônio histórico e cultural no Brasil: o embate entre o público e o privado

The legal protection of cultural heritage in Brazil: conflicts between public and private interests

Juliana Carvalho Clemente

Doutorado em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Mestrado em Engenharia Urbana e Ambiental e Graduação em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal da Paraíba. Professora Efetiva na Diretoria Acadêmica de Construção Civil do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte.

DSc. in Architecture and Urbanism at the Federal University of Rio Grande do Norte, Master's degree in Urban and Environmental Engineering and Graduated in Architecture and Urbanism at the Federal University of Paraíba. Full Professor in the academic direction of Civil Construction of the Federal Institute of Education, Science and Technology of Rio Grande do Norte.

juliana.carvalho@ifrn.edu

Fernanda Rocha de Oliveira

Mestre em Preservação do Patrimônio Cultural pelo IPHAN (2015). Arquiteta e urbanista pela UFPB (2011). Professora de Arquitetura e Urbanismo no Centro Universitário do Juazeiro do Norte - UNIJUAZEIRO e Consultora em Patrimônio Cultural.

Master's degree in Preservation of Cultural Heritage from IPHAN (2015). Architect and urban planner at the Federal University of Paraíba (2011). Professor of Architecture and Urbanism at the University Center of Juazeiro do Norte and Cultural Heritage Consultant.

fernanda-arq@hotmail.com

Natália Miranda Vieira-de-Araújo

Doutora em Desenvolvimento Urbano pela Universidade Federal de Pernambuco (2007) na área de concentração de Conservação Integrada e mestre em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal da Bahia (2000). Pós-doutorado na Università di Roma La Sapienza (Ago 19-Jul 20). Professora Associada do Departamento de Arquitetura e Urbanismo da UFPE e do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Urbano-UFPE, além de colaboradora do Programa de Pós-graduação em Arquitetura e Urbanismo da UFRN.

DSc. in Urban Development at University Federal of Pernambuco (2007) in the concentration area of Integrated Conservation, Master's degree in Architecture and Urbanism at University Federal of Bahia (2000). Post-doctorate at Università di Roma La Sapienza. Associate professor in the Architecture and Urbanism Department and at the Urban Development Post graduation Programme at UFPE. Collaborator at the Architecture and Urbanism Post graduation Programme at UFRN.

natalia.vieira@ufpe.br

Resumo

O artigo busca analisar o decreto de criação do Tombamento - o instrumento de preservação do patrimônio mais utilizado ao longo dos anos - sob as óticas das consequências jurídicas que ele gera aos proprietários de bens particulares e do conflito entre este e outro dispositivo constitucional: o direito de propriedade. Para tanto, será apresentado, inicialmente, um breve histórico dos impactos da Função Social da Propriedade e seus rebatimentos tanto do ponto de vista do Patrimônio, quanto de outras áreas do Direito. Em seguida, é feita uma discussão sobre o Instituto do Tombamento enquanto instrumento e enquanto representação do Estado. Por fim, são destacados os efeitos do tombamento nos diversos agentes sociais atrelados aos bens protegidos e a consequente geração de conflitos entre o individual e o coletivo.

Palavras-chave: Preservação do Patrimônio. Tombamento. Direito de Propriedade. Função Social da Propriedade.

Abstract

The listing of protected cultural heritage in Brazil was created in 1937 by a federal decree. This article aims to analyse said decree - the most frequently used instrument for heritage preservation - from the perspective of the legal consequences it has for the owners of private goods and the conflict with another constitutional device: the right of ownership. To achieve this goal, we will initially present a brief history of Social Role of Property's impacts, demonstrating how it affects Heritage and other areas of Law. After that, we will discuss Listing as an instrument and as a representation of the State. Finally, we will highlight the effects of Listing on several social agents linked to the protected goods and consequent creation of conflicts between individual and collective.

Keywords: Heritage preservation. Listing. Right of Ownership. Social Role of Property..

Introdução

As políticas de identificação, seleção e gestão de bens culturais rotulados como Patrimônio têm, historicamente, ligação com o campo do Direito, sobretudo no que tange à justificativa de intervenção estatal no direito de propriedade. Conforme aponta Oliveira (2016, p. 41-42) a criação da noção de Patrimônio Nacional na França inspirou países, como o Brasil, a regulamentarem legalmente a intervenção do Estado sobre os bens que representariam a uma (suposta) identidade nacional.

O grande marco da constituição no tocante ao do patrimônio brasileiro ocorreu em 1937, quando foram criados o órgão federal responsável pela identificação e proteção dos bens patrimoniais, o atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), e o seu principal instrumento de atuação: o tombamento (criado pelo Decreto-lei n. 25/1937).

Historicamente, esse instrumento foi tão amplamente empregado que acabou sendo compreendido como sinônimo de preservação. Contudo, ainda são geradas interpretações conflitantes acerca dele: quanto aos seus efeitos jurídicos (nos bens protegidos e seu entorno); quanto à sua representação do Estado; e, principalmente, quanto ao conflito que gera em relação ao direito de propriedade. Isso porque o Direito de Propriedade (interesse privado), antes garantido em sua plenitude foi, gradativamente, sendo limitado constitucionalmente de modo que o exercício da propriedade só pudesse ocorrer se compatível com os interesses coletivos (interesse público). Por outro lado, a real implementação da Função Social da Propriedade, segue se constituindo um desafio na gestão das cidades brasileiras.

Assim, o presente artigo busca analisar o decreto de criação do Tombamento sob a ótica das consequências jurídicas que ele gera aos proprietários de bens particulares e sob a ótica do conflito entre dois dispositivos constitucionais: o direito de propriedade – que constitui cláusula pétrea – e a limitação a esse direito que decorre do tombamento. Considerando o rebatimento jurídico que as mudanças de valores experimentadas pela sociedade trazem, o debate aqui proposto possui relevância por tentar elucidar ruídos gerados, historicamente, na relação entre direito e patrimônio, que ainda reverberam nos dias atuais.

Como ponto de partida, convém ressaltar fatos importantes relacionados a um conceito que permeia tanto ações do ponto de vista do Patrimônio quanto de outras áreas do Direito: a função social da propriedade.

Direito e Patrimônio: breve histórico dos impactos da Função Social da Propriedade

Como ponto de partida, convém ressaltar fatos importantes relacionados a um conceito que permeia tanto ações do ponto de vista do Patrimônio quanto de outras áreas do Direito: a função social da propriedade.

A Função Social da Propriedade é um conceito (ou princípio) que, sem dúvidas, teve grande influência, tanto na formação e desenvolvimento do campo do Patrimônio, quanto nas transformações de diversas áreas do Direito. Traçando um breve histórico sobre o tema, é importante começar pela Constituição de 1824. Nesse documento o direito de propriedade era garantido em toda sua plenitude, embora admitindo indenização em casos de o Poder Público exigir o uso e o emprego da propriedade.

A proclamação da primeira Constituição Republicana (1891-1930), de cunho liberal, não apresentou mudanças significativas em relação ao direito de propriedade anterior, uma vez que, até 1934, o conceito do direito de propriedade era estabelecido unicamente pelo

Código Civil de 1916, quando eram colocados vários obstáculos à intervenção do Poder Público em áreas de propriedade privada. Ou seja, o direito de propriedade ainda é visto de forma individualista e a propriedade ainda é tratada apenas como valor de troca.

Contudo, sabe-se que o conceito de propriedade sofreu alterações conceituais ao longo da história. O conceito absolutista foi substituído pela concepção de propriedade formulada na Revolução Francesa, que abarca uma função social, sendo uma das maiores tendências do direito constitucional no mundo ocidental (PEDROSO, 2002).

Seguindo essa tendência, as primeiras mudanças sobre o tema no Brasil começam a partir da segunda Carta Magna do período republicano (1934-1937), que foi a primeira materialização do conceito de função social da propriedade (FÉRES, 2002; MACHADO, 2000) e trouxe muitas inovações na área do direito de propriedade. Embora o que hoje se conhece como Função Social da Propriedade ainda não figure com essa nomenclatura no documento, observa-se, portanto, que sua essência já é aplicada quando limita o exercício da propriedade: esse não poderia ser praticado de forma incompatível com o interesse coletivo.

Esse entendimento jurídico de que o Estado poderia intervir no direito de propriedade possibilitou, paralelamente, a consolidação do campo do Patrimônio. Algumas ações já vinham ocorrendo nas primeiras décadas do século XX: a preocupação com a evasão das obras de arte do país desde a década de 1910; a elaboração de projetos de lei sobre o tema desde 1920; em 1933, a criação da primeira lei federal sobre a matéria, o Decreto n. 22.928, que erigiu a cidade de Ouro Preto-MG a Monumento Nacional (MEC-SPHAN. PRÓ-MEMÓRIA, 1980). Contudo, é a partir da Constituição Federal de 1934 (CF 34) que surge o primeiro princípio constitucional de proteção do patrimônio histórico, ratificado e ampliado pela Constituição Federal de 1937 (CF 37) que, por sua vez, permitiu a criação dos marcos iniciais da preservação no Brasil: o atual IPHAN e o instrumento do Tombamento, criado pelo Decreto-Lei n. 25 deste mesmo ano.

Tanto Chuva (2011) quanto Alfonsim e Fernandes (2010) apontam que a criação do IPHAN é, de fato, o marco da institucionalização da proteção do patrimônio cultural, pois é quando o Estado brasileiro toma para si essa responsabilidade. Durante o período do Estado Novo (1937-1945), houve uma forte atuação do órgão no tombamento de bens. Segundo Chuva (2011), 40% de todos os bens materiais protegidos em nível federal até o começo do século XXI foram tombados durante os oito anos seguintes à criação do IPHAN.

Apesar dos avanços no campo do patrimônio em 1937, foi nesse ano que Vargas outorgou uma nova Carta, de cunho autoritário e que retrocedeu em relação à Carta anterior, uma vez que não considerou os interesses sociais e coletivos em detrimento do direito de propriedade. Contudo, após a queda do Estado Novo, a Constituição de 1946 retornou a formulação do uso da propriedade condicionado ao bem-estar social. No entanto, embora esse documento preveja a desapropriação por interesse social, considerada um “marco jurídico” e “um avanço social sem precedentes” (LOUREIRO, 2003), não se observou, na prática, o cumprimento do dispositivo legal, uma vez que as classes dominantes ainda mantinham, em favor de seus interesses, a ideia absoluta de propriedade.

A Função Social da Propriedade apareceu como um princípio explícito somente na Constituição de 1964 (período do Regime Militar), evidenciando a busca pela coexistência de interesses da sociedade e do proprietário em prol do desenvolvimento nacional e a justiça social (PACHECO 1992, apud PEDROSO, 2002). O impacto disso, no campo do Patrimônio, foi o aumento da aplicação, por parte do Estado, do Decreto n. 25 de 1937: “os tombamentos, que antes se limitavam aos monumentos isolados, passaram a dirigir-se mais para a preservação de conjuntos [...]” (OLIVEIRA, 2016, p. 50).

A Constituição Federal de 1988 (CF 88), ainda vigente, tornou-se divisora de águas para diversos campos. Quanto ao campo do Patrimônio, a Função Social da Propriedade somada ao processo de Redemocratização vivido pelo país entre as décadas de 1970

e 1980, gerou diversas transformações: uma delas é o novo papel da sociedade nos processos de preservação (agora cabe a ela, a sociedade, colaborar com o poder público para a identificação e a proteção do patrimônio cultural); outra transformação foi a ampliação do próprio conceito de Patrimônio, que passou a abarcar bens de natureza imaterial, tornando o instrumento do Tombamento (incorporado à CF 88 por meio da recepção do Decreto de 1937 como Decreto-Lei – DL 25/37) insuficiente para proteger os novos bens incluídos, gerando a necessidade de criação de novos instrumentos.

O progressivo desenvolvimento do conceito da função social da propriedade também afetou direitos anteriormente estabelecidos, representativos dos interesses individuais. A inclusão da função social como matéria entre os direitos e garantias individuais e coletivas, através do seu Artigo 5º, levou a três conclusões por parte de Fernandes e Rugani (2002, p. 104): a primeira é que a ordem constitucional do Brasil permite a propriedade privada de bens e direitos, desde que haja o atendimento à sua função social; o princípio da função social não é uma mera restrição à propriedade, mas compõe o próprio desenho do instituto e, por fim, o regime da propriedade privada não pode ser objeto de emendas constitucionais que tendam à sua abolição, pois compõe cláusula pétrea da CF 88.

Quanto à Política Urbana, embora a CF 88 tenha trazido avanços (como o reconhecimento da importância do papel dos municípios na política territorial, o novo conceito de propriedade imobiliária e o direito coletivo ao planejamento urbano), a ideologia privatista ainda continuou dominante, gerando uma imprecisão legal e judicial com relação aos limites da intervenção do Poder Público na propriedade privada (FERNANDES; RUGANI, 2002). Tal imprecisão acaba tendo rebatimento em diversos campos que fazem uso da função social da propriedade para justificar a atuação do Estado em prol de um interesse coletivo, tais como Meio Ambiente, o Urbanismo e o Patrimônio. Assim, percebe-se, de forma clara, que simultaneamente ao desenvolvimento do conceito de Função Social da Propriedade existe uma arraigada dominância da noção do “direito de propriedade” que dificulta a implementação de políticas públicas que visam à garantia da função social da cidade.

Ora, se a atividade urbanística é função do Poder Público e se a política urbana tem o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, essa atividade deve interferir na propriedade privada, pois a destinação urbanística dos terrenos é resultado da projeção da atividade humana. Assim, a propriedade urbana, para Fernandes e Rugani (2002, p. 106) é “condicionada pelo direito urbanístico”.

Atrelado ao direito de propriedade está o direito de construir. Segundo Melo (2002), na primeira década do século XXI existiam três posições de relação entre eles, que estão apresentadas no quadro a seguir:

QUADRO 1: Relações entre direito de propriedade e direito de construir.

Fonte: CLEMENTE, 2017 (Elaborado com base em Melo, 2002).

Classificação	Separação total	Separação parcial	Inerência
Características	O direito de construir pertenceria ao município e seria gerado pela concessão ou autorização administrativa. O município pode vender o direito de construir	O direito de construir inerente ao direito de propriedade até o limite do coeficiente único de aproveitamento. A partir daí, o proprietário teria de adquiri-lo de um particular ou do Poder Público.	O direito de construir inerente ao direito de propriedade. Liberdade para construção, salvo impedimentos administrativos.
Lugares	Direitos espanhol e italiano	Direito francês	Direito brasileiro

Os Códigos Civis Brasileiros de 1916 e de 2002 definem o Direito de Construir como a possibilidade “de o proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Ou seja, possibilitava a disposição completa da coisa (transformar, edificar ou modificar conforme sua utilização econômica).

Prado (2005) coloca que, atualmente, está explícito em nosso ordenamento jurídico o acolhimento do direito de propriedade, desde que se exerça a função social. Consequentemente, para a autora, o direito de construir também deve ser praticado sob essa ótica, ou seja, deve ser interpretado em consonância com as inovações inseridas no tratamento do regime jurídico da propriedade. Dessa forma, considera-se que a faculdade de construir não é mais inerente apenas ao direito de propriedade, pois o princípio da Função Social da Propriedade condiciona o direito de construir e pode determinar diferentes destinos para os terrenos, como consta nos Artigos 182 e 183 da CF 88.

De acordo com Pedroso (2002), é sabido que o direito de propriedade está no Artigo 5º, inciso XXII da CF 88 como pertencente à categoria de direito fundamental e que, portanto, são intangíveis e imutáveis. No entanto, a mesma Constituição, no seu Artigo 5º, inciso XXIII, coloca que o direito de propriedade está condicionado à sua função social e reitera no Artigo 170, a Função Social da Propriedade como um dos princípios norteadores da atividade econômica.

Observa-se, a partir dessa breve síntese histórica, que a Função Social da Propriedade impactou o campo do Patrimônio no Brasil, num primeiro momento, por possibilitar a criação do DL 25/37; depois, por ampliar o alcance e a aplicação do Tombamento, instrumento que permaneceu vigente até os dias atuais (uma vez que foi recepcionado pela CF/88). A função social da propriedade também interferiu na trajetória da propriedade, uma vez que possibilitou que o ordenamento constitucional condicionasse, ao menos na letra da lei, o direito da propriedade (e, consequentemente, o direito de construir) a um interesse maior, público e social.

Tombamento versus direito de propriedade: o conflito entre o individual e o coletivo

Embora tenha havido profundas mudanças ao longo do século XX, desde a ampliação do conceito de patrimônio cultural, da responsabilidade pela proteção do patrimônio, da proteção jurídica de bens individuais à proteção de conjuntos de bens, entre outras transformações significativas, alguns autores (ALFONSIM e FERNANDES, 2010; CASTRIOTA, 2010) colocam que o DL 25/37 ainda é a principal referência jurídica com relação à proteção do patrimônio cultural. Contudo, o fato de o DL 25/37 não ter tido revisões legais até hoje é digno de nota:

Em seu trabalho, Sant’Anna (1995) tenta mostrar que não foi por falta de conhecimento dos limites e problemas do DL 25/37 que isso não ocorreu. Buscando compreender as motivações dessa postura, a autora aponta que foram muito mais as relações de poder presentes no campo e na instituição que levaram a essa situação (OLIVEIRA, 2016 p. 62).

Alfonsim e Fernandes (2010) colocam que qualquer análise sobre o instituto do tombamento no Brasil deve considerar a existência de interesses individuais - notadamente os conflitos de interesses com a propriedade privada - e o direito coletivo existentes no regime de proteção de bens móveis e imóveis e os processos sociais que constituem o patrimônio cultural do país.

Por meio do tombamento, o Estado busca cumprir sua função institucional de atender ao interesse coletivo da proteção do patrimônio impondo um regime especial de cuidado sobre determinados bens. Do ponto de vista do Direito, trata-se de uma intervenção pública na propriedade privada que não expropria, mas também não permite ao titular do domínio o exercício pleno das faculdades da propriedade (ALVES, 2010).

Alfonsin e Fernandes (2010), assim como Di Pietro (2003), colocam as principais limitações que o DL 25/37 traz aos proprietários de bens protegidos (limitação à alienação, ao deslocamento, às transformações, à conservação e relacionadas à necessidade de fiscalização) e, no caso de haver proteções de monumentos/construções, limitações aos proprietários de imóveis vizinhos (à construção). Esses efeitos geram ao proprietário do bem tombado a obrigação de alguns atos positivos (fazer), alguns negativos (não fazer), e outros de suportar (deixar fazer), conforme aponta o Quadro 2; aos proprietários vizinhos, obrigações negativas (não fazer); e para o IPHAN, obrigações positivas (fazer).

Rabello (2009) coloca que as figuras e institutos jurídicos “propriedade”, “limitação administrativa”, “servidão”, entre outros, são assuntos muito amplos dos estudos jurídicos, daí resulta em uma dificuldade de uniformizar o entendimento dessas figuras e sua relação com o direito de propriedade e que o ideal não é discutir amplamente essas figuras, mas sim, sua relação com o instituto do tombamento.

QUADRO 2: Obrigações ao proprietário, segundo o Decreto 25/1937.

Fonte: CLEMENTE, 2017 (Elaborado com base em Di Pietro, 2003).

Positivas (de fazer)	Fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa (Art. 19); em caso de alienação onerosa do bem, deveria ser assegurado o direito de preferência da União, Estados e Município (embora Revogado pela Lei n.º 13.105/2015); Se o bem tombado for público, será inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre União, Estados e Municípios (Art. 11).
Negativas (de não fazer)	O proprietário não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas Tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de multa de 50% do dano causado (Art. 17); também não pode, em se tratando de bens móveis, retirá-los do país, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do IPHAN (art. 14); tentada sua exportação, a coisa fica sujeita a sequestro e o seu proprietário, às penas cominadas para o crime de contrabando e multa (Art. 15).
De suportar	O proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância.
Proprietários de imóveis vizinhos	Art 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (atual IPHAN), não se poderá, na vizinhança tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirado o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto.

Observa-se que, no âmbito das discussões jurídicas, há visões distintas sobre o instituto do tombamento, como as que entendem o tombamento como uma servidão administrativa, pois decorre ato específico da administração pública e impõe um gravame ao proprietário; as visões de Mello (1987) e Figueiredo (2001), que entendem o tombamento como uma intervenção na propriedade privada a bem do interesse público, através da qual a propriedade particular pode adquirir institucionalmente um interesse coletivo, sujeitando-se a um regime diferenciado de exercício das faculdades jurídicas.

Porém, a corrente dominante é a de que o tombamento constitui limitação administrativa ao direito de propriedade e tem por objetivo compatibilizar os direitos subjetivos do proprietário com os direitos subjetivos públicos (DI PIETRO, 2003; GASPARINI, 2005; MEIRELLES, 1981).

Alfonsin e Fernandes (2010) colocam que o principal problema que decorre do conflito entre o tombamento e a propriedade privada passa pela resistência ao próprio tombamento e vai até a histórica pressão pela demolição de bens, potencializada pela valorização imobiliária que está na base dos processos de urbanização brasileiros. Coloca ainda que a percepção do tombamento pelos proprietários é de um excesso de ônus e obrigações com muitas características punitivas e descomprometidas com a dinâmica imobiliária, o que contribuiria para o abandono e a descaracterização de bens tombados ou em áreas tombadas.

Observa-se que a CF/88, em seu Artigo 215, elevou a cultura em nível de direitos fundamentais e tornou a proteção do patrimônio cultural mais eficaz, porém mais conflituosa devido à limitação do direito de propriedade, através da relativização do direito de propriedade para atender à coletividade. Contudo, conforme atentam Alfonsin e Fernandes (2010), considerando a novidade trazida pela Carta Cidadã de que a proteção do patrimônio cultural cabe ao Poder Público “com a colaboração da comunidade”, essa expressão abre uma série de possibilidades para o tratamento da questão patrimonial, inclusive entrando no mérito da distribuição de ônus e bônus da proteção do patrimônio entre as partes envolvidas.

É neste sentido que são defendidas ideias relacionadas a medidas compensatórias aos proprietários com a finalidade de promover uma “justa repartição de ônus e encargos entre proprietários e comunidade beneficiada, para que os bens possam ser efetivamente protegidos e cumprir sua função social”, além da articulação com normas urbanísticas e com instrumentos urbanísticos para viabilização dos interesses públicos e privados de proteção ao patrimônio (ALFONSIM; FERNANDES, 2010, p. 34).

Considerações Finais

Analisando as transformações do tratamento dado à propriedade privada no Brasil, percebe-se que, embora haja avanços nos textos constitucionais, a ordem jurídica ainda é fortemente marcada pelo ideia liberal dos direitos individuais de propriedade privada (ALFONSIM; FERNANDES, 2010, p. 26). Com isso, os impactos da utilização de instrumentos jurídicos em prol de um bem coletivo (seja de natureza Ambiental, seja Urbanística, seja Patrimonial) são altamente questionados, uma vez que conflitam com os valores de troca e conteúdos econômicos costumeiramente esperados da propriedade.

Diante do impasse gerado entre interesses individuais e coletivos, faz-se necessário colocar diversas questões em discussão e estudar possíveis instrumentos para o enfrentamento do problema, em prol do bem comum.

Conforme apontado, o DL 25/37 ainda é a principal referência jurídica com relação à proteção do patrimônio cultural. Talvez isso se justifique pelo fato de que, comparando-se esse instrumento com outros criados a posterior (como o Registro ou a Chancela), percebe-se que somente ele tem “força de lei” (ou seja, único que cria obrigações de fazer ou não fazer). Isso transmite ao Estado um poder maior para fazer valer suas atribuições de promotor dos interesses coletivos. Entretanto, a limitação da ação de preservação praticamente ao instrumento do Tombamento segue sendo um problema. Será que tudo que é passível de preservação deveria ser tombado? Diante da compreensão ampliada do conceito de Patrimônio Cultural, é preciso enfrentar essa questão.

Não há dúvidas de que a instituição do instrumento do tombamento em 1937 se constituiu em um importante e pioneiro movimento no sentido de estabelecer ferramentas operacionais que garantissem a efetividade da preservação patrimonial. No entanto, passados 75 anos, após todas as reflexões e revisões teóricas acerca da preservação patrimonial que temos vivenciado ao longo desses anos, podemos dizer que é, no mínimo, estranho que o órgão federal de preservação permaneça tendo como principal instrumento ainda o mesmo Decreto-lei nº25/37. Desta forma, tal gestão se torna um verdadeiro desafio diante das mudanças políticas que ocorrem de tempos em tempos e dos antiquados instrumentos de proteção patrimonial que continuamos a utilizar na atualidade (MEDEIROS; VIEIRA-DE-ARAÚJO, 2013, p. 7-8).

A percepção do tombamento pelos proprietários como um excesso de ônus e obrigações com muitas características punitivas traz à tona diversas questões: essa prática não estaria associada a um modelo cultural ainda persistente de priorização dos direitos individuais sobre os coletivos? O que falta é, efetivamente, uma repartição de supostos ônus ou uma visão mais clara sobre a qualidade de vida que a política da preservação pode trazer às coletividades (em suas individualidades)? Nos casos em que houvesse valorização do bem decorrente de sua proteção (e/ou de obras ocorridas em sua proximidade devido ao seu status de patrimônio), também se pensaria em repartição dos lucros gerados?

Está muito clara, portanto, a importância do desenvolvimento de ações e instrumentos que visem minimizar os conflitos identificados. Nesse sentido, os instrumentos de gestão urbana que podem ser utilizados de forma associada ao Tombamento, com destaque para aqueles regulamentados pelo chamado “Estatuto da Cidade” (Lei 10.257 de 10 de julho de 2001), entre os quais se destaca, por exemplo, o instrumento de “Transferência do Direito de Construir”, devem ser objeto de atenção particular (MEDEIROS; VIEIRA-DE-ARAÚJO, 2013).

O patrimônio não é o único campo a fazer restrições de uso e gozo da propriedade privada, mas não é comum se ver a sugestão de medida compensatória para lotes, por exemplo, com menor coeficiente de aproveitamento do ponto de vista urbanístico. Talvez pelo caráter subjetivo que o campo do Patrimônio apresenta (atrelado à definição dos bens culturais e a sua importância para a vida cotidiana) e/ou pela nem sempre efetiva participação social nos processos decisórios, o olhar sobre ele acaba sendo majoritário como ônus, e não bônus.

Sabe-se que, diante dos gastos relacionados à manutenção de bens de valor cultural, algumas medidas vêm sendo tomadas para favorecer a preservação desses bens: condições especiais para financiamento de reformas; leis de incentivo à cultura; políticas de isenções fiscais (como de Imposto Predial e Territorial Urbano). Contudo, parecem não ser suficientes para reverter o quadro de abandono de muitos bens de valor cultural.

Enquanto a Política de Preservação não for uma prioridade no Planejamento Urbano e for mais imposta pelo Estado que construída e desejada pela própria sociedade; enquanto a Educação Patrimonial não for prioridade para uma mudança de

mentalidade cultural, favorecendo o necessário protagonismo social no momento de construção e definição de valores de memória e identidade; enquanto os instrumentos de criar obrigações forem majoritariamente utilizados; não haverá “avanços” legais que consigam sanar os conflitos entre interesses individuais e coletivos no campo do Patrimônio.

Referências

- ALVES, A.F. A. **O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 65-97, 2010.
- CASTRIOTA, L. B. **Conservação Urbana: tombamento e áreas de conservação**. In: ALFONSIN, B.; FERNANDES, E. (Coord.) Revisitando o instituto do tombamento. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-98.
- CHUVA, M. **Por uma história da noção de patrimônio cultural no Brasil**. In: Revista do patrimônio histórico e artístico nacional. n. 34. Brasília: IPHAN, 2011. p. 146-165.
- CLEMENTE, Juliana Carvalho. **Ruínas Urbanas no centro histórico de João Pessoa-PB: uma análise a partir da normativa de proteção do patrimônio**. (tese de doutorado). Programa de pós-graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN. 2017.
- DI PIETRO, M.S. Z. **Direito Administrativo**. 16. ed., São Paulo: Atlas S.A., 2003.
- FÉRES, L. R. **A evolução da legislação brasileira referente à proteção do patrimônio cultural**, 2002. In: FERNANDES, E. ; RUGANI, J. Cidade, Memória e Legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico. Belo Horizonte: Instituto dos Arquitetos do Brasil/ Departamento de Minas Gerais, 2002.
- FERNANDES, E.; RUGANI, J. **Cidade, Memória e Legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico**. Belo Horizonte: Instituto dos Arquitetos do Brasil/ Departamento de Minas Gerais, 2002.
- ALFONSIN, B; FERNANDES, E. (Coord.) **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-98.
- FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GASPARINI, A. **Tombamento e direito de construir**. Imprensa. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- LOUREIRO, F.E. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MEDEIROS, E. A.; VIEIRA-DE-ARAÚJO, N. M.. **O Sítio Histórico de Natal Agora é Tombado como Patrimônio Nacional. E daí?** In: Anais do Encontro Internacional sobre Preservação do Patrimônio Edificado – ARQUIMEMÓRIA 4. SALVADOR, BA. 2013.
- MEC-Sphan. **Pró-Memória. Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória**. Brasília, 1980. (Publicações da Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, n. 31. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=531>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981.
- MELLO, C.A.B. **Novos aspectos da função social da propriedade no direito público**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 84, 1987.

MELO, F.C. R. **A propriedade urbana e o instrumento da transferência do direito de construir**. In: FERNANDES, E.; RUGANI, J. Cidade, Memória e Legislação. A preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico. Belo Horizonte: Instituto dos Arquitetos do Brasil/ Departamento de Minas Gerais, 2002.

OLIVEIRA, F. R. **Novos olhares e antigas práticas no tombamento de centros históricos: o caso de Natal-RN**. Rio de Janeiro: 2016. Dissertação (Mestrado) – Mestrado Profissional em Preservação do Patrimônio Cultural, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Mestrado_em_Preservacao_Dissertacao_OLIVEIRA_Fernanda_Rocha_de.pdf>. Acesso em: jun. 2019.

PEDROSO, S. S. **O conceito de função social da propriedade na CF/88**. Revista Via Jus, 2002. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/eventos/viajus.php?pagina=artigos&id=22>>. Acesso em: 15 out. 2016.

PRADO, Karine Monteiro. **O direito de construir frente à função social da propriedade urbana**. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 21. Rio de Janeiro: Podium, 2005.

RABELLO, S. **O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento**. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

SANT'ANNA, M. **Da cidade-monumento à cidade-documento: a trajetória da norma de preservação de áreas urbanas no Brasil (1937-1990)**. Salvador: 1995. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal da Bahia.

VIEIRA-DE-ARAÚJO, Natália Miranda.; OLIVEIRA, Terezinha Monteiro de ; LIRA, Karina Monteiro de . Conservação e Preservação de Imóveis Privados: novas tentativas, velhas dificuldades. In: XIV SAL- Seminário de Arquitetura Latino-Americana, 2011, Campinas. **Anais do XIV SAL- Seminário de Arquitetura Latino-Americana**, 2011.

RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL E DIREITOS AUTORAIS

A responsabilidade da correção normativa e gramatical do texto é de inteira responsabilidade do autor. As opiniões pessoais emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade, tendo cabido aos pareceristas julgar o mérito das temáticas abordadas. Todos os artigos possuem imagens cujos direitos de publicidade e veiculação estão sob responsabilidade de gerência do autor, salvaguardado o direito de veiculação de imagens públicas com mais de 70 anos de divulgação, isentas de reivindicação de direitos de acordo com art. 44 da Lei do Direito Autoral/1998: “O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação”.

O CADERNOS PROARQ (issn 2675-0392) é um periódico científico sem fins lucrativos que tem o objetivo de contribuir com a construção do conhecimento nas áreas de Arquitetura e Urbanismo e afins, constituindo-se uma fonte de pesquisa acadêmica. Por não serem vendidos e permanecerem disponíveis de forma *online* a todos os pesquisadores interessados, os artigos devem ser sempre referenciados adequadamente, de modo a não infringir com a Lei de Direitos Autorais.

Submissão: 25/10/2019

Aceite: 13/05/2020