DENISE PUERTAS DE ARAÚJO

NA FRONTEIRA ENTRE O MATERIAL E O IMATERIAL: o tombamento e a proteção dos bens culturais

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

DENISE PUERTAS DE ARAÚJO

NA FRONTEIRA ENTRE O MATERIAL E O IMATERIAL: o tombamento e a proteção dos bens culturais

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Titular Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Araújo, Denise Puertas de
Na fronteira entre o material e o imaterial: o tombamento e a proteção dos bens culturais ; Denise Puertas de Araújo ; orientador Fernando Dias Menezes de Almeida -- São Paulo, 2020.
310 f.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Tombamento. 2. Patrimônio Cultural. 3. Bem Cultural. I. Menezes de Almeida, Fernando Dias, orient. II. Título.

ARAÚJO, Denise Puertas de. **Na fronteira entre o material e o imaterial:** o tombamento e a proteção dos bens culturais. 2020. 310 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

A meu pai, que diante da morte me ensinou sobre a vida.

À minha mãe, pela renúncia.

E à Eleonora, a quem posso transmitir um pouco do que sou.

AGRADECIMENTOS

Há bastante tempo o patrimônio cultural me interessa como abordagem de estudo e vivência cotidiana; ele foi, inclusive, a razão para que eu escolhesse, dentre tantos, cursar Arquitetura e, depois de um tempo e a realização de um mestrado na área, procurar também o Direito. Soma-se a isso a felicidade, em que pesem as dificuldades, de ter o patrimônio também como meu universo de trabalho, o que me propicia estar sempre em contato com pessoas que frequentemente alimentam o debate de que tanto gosto. A tese, que encerro formalmente aqui - mas que com certeza seguirá comigo -, é mais uma etapa deste caminho que é parte da minha vida, tanto quanto me presenteia com um momento para agradecer.

De início, ao meu orientador, Professor Fernando Menezes, pela acolhida, generosidade, pela transmissão do conhecimento enorme que detém. Sou grata sobretudo pela compreensão nos momentos difíceis – e imponderáveis - que se apresentaram a mim; Fernando é uma pessoa admirável. À Professora Maria Lúcia Bressan Pinheiro e ao Professor Paulo César Garcez Marins pelas trocas e conhecimentos partilhados; ainda, pelas contribuições no exame de qualificação. São importantes referências intelectuais em minha vida, além de pessoas pelas quais tenho enorme carinho.

Aos amigos que diretamente contribuíram para a realização deste trabalho, sou grata pelo tempo que me dedicaram, pelas conversas, sugestões e leituras. Agradeço principalmente a presença em minha vida. Em especial ao Anderson Félix (que conhece cada trecho deste trabalho), Eliana Cisi (parceira na pesquisa e nas viagens), Lícia de Oliveira Ferreira e María Sabina Uribarren (pela companhia de anos e discussões animadas e constantes sobre patrimônio) e Silvia Regina Valim (pelo perfeccionismo na revisão do *abstract* e amizade que me enriquece a vida). À Ana, em memória e no coração. À Karlin Olbertz, que conheci só ao final deste trabalho, mas que, sempre atenciosa, me enviou informações de grande valia. Também a queridos amigos que acompanharam tudo de perto e cujas conversas – sobre a tese ou não –, os respiros diários e uma ajuda ou outra (essencial) foram fundamentais para que este trabalho fosse concluído: Hélio Mitica Neto, Leonardo Ohashi, Manuel Broco, Neusa Borges, Ilzo Laubé, Marcos Tatiyama, Wilson Sato, Laércio Nunes e Ariana Rumstain.

A todos os funcionários das instituições contatadas, pessoal ou virtualmente, agradeço pelo profissionalismo, competência e dedicação. Arquivo Nacional, UPPH (Unidade de

Preservação do Patrimônio Histórico, na pessoa de Elisabete Mitiko), Arquivo Central do IPHAN – Rio de Janeiro (Ivan Sardinha, Tatiana, dentre muitos) e Brasília - e à Superintendência do IPHAN em São Paulo. Também às Bibliotecas da Faculdade de Direito e da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, da USP. À Thamyris Macedo, da Seção de Gestão de Documentos e Autos Findos (SEDAF - Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro) e a Henry Freitas, do Arquivo Geral do Poder Judiciário do Rio de Janeiro.

Por fim, agradeço à minha família pelo apoio que tornou este trabalho possível: Marcello (também pelas sugestões ao final), à minha mãe, que sempre priorizou a educação na vida dos filhos, Silvia, Lino, Hugo, Fernanda, Cynthia, Silvio, Gabriel e Aninha. Ao meu pai, enquanto esteve conosco, sou grata por tudo que fez para que eu chegasse aqui, e também pela alegria e orgulho que sentia em cada passo avançado. E por que não a ela, Eleonora, que tomou grande parte do tempo deste trabalho, mas que também me fez ver que o tempo a gente apenas imagina que seja nosso...

Il faut arrêter le marteau qui mutile la face du pays. Une loi suffirait. Qu'on la fasse. Quels que soient les droits de la propriété, la destruction d'un édifice historique et monumental ne doit pas être permise à d'ignobles spéculateurs que leur intérêt imbécile aveugle sur leur honneur; misérables hommes, et si imbéciles qu'ils ne comprennent pas qu'ils sont des barbares! Il y a deux choses dans un édifice: son usage et sa beauté. Son usage appartient au propriétaire, sa beauté à tout le monde, à vous, à moi, à nous tous. Donc, le détruire, c'est dépasser son droit.

Devemos parar o martelo que mutila a face do país. Uma lei seria suficiente. Que seja feita. Quaisquer que sejam os direitos de propriedade, a destruição de um edifício histórico e monumental não deveria ser permitida a especuladores ignóbeis, cujos interesses tolos ofuscam sua honra; homens miseráveis e tão imbecis que não entendem que são bárbaros! Existem duas coisas em um edifício: seu uso e sua beleza. Seu uso pertence ao dono; sua beleza, a todos, a você, a mim, a todos nós. Assim, destruí-lo é exceder a esse direito.

Guerre aux démolisseurs, 1825
Victor Hugo

SEDAF, apelação cível nº 7.377 – Arco do Teles. Imagem do laudo pericial

RESUMO

ARAÚJO, Denise Puertas de. **Na fronteira entre o material e o imaterial:** o tombamento e a proteção dos bens culturais. 2020. 310 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O tombamento surge no Brasil com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Por algum tempo único instrumento de preservação do patrimônio histórico e artístico brasileiro, ele foi se cristalizando, na ação e no imaginário, como a ferramenta por excelência de constituição (consagração) de nosso acervo cultural. Nesta trajetória, tombamento se associou umbilicalmente à própria noção de patrimônio e bem cultural, assim como tombar assumiu o sentido de preservar. Em face da ampliação do conceito de patrimônio cultural e, ainda, de sua colocação no topo de nossa hierarquia normativa com a Constituição de 1988, discute-se neste trabalho os limites deste instrumento de preservação, notadamente quando posto em contato com uma realidade que compreende o bem cultural em sua complexa formação, simultaneamente detentor de dimensões materiais e imateriais.

Palavras-chave: tombamento, patrimônio cultural, bem cultural.

ABSTRACT

ARAÚJO, Denise Puertas de. **At the frontier between material and immaterial**: heritage listing and protection of cultural heritage. 2020. 310 f. Thesis (PhD in State Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The heritage listing emerged in Brazil with the law nº 25, of November 30, 1937. For many years, this law remained the only legal instrument for the preservation of Brazilian historical and artistical heritage, and it was crystallized, both in the lawsuit and in the collective imaginary, as the main tool for the formation (consecration) of our cultural heritage. On this path, the heritage listing was umbilically connected to the very notion of heritage and cultural asset, as well as listing took on the sense of preserving. In view of the expansion of the concept of cultural heritage and, furthermore, its inclusion at the top of our normative hierarchy with the Constitution of 1988, this work discusses the limits of this instrument of preservation, notably when it is in touch with a reality that comprises the cultural asset in its complex formation, simultaneously possessing material and immaterial dimensions.

Key words: heritage listing, cultural heritage, cultural asset.

RESUMEN

ARAÚJO, Denise Puertas de. En la frontera entre lo material y lo inmaterial: el instrumento de “tombamento” y la protección de los bienes culturales. 2020. 310 f. Tesis (Doctorado en Derecho del Estado). Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, 2020.

El concepto de “tombamento” surge en Brasil con el decreto-ley n. 25, de 30 de noviembre de 1937. Por algún tiempo fue el único instrumento legal de preservación del patrimonio histórico y artístico brasilero con jurisdicción nacional, cristalizándose, en la acción y en el imaginario, como herramienta por excelencia de constitución y consagración de nuestro acervo cultural. A lo largo de su vigencia, el “tombamento” se asoció umbilicalmente a la propia noción de patrimonio y bien cultural, asumiéndose o vocablo “tombar” prácticamente como un sinónimo de preservar. Ante la ampliación del concepto de patrimonio cultural y, también, por el encumbramiento que el instrumento de “tombamento” ocupa dentro de nuestra jerarquía normativa, con la Constitución de 1988, son discutidos en este trabajo los límites de este instrumento de preservación, principalmente cuando es colocado en contacto con la necesidad de comprender los bienes culturales en su formación más complexa, como detentores, simultáneamente, de dimensiones materiales e inmateriales.

Palabras llave: tombamento, patrimonio cultural, bien cultural.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABENTUMBA - Associação Beneficiente de Manutenção e Defesa do Terreiro Tumba Junsara

ACI-RJ – Arquivo Central do IPHAN – Seção Rio de Janeiro

ACI-BSB – Arquivo Central do IPHAN – Seção Brasília

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CEDENPA – Centro de Estudos e Defesa do Negro no Pará e a Universidade Federal de Alagoas, UFAL

CF – Constituição Federal

CNRC – Centro Nacional de Referências Culturais

CONDEPHAAT – Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo

DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público

DEGEA - Departamento de Gestão de Acervos Arquivísticos (Arquivo Geral do Poder Judiciário – RJ)

DEPROT – Departamento de Proteção (IPHAN)

DID – Departamento de Identificação e Documentação

DIGED - Divisão de Gestão de Documentos (Arquivo Geral do Poder Judiciário – RJ)

DPI – Departamento de Patrimônio Imaterial

DTC - Diretoria de Tombamento e Conservação

EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental

EMOP - Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro

Funarte – Fundação Nacional de Arte

FOIRN – Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro

GTPI – Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial

GTIT - Grupo de Trabalho Interdepartamental para Preservação do Patrimônio Cultural de Terreiros

ICOMOS - Conselho Internacional de Monumentos e Sítios

IBDCULT - Instituto Brasileiro de Direitos Culturais

IBPC – Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural

INEPAC – Instituto Estadual do Patrimônio Cultural

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial

INRC – Inventário Nacional de Referência Cultural

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

IPEAFRO - Instituto de Pesquisa e Estudos Afro-brasileiros

MEC – Ministério da Educação e Cultura

MinC – Ministério da Cultura

MPF – Ministério Público Federal

PL – Projeto de Lei

PMSP – Prefeitura Municipal de São Paulo

RDA – Revista de Direito Administrativo

RMFA – Rodrigo Melo Franco de Andrade

SEDAF – Seção de Gestão de Documentos e Autos Findos (Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro)

SEGAP - Serviço de Gestão de Acervos Arquivísticos Permanentes (Arquivo Geral do Poder Judiciário – RJ)

SUS – Sistema Único de Saúde

TAR – Tribunal Administrativo Regional

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região

UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UNESCO – Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNIRIO - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 17

CAP. 1 - PATRIMÔNIO CULTURAL: uma construção.....45

1.1 – Oficialização do patrimônio no Brasil.....46

1.2 – Para além dos artífices da pedra e cal, agentes na construção de um conceito...54

1.3 – Desafios às práticas consagradas: novos pedidos e o aporte do imaterial.....59

1.4 – Tombamento: uma norma-monumento.....71

CAP. 2 – A CONSTRUÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 25.....78

2.1. – A preparação do projeto de lei.....80

2.2. – O processo legislativo.....86

CAP. 3 – A INTERPRETAÇÃO FIRMANDO SENTIDOS.....101

3.1 - O tombamento nas revistas jurídicas: doutrina e jurisprudência.....117

3.2 – Quanto vale? A desapropriação e o *quantum* indenizatório.....132

3.3 – O pouco discutido tombamento.....139

CAP. 4 – O LUGAR DO TOMBAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.....154

4.1 – A construção doutrinária: as obras gerais de Direito Administrativo.....164

4.2 – Expandindo visões: tombamento em novos ramos do Direito.....178

4.3 – A especialização da doutrina: o tombamento como instrumento de proteção do bem cultural.....184

4.4 – Patrimônio cultural: uma doutrina em construção.....190

CAP. 5 – MATERIAL *VERSUS* IMATERIAL.....194

5.1 – Usos e práticas: bem cultural como lugar.....196

5.1.1 – O registro no Livro dos Lugares.....201

5.1.1.1 – O registro dos lugares: critérios de admissibilidade.....206

5.1.2 – Conteúdos prescritos: efeitos do tombamento e do registro.....212

5.1.3 – Conexões possíveis: tombamento ou registro?.....222

5.1.4 – Desmaterialização do tombamento.....239

5.2 – Bens tombados e seus nomes.....250

5.3 – Na clareira normativa, a insegurança jurídica.....258

CONCLUSÃO.....268

REFERÊNCIAS.....275

ANEXOS.....289

INTRODUÇÃO

Em 1964, o Governo italiano, por meio da lei nº 310, de 26 de abril, criou a *Comissão de investigação para a tutela e valorização do patrimônio histórico, arqueológico, artístico e paisagístico*, que ficou conhecida por Comissão Franceschini[1], em referência a seu presidente, o político Francesco Franceschini. Existindo, naquele momento, algumas normativas esparsas que tratavam do assunto[2], o grande mérito da Comissão, segundo o jurista Massimo Severo Giannini[3], um de seus membros, foi o de aproximar o conceito de bem cultural, conformando-o a partir de uma nova abordagem. As normativas então existentes fixavam, dentro de seus recortes e de forma segmentada, um rol taxativo[4] do que poderia ser considerado patrimônio artístico, histórico, arqueológico ou etnográfico, se tomada a lei nº 1.089, de 1939; também beleza natural, de acordo com as prescrições da lei nº 1.497, de 1939 e, por fim, notável interesse histórico, com relação a arquivos e documentos privados (disciplinados pelo decreto nº 1.409, de 1963). Por sua vez, a Declaração nº I da Comissão Franceschini indicava que o patrimônio da nação era formado por:

> [...] todos os bens portadores de referência à história da civilização. Estão sujeitos à lei os bens de interesse arqueológico, histórico, artístico, ambiental e paisagístico, arquivístico e bibliográfico, e qualquer outro bem que represente testemunho material com valor de civilização. (Comissão Franceschini, Declaração nº I, tradução nossa)[5].

Ao colocar os bens culturais como aqueles que representassem testemunhos materiais com valores de civilização, o que se permite é, na verdade, o alargamento do conceito de bem cultural. Abandonando o engessamento dado pelo rol taxativo – dada a natureza do objeto, evidentemente de difícil operacionalização e fadado à obsolescência – a adoção de um conceito amplo e genérico também permitiu a aproximação da noção de patrimônio cultural

---

[1] O produto final desta Comissão foi a obra *Per la salvezza dei beni culturali in Italia*, editada em três volumes, e a publicação de um texto pré-legislativo, escrito no formato de Declarações. Embora esse documento nunca tenha se convertido em lei, fato é que, como documento oficial, serviu num primeiro momento como farol a iluminar a doutrina, tendo influenciado, posteriormente, toda legislação que veio a ser criada.

[2] Notadamente três: Lei nº 1089, de 1939 (conhecida por Legge Bottai); lei nº 1497, do mesmo ano, e decreto nº 1409, de 1936.

[3] As conclusões de Giannini após ter participado da Comissão foram publicadas num dos mais importantes e citados textos sobre o tema no Direito Italiano: I beni culturali. **Rivista Trimestrale di diritto pubblico.** AG: 1976. Ano XXVI, pp. 3-38.

[4] Embora em seus escritos, Giannini (1976) tenha informado que, ao longo do tempo, a jurisprudência italiana passou a entender o rol como meramente exemplificativo.

[5] Disponível em: < http://www.icar.beniculturali.it/biblio/pdf/Studi/franceschini.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020. No original: "[...] tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà".

- antes permeada por critérios estetizantes - da noção de cultura em sua visão antropológica[6]. A experiência de Gianinni como membro desta Comissão interdisciplinar inelutavelmente agregou a suas reflexões sobre o tema uma compreensão que, derivada de outras áreas, iluminou sua abordagem jurídica, chamando a atenção principalmente para duas importantes conclusões. A primeira delas, o entendimento de que o conceito de bem cultural é histórico e, portanto, construído a partir dos valores próprios de cada geração. A opção por uma definição ampla, obtida pelo uso de conceitos indeterminados[7] – como a sugerida pelos membros da Comissão –, seria o motor de sua própria longevidade. Neste sentido, Giannini responde positivamente à questão que se coloca quando indaga se o conceito de bem cultural ali disposto seria representativo também para o Direito:

> Deste modo, a noção de bem cultural como testemunho material com valor de civilização pode também ser assumida como noção jurídica válida, restando certo que é noção liminar [noção/conceito indeterminado], ou seja, noção em relação à qual a normativa jurídica não dá um conteúdo próprio, mas sim opera mediante o reenvio à disciplina não jurídica*".* (GIANNINI, 1976, p. 8, tradução nossa)[8].

Essa ampliação do conceito de bem cultural (por consequência, de patrimônio cultural) não é um fenômeno que se restringiu à Itália, mas sim um processo de transformação que se fez presente em várias partes do mundo. As Declarações da Unesco[9] e outros documentos

---

[6] Nas palavras do antropólogo Gilberto Velho, em parecer dado no processo de tombamento do Terreiro da Casa Branca: "Cultura é um conceito, empregado por antropólogos, em um sentido bastante amplo. Centenas de definições já foram arroladas com ênfases diferenciadas. Creio que para nossas finalidades, essa amplitude é útil e aceito a orientação que define cultura como um fenômeno abrangente que inclui todas as manifestações materiais e imateriais que expressam as crenças, valores, visões de mundo existentes em uma sociedade*".* (ACI-RJ, Processo nº 1067-T-82).

[7]Ainda que com algumas divergências quanto ao seu tratamento, grosso modo, por conceitos jurídicos indeterminados a doutrina tem cristalizado o entendimento de que são termos ou conceitos fluidos, abertos, onde a interpretação para a fixação de seu significado implica maiores dificuldades ou até mesmo a necessária convergência de outras áreas do saber.

[8] No original: "In questo modo la nozione di bene culturale como testimonianza materiale avente valore di civiltà può anche essere assunta como nozione giuridicamente valida, restando però certo che è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un próprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conchiusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche. (GIANNINI, 1976, p. 8)*".* No mesmo sentido, em outro trecho: "Com tutto ciò, ocorre sia chiaro che l'identificazione del bene culturale comporta sempre un giudizio valutativo. Anche con la nuova diversa e più precisa nozione, l'atto con cui si dichiara che uma cosa há valore artistico si fonda su un'istruttoria procedimentale che culmina com un giudizio valutativo*".* (GIANNINI, 1976, p. 15).

[9] Para ficar em três exemplos, podemos trazer a Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular (1989), a Carta de Nara (1994), e a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003). A este exemplo, ver trechos: 1. Da Carta de Veneza (ICOMOS, 1964, grifo nosso): "A noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. *Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural*". 2. Da Recomendação sobre salvaguarda da cultura tradicional e popular (UNESCO, 1989, grifo nosso): "Considerando que *a cultural tradicional e popular forma parte do patrimônio universal da humanidade* e que é um poderoso meio de aproximação entre os povos e grupos sociais existentes e de afirmação de sua identidade"; "Destacando a natureza específica e a *importância da cultura tradicional e popular como parte integrante do patrimônio cultural* e da cultura viva". 3. Da Conferência de Nara (UNESCO, 1994, grifo nosso): "O documento de Nara sobre autenticidade foi concebido no espírito da Carta

internacionais, ao mesmo tempo surgidos em virtude de demandas específicas -, propagadores e, em certa medida, uniformizadores de conceitos - nos dão mostras disso. Não se nega, por evidente, a contribuição de processos internos que também colaboraram para a transformação conceitual que se operou – e o Brasil apresenta, neste âmbito, suas próprias motivações. Entre nós, o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 - que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, criando ainda o tombamento -, trouxe um conceito de patrimônio histórico e artístico nacional baseado sobretudo na excepcionalidade artística ou histórica[10]. No entanto, ele conseguiu comportar a ampliação deste conceito, ao longo do tempo, também graças à tessitura aberta dos conceitos indeterminados nesta norma insculpidos. A adjetivação cultural veio depois e, em 1988, de forma inovadora uma Constituição brasileira a coloca entre seus artigos e parágrafos, explicitando-se pela primeira vez neste *locus* o que se entende por patrimônio cultural[11]. Há nesta ascensão ao topo da hierarquia normativa um processo tanto simbólico quanto jurídico do mais alto gabarito, refletindo mudanças que institucional e socialmente já vinham ocorrendo, possíveis, até então, ainda que sem qualquer alteração no texto do decreto-lei nº 25. Recepcionado pela nova ordem constitucional, o artigo 1º do decreto-lei encontra hoje, na Constituição de 1988, um parâmetro mais abrangente a dizer o que se entende por patrimônio cultural[12].

---

de Veneza, 1964, desenvolvendo e ampliando esse documento *em resposta ao alargamento dos conceitos referentes ao escopo do que é patrimônio cultural* e seus interesses em nosso mundo contemporâneo" e "A proteção e valorização da diversidade cultural e patrimonial no nosso mundo deveria ser ativamente promovida como um aspecto essencial do desenvolvimento humano".

[10] Visto que prescreve que este patrimônio é constituído pelo "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" (Artigo 1º, grifo nosso). Por ser o objeto central das análises desta tese, e para facilitar a consulta aos artigos citados, evitando constantes repetições, o decreto-lei nº 25, de 1937, segue ao final, no Anexo 1, na quarta coluna do quadro comparativo, posteriormente explicado.

[11] "Artigo 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 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*"*.

[12] Em relação à leitura ampliada do conceito de patrimônio, quando do uso do tombamento e do decreto-lei nº 25, a jurisprudência tem, na grande maioria dos casos, tomado por guia o texto constitucional. Em recente decisão do STF, o Ministro Edson Fachin não conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada em 2010 pela Procuradoria-Geral da República, onde fora alegada interpretação jurisprudencial não conforme à Constituição do artigo 1º do decreto-lei nº 25, a que se acusava de vulnerar os artigos 215 e 216 da Carta Maior. Após negar o prosseguimento da ação, o Ministro Fachin argumentou que a controvérsia estava suplantada "pelo inequívoco reconhecimento da proteção constitucional do patrimônio

Retomemos as observações de Massimo Severo Giannini, visto que a segunda delas, que deriva do entendimento do bem cultural como um produto histórico, lança luz à substância do que será tratado nesta tese. Em prosseguimento, este bem cultural – não obstante testemunho *material* com valores de civilização (e aqui novamente tomando a definição da Comissão Franceschini, que elenca como bem cultural os exclusivamente materiais) – é sempre, nas conclusões do autor, um bem imaterial. Se a atribuição de sentidos e valores a qualquer objeto material resulta na historicidade do bem cultural - o que se confirma pelos estudos sobre o gosto e a percepção da valorização ou desvalorização desses objetos ao longo tempo -, isso é uma mostra de que há uma camada imaterial, valorativa, distinta da matéria que constitui o bem, e que pode ou não estar presente. Disso decorre que as coisas não possuem um valor intrínseco; se a matéria é a mesma, é a aderência de algo imaterial e externo a ela que a coloca na condição de bem cultural e que ao mesmo tempo explica que o bem cultural é sempre imaterial. Em suas palavras,

> O bem cultural tem por suporte uma coisa, mas com ela não se confunde; todavia, como bem, é adjetivado por aquele valor cultural que se adere à coisa: chegamos ao núcleo efetivo da teoria dos bens culturais; dito em termos concretos, o quadro do grande pintor é uma coisa, que é, ao mesmo tempo, suporte de um ou mais bens patrimoniais, e de um outro bem, que é o bem cultural. (GIANNINI, 1976, p. 24, tradução nossa)[13].

Nessa divisão, como bem patrimonial, a coisa pode ser objeto de direito de propriedade, assim como de outros direitos (usufruto, penhor etc.); mas, como bem cultural, é objeto de posições subjetivas ativas do poder público (que, para Giannini, eram poderes[14]), sendo a

cultural*"*. (STF, ADPF nº 206). Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3820983>. Acesso em: 31 mar. 2020.

[13] No original: "[...] il bene culturale abbia a suporto una cosa, ma non si identifichi nella cosa medesima, bensì, come bene, si aggettivi in quel valore culturale inerente alla cosa: siamo arrivati qui al nucleo effettivo dela teorica dei beni culturali; detto in termini concreti il quadro del grande pittore è una cosa, che è suporto insieme di uno o più beni patrimonial, e di un altro bene che è il bene culturale."

[14] Por "poderes" entende-se uma posição jurídica ativa – neste caso, do Estado-administração – em que ele é investido de prerrogativas face ao administrado. O fundamento dessas prerrogativas tem sido creditado, notadamente, à superioridade do interesse público e à sua condição como fim a ser atingido pelo ente estatal. No espectro oposto, como posição jurídica passiva, teríamos correlatamente as sujeições. Para José Cretella Jr. (1971, p. 17): "A administração, entretanto, que deve satisfazer ao interesse geral, não poderia atingir tal objetivo se estivesse no mesmo pé de igualdade com os particulares. [...] A Administração recebeu, então, o poder de vencer tais resistências. Suas decisões obrigam, sem que ela tenha de obter a aquiescência dos interessados". Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 73) entende que não se pode falar simplesmente em "poderes": "Tendo em vista esse caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominados como 'poderes' ou como 'poderes-deveres'. Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes', pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações".

estrutura repetida em qualquer bem cultural. Em outras palavras, de um lado temos um elemento material, cujo interesse tem natureza patrimonial e que é regulado pelo direito privado se a coisa é de natureza privada, ou pelo direito administrativo (público), se de natureza pública. De outro, a coisa

> [...] é elemento material de interesse de natureza imaterial e pública, que são os interesses culturais: como tal é bem cultural, sobre o qual o Estado-Administração dos bens culturais exerce um poder, que não está ligado à utilização patrimonial da coisa, mas à conservação da cultura e à possibilidade de fruição do universo cultural[15]. (GIANNINI, 1976, p. 26, tradução nossa)".

Tais conclusões de Giannini serviriam principalmente para investigar os pontos de contato entre os dois possíveis regimes jurídicos que repousariam sobre um mesmo bem[16], não havendo naquele momento qualquer reflexão mais profunda que levasse à identificação de um patrimônio predominantemente imaterial, tal como o considerado pela UNESCO, como veremos, quando define este tipo de patrimônio na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003. Tanto as conclusões de Giannini quanto as normas existentes naquele momento colocavam o bem cultural – ainda que sempre imaterial, nas considerações do jurista – necessariamente ligado a um suporte material; na feliz comparação de Annalisa Gualdani (2014), o bem cultural continuava firmemente ancorado ao conceito de *res qui tangi potest.*

Se há, como mostrou Giannini, uma camada valorativa que confere importância a suportes materiais – e tanto por isso passam a ser preservados -, é também possível falarmos em bem imaterial como definido na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (UNESCO, 2003):

> Entende-se por 'patrimônio cultural imaterial' as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu

[15] No original: "[...] é elemento materiale di interessi di natura immateriale e pubblica, quali sono gli interessi culturali: come tale è bene culturale, su cui lo Stato-Amministrazione dei beni culturali ha dele potestà, che non riguardano l'utilizzabilità patrimoniale della cosa, bensì la conservazione alla cultura e la fruibilità nell'universo culturale.

[16] "A inerência de interesse cultural a algo que é também um bem patrimonial tem algumas - digamos por ora - implicações também patrimoniais, na medida em que afeta o conteúdo dos direitos que pertenceriam ao sujeito a que pertence a coisa como bem patrimonial, qualquer que seja; no entanto, o interesse cultural, enquanto tal, não é patrimonial, sendo juridicamente tutelado enquanto objeto de situações jurídicas subjetivas das quais é titular o Estado, as quais são distintas de ser a coisa suporte de um bem também patrimonial". (GIANNINI, 1976, p. 26). No original: "L'inerenza dell'interesse culturale ad una cosa che è anche bene patrimoniale ha però dei – diciamo per ora – risvolti anche patrimonial, in quanto incide sul contenuto dei diritti che spetterebbero al soggetto che ne ha l'appartenenza come bene patrimoniale, quale che esso sia; però l'interesse culturale come tale non è patrimoniale, ed è giuridicamente tutelato come oggetto di situazioni giuridiche soggetive di cui è titolare lo Stato, le quali sono distinte dall'essere la cosa suporto di bene anche patrimoniale".

> patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável". (UNESCO, Convenção..., 2003, artigo 2º, 1)[17].

É premente fazer a ressalva, que será desenvolvida posteriormente, de que as Ciências Humanas (notadamente a Antropologia) têm explicado a artificialidade desta segmentação, entendendo que, ainda que imaterial, todo bem possui uma dimensão material e vice-e-versa. Dessa forma, constituído sempre por duas dimensões, temos que a segmentação é apenas operacional ou didática, hoje feita notadamente (e não sem conflitos) em razão de direcionar a política de proteção ou salvaguarda, bem como o uso dos instrumentos em cada caso e de acordo com a ou as dimensões que se elege preservar. No entanto, embora reiteremos nossa compreensão de que não há bem desprovido de uma ou outra dimensão, material ou imaterial, ao longo deste trabalho serão usados os termos patrimônio material e patrimônio imaterial porque se dá, hoje, tratamento jurídico, institucional e metodológico que os distingue – o que é, como veremos, algo não isento de conflitos. Ademais, tratá-los em suas divisões é necessário para ilustrar como a "categoria" imaterial ingressa no ordenamento jurídico, aumentando o rol daquilo que é objeto de interesse como bem patrimonializável e, ainda, causando impactos na prática e política de preservação que até então se desenvolvia.

O reconhecimento dessa dimensão imaterial a que se referia Giannini - como visto, associada à matéria -, não permitiu avanços significativos no sentido de conferir aos bens imateriais[18], naquele ordenamento jurídico, significado e tratamento semelhantes ao dispensado aos materiais. Eles ingressarão nas normas jurídicas italianas somente com a edição do decreto legislativo nº 112, de 31 de março de 1998, conhecido como Texto Único[19], onde o artigo 148 disciplinava:

> a. "bens culturais", aqueles que compõem o patrimônio histórico, artístico, monumental, demoetnoantropológico, arqueológico, arquivístico e

[17] Na sequência, a mesma Convenção exemplifica este patrimônio: "O 'patrimônio cultural imaterial', conforme definido no parágrafo 1º acima, se manifesta em particular nos seguintes campos: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais*"*. (Idem, artigo 2º, 2).

[18] Usamos, portanto, patrimônio imaterial tal como definido pela Convenção da Unesco de 2003.

[19] Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1998-05-21&atto.codiceRedazionale=098A4235>. Acesso em: 03 abr. 2020.

> bibliográfico e outros que constituam testemunhos com valor de civilização assim individualizados com base na lei;
> b. "bens ambientais", aqueles individualizados com base na lei como um testemunho significativo do meio ambiente em seus valores naturais ou culturais[20].

Pela primeira vez o termo "material" não apareceu na definição daquilo que constituía o bem cultural (nem qualquer equivalência, como a exclusividade de serem bens móveis ou imóveis), fato que, no entanto, não foi incorporado ao atual Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (ITÁLIA, decreto legislativo nº 42, de 22 de janeiro de 2004)[21], como se vê na definição de bem cultural que o mesmo fornece em seu artigo 2º (grifo nosso):

> 1. O patrimônio cultural é constituído por bens culturais e paisagísticos.
> 2. São bens culturais *as coisas imóveis e móveis* que, de acordo com os artigos 10 e 11, apresentam interesse artístico, histórico, arqueológico, etnoantropológico, arquivístico e bibliográfico e outras coisas identificadas por lei ou com base na lei, como testemunhos portadores de valor de civilização.
> 3. São bens paisagísticos os imóveis e a área indicada no artigo 134, que se constituam em expressão dos valores históricos, culturais, naturais, morfológicos e estéticos do território e os demais bens identificados por lei ou com base na lei[22]. (Itália, Codice dei Beni Culturali..., tradução nossa).

Somente após a Convenção da Unesco para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, e a Convenção para Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, ambas ratificadas pela Itália em 2007, é que foi incorporado ao Codice dei Beni Culturali, em 2008, o artigo 7-bis especificando que:

> As expressões de identidade cultural coletiva contempladas nas Convenções da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, adotadas em Paris, respectivamente em 3 de novembro de 2003 e em 20 de outubro de 2005, estão sujeitas às disposições do presente Código *se forem representadas por evidências materiais* e suscitarem os pressupostos e as condições de aplicabilidade do artigo 10. (Itália, Codice dei beni..., grifo nosso).[23]

---

20 *"*a. 'beni culturali', quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e libraio e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà cosí individuati in base ala legge; b. beni ambientali", quelli individuati in base alla legge quale testimonianza significativa dell'ambiente nei suoi valori naturali o culturali*".* (decreto legislativo nº 112, de 1998, tradução nossa). Definia, ainda, como "'attività culturali', quelle rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte*".* (Itália, Decreto legislativo nº 112, de 31 de março de 1998, art. 148, f).

[21] Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2004-01-22;42>. Acesso em: 03 abr. 2020.

[22] *"*1. Il patrimonio culturale é costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. 2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civilta'. 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge*".* (Itália, Codice dei beni culturali...).

[23] *"*Le espressione di identitá culturale coletiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale imateriale e per la protezione e promozione delle diversitá culturali, adottate a Parigi,

Ainda assim, como se vê na parte grifada do trecho transcrito, o patrimônio imaterial é regido pelo Codice dei Beni Culturali desde que ligado a evidências materiais. Para Annalisa Gualdani (2019), "A *vis attractiva* exercida pela *res* sobre o valor cultural prevaleceu e conduziu à elaboração de uma disciplina centrada unicamente nos bens materiais"[24]. No mesmo sentido, Lorenzo Casini (2019, p. 202) entende que:

> [...] o Direito do patrimônio cultural italiano sempre se concentrou em bens, objetos e imóveis. Essa direção de trabalho produziu duas consequências principais: a primeira foi a de negligenciar significativamente a disciplina de instituições culturais, como museus, arquivos e bibliotecas. A segunda consequência foi a de privilegiar claramente o patrimônio material, causando, na Itália, um atraso na inclusão e regulamentação de formas de proteção e aprimoramento do patrimônio imaterial.[25]

Segundo Gualdani (2019), o privilégio conferido ao patrimônio material não quer dizer, necessariamente, que não se reconheça a existência do patrimônio imaterial, mas sim que ainda não se pode falar, dentro do ordenamento italiano, de uma disciplina melhor estruturada quanto a ele. Também, que não é possível pensar na salvaguarda deste patrimônio a partir dos instrumentos usualmente destinados ao patrimônio material.

Na legislação portuguesa, o patrimônio imaterial é incorporado antes mesmo da adoção da Convenção da Unesco para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003. O artigo 2º da lei nº 107, de 8 de setembro de 2001 – conhecida por Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Patrimônio Cultural – estabelece que integram o patrimônio cultural "todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização" (Art. 2º, 1). Na sequência, dentre uma lista, disciplina-se que: "4 - Integram, igualmente, o património cultural aqueles bens imateriais que constituam parcelas

---

rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilita' dell'articolo 10". O artigo 10, mencionado ao final, traz um rol exemplificativo de tipologias e bens que podem ser considerados bens culturais: coleção de museus, pinacotecas, documentos, coleções bibliográficas etc.

[24] "La vis attractiva esercitata dalla res sul valore culturale ha prevalso e ha condotto all'elaborazione di una disciplina incentrata unicamente sui beni material*".*

[25] No original: "[...] le droit italien du patrimoine culturel a toujours été focalisé sur les biens, objets et immeubles. Et cette direction de travail a produit deux conséquences majeures: la première a été celle de négliger de manière significative la discipline des instituitions culturelles, telles que les musées, les archives et les bibliothèques. La deuxième conséquence a été celle de privilégier clairement le patrimoine matériel, en provoquant, en Italie, un retard dans l'inclusion et la réglementation des formes de protection et de valorisation du patrimoine immatériel".

estruturantes da identidade e da memória colectiva portuguesas"[26]. Não há, como no Codice dei beni italiano, vinculação destes bens a suportes materiais para que sejam objetos de salvaguarda, o que é expresso no artigo 91, como veremos. Ainda assim, mesmo com o descolamento do patrimônio imaterial de suportes físicos, o jurista José Casalta Nabais (2011) identifica na Lei de Bases resquícios da opção, por muito tempo única, de considerar o patrimônio cultural formado apenas por bens materiais. Como observou, na referida lei, bens *culturais* (reforce-se o "culturais") são apenas os bens materiais, o que se constata da leitura dos artigos 2º, 14 e 91. Já transcrevemos como o artigo 2º dispõe sobre o que constitui o patrimônio cultural, bem como a expressão "bens imateriais" (do mesmo artigo, item 4, cf. supra) utilizada, sem o adjetivo cultural, para caracterizar os bens imateriais. Por sua vez, no artigo 14, estão definidos os bens *culturais*, onde ingressam apenas os materiais:

> Bens culturais
> 1 - Consideram-se bens culturais *os bens móveis e imóveis* que, de harmonia com o disposto nos nº 1, 3 e 5 do artigo 2.º[27], *representem testemunho material* com valor de civilização ou de cultura.
> 2 - Os princípios e disposições fundamentais da presente lei são extensíveis, na medida do que for compatível com os respectivos regimes jurídicos, aos bens naturais, ambientais, paisagísticos ou paleontológicos. (Portugal, Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001, artigo 14).

Por fim, se o artigo 14 trata dos bens culturais (definidos como os materiais), o artigo 91 define os bens imateriais que, com outros, compõem o patrimônio cultural, ainda que não integrem expressamente a categoria "bem cultural", num tratamento que ao menos simbolicamente não apagou a relação por muito tempo vigente entre bem cultural e objetos materiais. De acordo com o artigo 91:

> Título VIII
> Dos bens imateriais.
> 1. Para efeitos da presente lei, integram o patrimônio cultural as realidades que, *tendo ou não suporte em coisas móveis ou imóveis*, representem testemunhos etnográficos ou antropológicos com valor de civilização ou de cultura com significado para a identidade e memória coletivas.
> 2. [...].
> 3. Tratando-se de realidades com suporte em bens móveis ou imóveis que revelem especial interesse etnográfico ou antropológico, serão as mesmas objeto das formas de proteção previstas nos títulos IV e V.[28] (Portugal, Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001, grifo nosso).

[26] Ainda, o referido artigo afirma que: *"*8 - A cultura tradicional popular ocupa uma posição de relevo na política do Estado e das Regiões Autónomas sobre a protecção e valorização do património cultural e constitui objecto de legislação própria", menção que, por certo, engloba parcelas significativas do patrimônio imaterial.
[27] Note-se a exclusão do item 4 do artigo 2º, já transcrito, onde estão elencados os bens imateriais.
[28] Nos títulos indicados, temos as formas de proteção destinadas aos bens culturais (que, de acordo com a lei, são os móveis e imóveis), notadamente a classificação (equivalente ao nosso tombamento) e a inventariação (que consiste num processo de conhecimento e registro de determinado bem).

Da qualquer forma, a não qualificação como cultural nos parece ter sido um deslize do legislador, visto que, ao menos formalmente, a Lei de Bases olhou para essa categoria e a incorporou antes mesmo da entrada em vigor da Convenção de 2003; também, diferente do que ocorreu nas disposições do Codice dei Beni Culturali italiano, o reconhecimento dos bens imateriais não necessariamente se associa à existência de um suporte material relevante, embora se reconheça na lei portuguesa possíveis conexões entre os bens imateriais e os materiais (ou bens culturais) e, "havendo especial interesse etnográfico ou antropológico", indique-se a aplicação do processo de classificação ou inventariação. Este patrimônio imaterial foi regulamentado somente em 2009[29], um ano depois de Portugal ter ratificado a Convenção da Unesco para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, por meio do decreto-lei nº 139, de 15 de junho, revogado pelo hoje vigente decreto-lei nº 149, de 4 de agosto de 2015, onde se vincula exclusivamente o regime jurídico de salvaguarda do patrimônio imaterial ao conceito de patrimônio cultural imaterial estabelecido na Convenção de 2003. Na exposição de motivos, ao ser abordada a importância do Inventário Nacional do Patrimônio Cultural Imaterial como enquadramento de referência para identificação, estudo e documentação dessas manifestações, bem como para implantação das medidas de salvaguarda, o texto ainda trata da importância deste Inventário "para promoção da salvaguarda integrada do patrimônio cultural imaterial e do patrimônio cultural móvel e ou imóvel que eventualmente se lhe encontra associado*"*. (Portugal, decreto-lei nº 149, de 4 de agosto de 2015). Ao que se infere pela lei, estes bens materiais serão classificados ou inventariados somente se preenchidos os requisitos para o uso destes instrumentos de proteção (ou seja: trata-se de um olhar que deve atestar a importância do componente material).

O Code du Patrimoine francês foi aprovado em 2004 (ordonnance nº 2004-178, de 20 de fevereiro), portanto, um ano após a adoção da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Com a ratificação desta Convenção pela França, a disciplina do patrimônio imaterial nele ingressa em 2006, na segunda parte do artigo 1º:

> Entende-se por patrimônio, de acordo com o presente código, o conjunto de bens imóveis e móveis, de propriedade pública ou privada, que tenham interesse histórico, artístico, arqueológico, estético, científico ou técnico. Isso se aplica igualmente a elementos do patrimônio cultural imaterial, na acepção do artigo 2 da Convenção Internacional para a Salvaguarda do Patrimônio

[29] Mesmo ano em que se regulamenta o procedimento de classificação e inventariação dos bens móveis e imóveis.

> Cultural Intangível, adotada em Paris em 17 de outubro de 2003[30]. (tradução nossa).

Também não há no Code du Patrimoine a vinculação deste patrimônio a qualquer aspecto material, tal como ocorreu no Codice dei Beni Culturali italiano. Na verdade, como se vê, ele foi definido no Code du Patrimoine a partir de uma remissão direta à Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, onde é inexistente, em caráter obrigatório, tal vinculação. A ausência deste liame não evitou o estranhamento das questões relativas ao patrimônio imaterial, decorrente de uma longa tradição de patrimonialização apenas de bens materiais[31]. Na França, portanto, as principais questões na internalização desta Convenção (e na incorporação do patrimônio imaterial ao Code du Patrimoine) parecem ter propriamente recaído sobre a compreensão do que é e o que significa patrimonializar o que, até então, numa longa tradição francesa de estudos etnológicos, era visto exclusivamente pelo viés científico e das pesquisas. Some-se a isso – o que não diverge de qualquer outra realidade ocidental – a já cristalizada política francesa de patrimonialização voltada exclusivamente aos bens materiais[32]. A qualificação de práticas culturais como patrimônio imaterial evidenciou complexidades desconhecidas mesmo nos estudos etnológicos[33], como afirma Chiara Bortolotto (2014, p. 6), uma vez que tal qualificação deve implicar: 1. O reconhecimento como parte do patrimônio cultural pela própria comunidade praticante; 2. A possibilidade de transmissão geracional; 3. A possibilidade de recriações constantes a partir de interações com outras comunidades, grupos e entorno; 4. A criação de sentimentos de identidade e continuidade e, por fim, 5. A compatibilidade com instrumentos internacionais de direitos humanos existentes, bem como com imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos. Tomando-se em consideração essas características, que

---

[30] "Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique. Il s'entend également des éléments du patrimoine culturel immatériel, au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003*"*.

[31] "[...] Tanto é verdade que o país de Mérimée ou de Viollet-le-Duc, o patrimônio parece ser corporificado apenas na pedra e ser inseparável da matéria" (HOTTIN, 2008, p. 15 tradução nossa). No original: "[...] tant il est vrai qu'au pays de Mérimée ou de Viollet-le-Duc, le patrimoine semblerait ne devoir s'incarner que dans la pierre et être indissociable de la matière*"*.

[32] Segundo Chiara Bortolotto (2014, p. 2), "La última declinación de la noción de património, el património cultural inmaterial (PCI) puede ser la más enigmática y desconcertante. Esta nueva categoria, introducida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), perturba hoy em día el ámbito del patrimônio, historicamente fundado sobre um 'régimen de objeto'.

[33] "La novedad de los princípios fundadores del PCI permite formular la hipótesis de que esta categoría no es uma extensión etnológica del patrimonio sino el preludio de um nuevo paradigma patrimonial. La noción francesa de 'patrimonio etnológico' y las prácticas institucionales a las que há dado lugar se han revelado rapidamente como falsos cognatos". (BORTOLOTTO, 2014, p. 15).

induzem ao processo de patrimonialização das práticas culturais, os desafios identificados no contexto francês revelaram-se sobretudo na preocupação com as ferramentas a serem usadas para a salvaguarda de algo cuja natureza é dinâmica; na adaptação de instrumentos já existentes na França, como os inventários, cujo uso é prescrito também pela Convenção; na forma de participação das comunidades na construção deste patrimônio e, por fim, no papel dos etnólogos.

As normas sobre patrimônio cultural dos três países tratados acima apresentam, em comum, o fato de terem sido sistematizadas ou codificadas em períodos bastante próximos (entre si e em relação à Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial): em Portugal, no ano de 2001, com a Lei de Bases, em relação à qual todas as outras que regulamentam o patrimônio cultural em suas especificidades fazem remissão; Itália e França com as codificações, ambas, de 2004. Da mesma forma, nos três países há um avanço do Direito na abordagem desse tema, materializado, inclusive, pela presença de um campo, ainda que com autonomia meramente didática, denominado Direito do Patrimônio Cultural (ou Direito dos bens culturais, a depender). Não é objetivo deste trabalho fazer um estudo comparado da legislação brasileira sobre tombamento (ou patrimônio cultural) em relação à de outros países. Contudo, olhamos para os casos acima com o intuito de entender de que forma o patrimônio imaterial ingressou num corpo codificado onde, portanto, as partes devem ser tratadas a partir de uma abordagem sistêmica. Evidentemente, a análise dessa legislação é apenas um primeiro (e introdutório) acesso para cada contexto em particular, que só poderia ser melhor desenvolvido a partir de estudos jurisprudenciais e da identificação de como os instrumentos de reconhecimento e preservação têm sido aplicados. Tal abordagem, contudo, foge ao escopo desta tese, ficando à espera de futuros desenvolvimentos. De qualquer forma, ainda que preliminarmente, é possível apreender os impactos iniciais, as ausências, eventuais pontos de contato entre as duas dimensões (o que convergiria para uma compreensão totalizante do bem cultural), entre outros aspectos. Neste sentido, do que vimos pela leitura da legislação, apenas na Itália o patrimônio cultural ingressa no Codice dei Beni Culturali a partir de uma abordagem marcadamente focada na dimensão material. Na França e em Portugal, por sua vez, não há esta remissão, este liame que ancora o patrimônio imaterial a uma necessária materialidade; há, contudo – e aqui trazemos a observação a partir de alguns escritos sobre tais leis –, uma herança fortemente enraizada na compreensão do patrimônio como algo estritamente material, que se reflete nas dificuldades para encontrar soluções de salvaguarda no caso de uma realidade dinâmica, incorpórea e bastante distinta. Ensaiou-se,

em alguns casos, pontos de contato entre as duas dimensões – material e imaterial – sem que, contudo, se abrisse mão delas como categorias apartadas de patrimônio, o que poderia ter ocorrido, ao menos no caso francês, se tivesse vingado a primeira proposta elaborada para o Code du Patrimoine, onde, ao invés da opção por disciplinar cada tipologia de bens individualmente, tivesse sido adotado o critério transversal, baseado no que se convencionou chamar de cadeia patrimonial, cujas etapas são identificação, proteção, conservação/restauração, valorização, difusão e transmissão. (MARÉCHAL, 2019).

Se a Convenção da Unesco para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial foi, em países como Itália e França, o principal acesso para discussão dos contornos jurídicos necessários para conferir caráter patrimonial também a este acervo de bens, no Brasil, a Convenção encontra um cenário normatizado, em que já era presente o decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro[34]. Este decreto foi fruto de inquietações que movimentaram o Seminário *Patrimônio Imaterial: Estratégias e Formas de Proteção*, ocorrido em 1997, na cidade de Fortaleza; que foi, por sua vez, uma tentativa de dar resposta a um contexto de visível expansão do campo e do conceito de patrimônio cultural entre nós, possível a partir de várias convergências. Dentre elas, o espraiamento da preservação do patrimônio para outros entes federativos, sobretudo os Estados, que passam a criar seus próprios órgãos e conselhos, principalmente ao final dos anos 60. Também citamos a influência de Cartas e Recomendações internacionais que, antes mesmo da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), já vinham contribuindo para que o patrimônio fosse algo mais amplo e diverso, como já citado. No mesmo sentido, a forma como o patrimônio cultural no Brasil vinha tratado até então sofreu substancial impacto com a incorporação do Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC), em 1979, ao IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional -, órgão criado em 1937. Por esta operação, convergiram ações que tratavam, de um lado, da cultura viva e dinâmica das práticas e, de outro, ações de patrimonialização (até então, apenas de bens materiais). Fatalmente, a fusão do CNRC com IPHAN promoveu trocas e o campo daquilo que era considerado patrimônio histórico e artístico nacional - em essência, o patrimônio da pedra e cal -, viu-se impactado por novos valores e por outras dimensões e práticas que passaram a ser entendidas, também, como potencial acervo patrimonializável.

[34] Bem como instituiu o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

Neste cenário, constata-se que a partir dos anos 70 e com mais força nos 80, o conceito de patrimônio cultural se expandiu, abrigando tipologias novas e dimensões imateriais como algo que se queria ver preservado; por outro lado, nosso ordenamento jurídico dispunha basicamente do tombamento como instrumento de reconhecimento e preservação dos bens culturais[35]. Neste momento, algumas demandas que chegaram ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional certamente estremeceram o arcabouço valorativo que sustentava a universalidade de bens culturais então edificada, também provocando questionamentos internos acerca da capacidade de uso do tombamento como instrumento para preservação das candidaturas que ora apareciam.

Joaquim Falcão, no prefácio da obra *E Triunfo? A questão dos bens culturais no Brasil*, traz um fragmento desta diversidade que desafiou o tombamento:

> Propor o tombamento do terreiro de candomblé Casa Branca, na Bahia, estimulava a preservação viva dos valores culturais da etnia negra. Assim como o tombamento de Monte Santo abria a possibilidade de usar este poder legal para preservar não mais apenas edifícios e cidades históricas, mas a memória de movimentos sociais historicamente relevantes, no caso de Canudos. Documentar e proteger a cerâmica utilitária de Amaro de Tracunhaém e a tecnologia da reciclagem do lixo industrial – pneus que se transformam em depósitos de lixos – concedia ao fazer popular um caráter culturalmente relevante. A revitalização da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, no Amapá, e da Fábrica de Vinhos de Caju Tito Silva, na Paraíba, explicitava a estreita vinculação entre a proteção do bem cultural e um desenvolvimento mais autenticamente brasileiro. (FALCÃO, 1997, p. 24).[36]

A grande novidade nesses tombamentos é o descolamento do valor agregado unicamente à matéria que constitui os bens: se antes estes eram eleitos a partir de suas características físicas – não à toa o livro de tombo de Belas Artes torna-se, ainda que implicitamente, hierarquicamente superior aos demais -, agora a dimensão imaterial passa a constituir categoria distinta da matéria, em muitos casos autonomamente considerada como objeto

[35] Como já mencionamos, até a Constituição de 1988, nenhuma outra Constituição havia abrigado a definição de patrimônio (qualquer que fosse sua adjetivação, se histórico e artístico ou cultural), cabendo ao decreto-lei nº 25 defini-lo e instrumentalizá-lo. Num panorama constitucional, eis o que tínhamos: "Art. 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional*"*. (BRASIL, Constituição Federal, 1937); "Art. 175 - As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público*"*. (BRASIL, Constituição Federal, 1946); "Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas*"*. (BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969). Daí se vê que o patrimônio cultural (ou monumentos históricos, artísticos etc, como às vezes tratado) não se encontrava definido (ainda que por critérios exemplificativos) no corpo destas constituições, do que resulta o tratamento da matéria ao envio infraconstitucional.

[36] FALCÃO, Joaquim. Prefácio. In: MAGALHÃES, Aloísio. **E Triunfo? A questão dos bens culturais no Brasil.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997.

patrimonializável. Nessa chave passam a ingressar deliberadamente alguns valores que se desejava preservar (de identidade e afetivos, ligados à memória de grupos diversos) e também práticas, saberes ou atividades, como no tombamento da Fábrica de Vinhos de Caju Tito Silva.

A percepção da insuficiência do tombamento como único instrumento para preservação do patrimônio já fora sentida nos anos 60: em virtude da natureza dos sítios arqueológicos, muitos dos quais são destruídos durante as escavações, em contraposição às prescrições normativas do artigo 17 do decreto-lei nº 25[37], foi promulgada a chamada Lei da Arqueologia (lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961), que procurou estabelecer um regime jurídico diferenciado de proteção para estes bens[38]. Pela lei, ainda vigente, monumentos arqueológicos ou pré-históricos ficam sob guarda e proteção do poder público, sem a necessidade de qualquer processo administrativo (como ocorre no tombamento) para que as medidas de proteção prescritas gerem efeitos.[39] Ainda assim, o tombamento não deixou de ser uma possibilidade para este universo e, mesmo pouco usado se comparado a outras tipologias, como a dos bens arquitetônicos, ao tombamento tem-se recorrido, quando possível[40], como forma de reforçar a atribuição de valor e reconhecimento como patrimônio nacional[41]. A Serra da Capivara, no Piauí, tombada em 1992, é um bom exemplo de uso do

[37] Em essência, neste artigo estão as prescrições vedando a destruição, demolição ou mutilação do bem.

[38] Também, segundo Silva (2007), o tombamento não conseguia efetivamente preservar os bens arqueológicos, sobretudo porque originalmente se voltava aos bens com características excepcionais.

[39] "Art. 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal. Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição." (BRASIL, Lei nº 3.924, de 1961). O artigo 2º define o que são os monumentos arqueológicos ou pré-históricos e o artigo 3º estabelece prescrições visando à preservação de parte deste acervo: "São proibidos em todo o território nacional, o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas". (Idem).

[40] Têm-se reconhecido essa possibilidade sobretudo para o caso de inscrições rupestres, onde as pesquisas resultam em pouca intervenção sobre o sítio arqueológico.

[41] "Afinal, nos dias de hoje, o que significa tombar um bem cultural? Se nas primeiras décadas de atuação do Iphan o instrumento foi utilizado largamente como um entrave legal para se evitar que os bens fossem destruídos, além de reconhecê-los como notáveis para a memória da nação e a história do Brasil, ao longo do tempo o tombamento parece ter aos poucos se ressignificado, pelo menos para o patrimônio arqueológico. Com a lei da arqueologia assegurando a sua guarda e proteção pelo poder público, proibindo a exploração econômica e a destruição dos sítios arqueológicos sem que tenham sido antes pesquisados, considerando como crime tais atividades danosas, tombar um sítio arqueológico na expectativa tão somente de que esta aplicação possa garantir a sua integridade física, salvando-o da destruição, em boa medida não mais se sustenta. O tombamento a ser utilizado em sítios arqueológicos então, passa a ter a proteção como ferramenta complementar, auxiliar, *restando-lhe sobremaneira, o caráter de reconhecimento, de proteção simbólica, de promoção do valor do patrimônio arqueológico como um dos componentes do nosso patrimônio cultural nacional".* (SANTIAGO; SALADINO, 2016, p. 198, grifo nosso).

tombamento em sua função de reconhecimento, uma vez que a preservação da matéria já estaria garantida pela Lei da Arqueologia. Isso reforça, ainda, como o tombamento foi ganhando a condição de ferramenta, por excelência, de consagração do patrimônio nacional, num processo onde a associação entre patrimônio histórico e artístico e tombamento passou a ser imediata. Também nos anos 80 o tombamento será demandado por bens, como já vimos, em relação aos quais havia interesse em preservar dimensões simbólicas e imateriais, notadamente ligadas às práticas culturais. Para esses casos, contudo, à diferença dos bens arqueológicos, não havia qualquer legislação alternativa disponível. Nesse contexto, tombamentos como os do Presépio do Pipiripau, da Fábrica de Vinho de Caju Tito Silva e, principalmente, o do Terreiro da Casa Branca, foram realizados. Em todos eles fica evidente o uso do tombamento como instrumento de conferência de valor, de reconhecimento e consagração; o descolamento da valoração, antes exclusivamente voltada às características materiais, para as dimensões imateriais – notadamente a relacionada às práticas e usos – mostrará, em alguns casos, a colisão com os efeitos do tombamento ligados à preservação e manutenção das dimensões materiais do bem, tais como foram prescritos pelo decreto-lei n° 25.

A criação do registro, por meio do decreto nº 3.551, de 2000, instrumento vocacionado à salvaguarda dos bens imateriais, veio como tentativa de abarcar essa nova complexidade, agora também entendida como bem cultural, mas para a qual não havia mecanismos e ferramentas jurídicas de proteção. Durante todo o processo de criação do decreto que lhe deu origem, é importante que se diga (e voltaremos a isso oportunamente), já havia consenso a respeito da presença simultânea de dimensões materiais e imateriais em qualquer bem cultural. Neste mesmo decreto, a criação do Livro dos Lugares, em meio a outros três livros[42], parece decorrente da experiência que vinha tensionando o tombamento e uma tentativa de dar a uma classe de bens proteção a partir de uma roupagem jurídica mais adequada, onde a preservação da prática não entrasse em conflito com os efeitos calcados na estabilidade e controle das mudanças, que emanam do tombamento. Não à toa, exemplificativamente, no Livro dos Lugares se previu constar santuários, mercados, feiras, praças e demais espaços com concentração e reprodução de práticas culturais coletivas. A criação do registro, contudo, não parece ter pacificado a questão, visto que o tombamento continua sendo pleiteado ou evocado em casos onde se percebe a intenção de preservar

[42] Livro de Registro dos Saberes, Livro de Registro das Celebrações e Livro de Registro das Formas de Expressão.

práticas, usos ou até mesmo outras situações ligadas à dimensão imaterial do bem cultural, envolvendo nomes, topônimos e marcas.

Como veremos ao longo desse trabalho, há alguns motivos para tanto. O primeiro deles pode ser creditado à potência simbólica que o tombamento adquiriu no correr dos anos, onde por longo tempo foi o único instrumento tanto de reconhecimento quanto de produção de efeitos jurídicos para preservação (no caso, da matéria). Outro motivo fortemente evocado tem sido o entendimento do registro como instrumento de baixa eficácia jurídica, sobretudo porque, instituído por meio de um decreto, não teria a força de lei para criar obrigações a terceiros. Essa constatação - verdadeira sobretudo se considerarmos as situações envolvendo o direito de propriedade -, leva, contudo, a opor de forma automática tombamento e registro, como se fossem normas com as mesmas prescrições (conteúdo prescritivo), diferenciadas por ser o tombamento uma norma forte e o registro, uma fraca. A escolha, a partir desta perspectiva, levaria ao tombamento sempre que se identificassem situações onde a criação de obrigações a terceiros estivesse em vista.

Dessa forma, considerando tombamento e registro, entendemos que a apreciação dos efeitos que devem decorrer de cada um desses instrumentos , e não a consideração da eficácia dessas normas (que pode ser feita num segundo momento), aponta o caminho para a compreensão dessa realidade e a identificação das situações onde eles são adequados ou não. A análise a partir dos efeitos prescritos consegue mostrar, ainda, quão problemática é a contraposição de tombamento e registro, o que, além de equivocada pela natureza dos instrumentos, tende a reforçar a separação - que se sabe artificial -, entre o patrimônio material e o imaterial.

Uma complexa concepção de patrimônio cultural, como a que se apresenta, implica uma variedade maior de dispositivos e instrumentos que deem conta de sua preservação; o tombamento - e isto é de conhecimento, como provam novos instrumentos que foram criados pelo IPHAN ou por outros órgãos de preservação, a exemplo do próprio registro -, não é suficiente, de forma isolada, para o quadro atual. Ainda assim, como citamos, ele continua demandado em situações que tendem a expandi-lo até os limites – e, acreditamos, ruptura – de sua capacidade normativa. Dentro do pressuposto de voltar-se à proteção de bens materiais e a partir da adoção de conceitos indeterminados, o decreto-lei nº 25 tem permitido (antes mesmo da definição de patrimônio cultural dada pela Constituição de 1988), durante mais de 80 anos, que caiba no conceito de patrimônio uma infinidade de coisas. Neste sentido, a norma tem sido suficientemente maleável e plástica, e por isso tem perdurado – o

que é uma de suas qualidades, semelhante em procedimento ao que Massimo Severo Giannini havia apontado em seus estudos sobre o assunto. Por outro lado, questiona-se aqui qual o limite para que a norma resista - com segurança jurídica e garantindo a proteção dos bens culturais -, quando tensionada em seus efeitos incidentes sobre a preservação da matéria (pautados em grande parte nas permanências e/ou no controle das mudanças). É possível que o tombamento se desmaterialize? Por desmaterializar-se consignamos aqui um sentido não de incidência sobre manifestação "tipicamente imaterial", mas sim sobre um bem para o qual, em que pesem as evidentes dimensões materiais, não se deseje aplicar para ele os efeitos de proteção dados pelo decreto-lei nº 25. Em outros termos: pode o tombamento ser utilizado meramente como norma de reconhecimento (consagração), dispensando-se total ou parcialmente a incidência de seus efeitos de preservação da matéria, tais como no decreto-lei nº 25 prescritos? (isto é, proibição de demolições, mutilações, destruições, bem como necessidade de acompanhamento do órgão quando de intervenções necessárias[43]). Assim, ainda que inevitavelmente o registro seja trazido a este trabalho (pela óbvia razão da dicotomia que se criou entre os dois instrumentos), os impactos que o reconhecimento das dimensões imateriais trouxe para a evolução do conceito do patrimônio cultural serão vistos, nesta tese, a partir do tombamento.

Pelo já exposto, resta claro que o tombamento pode concorrer, mas é insuficiente para a preservação das dimensões imateriais do patrimônio cultural. Sustentamos que há uma lacuna jurídica relacionada aos dispositivos de proteção deste patrimônio e que em razão disso, têm sido desencadeados processos de integração do Direito para a preservação de bens complexos[44], ainda à margem de normas protetivas. Todavia, essa integração, sempre mobilizada a partir do tombamento, não se revela capaz de garantir seus fins com a segurança jurídica que se espera de qualquer norma e, para o caso, das normas de proteção ao patrimônio cultural.

Duas hipóteses (cumulativas) nos serviram como norte. A primeira é a de que, em sede de controle jurisdicional, a interpretação da lei e seu cotejo com outras normas do ordenamento jurídico não produz entendimentos favoráveis à possibilidade de preservação de dimensões

[43] Pelo exato texto do decreto-lei nº 25: "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 Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado".

[44] Entendidos como os bens em que as dimensões materiais e imateriais são ao mesmo tempo objeto de preservação.

meramente imateriais de um bem cultural a partir do uso do tombamento. A essa proposição relacionamos sobretudo as situações envolvendo nomes e marcas que têm sido identificados como componentes (imateriais) do bem cultural e em relação aos quais a preservação tem sido desejada: por uma abordagem preservacionista, há um silêncio normativo que não encontra paralelo nas abordagens construídas a partir do Direito Comercial ou Empresarial. A segunda é que a dissociação, no tombamento, dos efeitos como norma de reconhecimento (efeito constitutivo de um bem como bem cultural) daqueles voltados à preservação da matéria implica o enfraquecimento da própria norma, com prejuízo de sua eficácia na proteção dos bens culturais. É a partir, sobretudo, da jurisprudência, que buscaremos desenvolver tais questões.

Para além do objeto central desta tese, o enfrentamento de outras questões nos pareceu necessário, sobretudo se considerarmos a pouca quantidade de trabalhos desta natureza no âmbito do Direito e por acreditarmos que a instrumentalização jurídica para a proteção do patrimônio cultural não pode prescindir de alguns aportes essenciais. Justamente por isso, serão trazidos aqui no desenvolvimento do trabalho. Entrando em sua estrutura, no Capítulo 1 procuramos mostrar o patrimônio cultural como construção, desnaturalizando este conceito. Essa discussão está bastante amadurecida em campos como Arquitetura, História, Geografia e Antropologia, mas no Direito pode-se considerá-la incipiente ou restrita a um pequeno nicho. Tombamento esteve, por longo tempo, associado à noção de patrimônio (no início, histórico e artístico nacional); não disciplinado na Constituição, coube ao decreto-lei nº 25 dizer que constituía este patrimônio o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação fosse 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 (art. 1º). No mais, coube à prescrição do parágrafo 1º deste artigo - onde se lê que tais bens só seriam considerados parte integrante de nosso patrimônio após a inscrição em um dos livros do tombo - selar a união entre patrimônio e tombamento.

Ainda que o objeto desta tese esteja circunscrito ao tombamento – que é apenas um dos instrumentos voltados à preservação – o entendimento do que é o patrimônio cultural, sua composição a partir de dimensões materiais e imateriais e principalmente a compreensão de sua historicidade é premissa para que se possa pensar o próprio tombamento em seus usos e limitações e, ainda, como este instrumento pode contribuir da melhor forma para a preservação de nosso acervo cultural. Acrescente-se: entender a historicidade deste conceito

implica conhecer, também, os múltiplos agentes envolvidos nesta construção, e isso é um dado precioso para os estudos acerca do controle jurisdicional de tombamentos quando o mérito da discussão estiver pautado na aferição do valor cultural do bem, assim como para melhor analisar possibilidade de tombamento via decisão judicial ou por iniciativa do Poder Legislativo.

Para além do objetivo central deste trabalho, outra questão nos pareceu importante: a da reconstrução da trajetória do decreto-lei nº 25 (e com isso, também do tombamento) a partir de uma abordagem que privilegiasse sua formação normativa, bem como o papel do Direito e de juristas neste processo. Várias obras escritas sobre o patrimônio cultural no Brasil, notadamente sobre o percurso da preservação no âmbito da política federal (portanto, a partir das ações do IPHAN) apresentam entre seus capítulos o panorama das tentativas de criação de uma lei para assegurar a defesa deste legado, e que culminaria com a publicação do decreto-lei nº 25 (RUBINO, 1992; MAGALHÃES, 2004; CHUVA, 2009; PINHEIRO, 2011, dentre outras). Trata-se de obras escritas por arquitetos, historiadores, antropólogos e sociólogos, na grande maioria dos casos. Por outro lado, no âmbito do Direito, e tomando como exemplo o tratamento dado ao assunto nos manuais de Direito Administrativo - ramo que originalmente, muito mais do que outros, abrigou os escritos sobre tombamento -, o que se percebe é uma tímida presença, com espaço significativamente menor do que o dedicado a outros temas e institutos. Na distribuição dos temas, nestes mesmos manuais, o tombamento costuma vir inserido em capítulos que tratam da intervenção do Estado na propriedade. Classificações são formas de sistematizar e organizar determinado assunto; não sendo certas ou erradas, dizem, contudo, sobre as opções da escolha. Dessa forma, a geografia em que o tombamento se insere, nestas obras, não desconsiderando de forma alguma a importância da abordagem dada, nos indica uma escolha e nos revela a qual enfoque se lança a luz. Por este caminho, incursões sobre o tombamento com um olhar que privilegiasse suas funções como ferramenta para preservação do patrimônio cultural ficaram, de certa forma e por um tempo, esmaecidas[45]. Tal como a existência discreta nos manuais, ainda hoje, obras monográficas não precisam disputar espaço nas poucas prateleiras que ocupam, tanto na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – e a cito por sua condição de referência -, quanto nas livrarias. Não podemos negar, contudo, que o quadro vem mudando e, cada vez mais, autores têm produzido artigos, notadamente em obras coletivas, sobre tombamento e preservação do patrimônio cultural; ainda assim,

[45] Entende-se, contudo, que também essa disposição e enfoque são frutos de seu tempo e contexto histórico.

questionar qual tem sido o papel do Direito em sua relação com o patrimônio e, em nosso recorte, dessa relação a partir do tombamento, nos parece uma questão que merece ser enfrentada.

Ainda, na grande maioria das obras escritas sobre a trajetória da preservação do patrimônio no Brasil, fica evidente a importância que se dá para a criação do decreto-lei nº 25, o marco normativo que possibilitou que o IPHAN efetivamente pudesse agir. Leis organizam a vida social e, portanto, todos dela fazem uso (técnicos e especialistas, advogados, juízes, cidadãos, proprietários...), sem que possam descumpri-las, ainda que aleguem desconhecê-las. Lei e Direito guardam entre si uma relação umbilical, notadamente em países com a nossa tradição jurídica. Obviamente, se o patrimônio é uma construção de arquitetos – e, depois, de historiadores, sociólogos, antropólogos – ele é, também e desde o início, uma construção jurídica. Como o Direito e seus operadores participaram deste processo? Qual contribuição têm dado ao longo dessas décadas? Tais questões sempre estiveram presentes para esta autora, visto que a reduzida quantidade de referências mais remotas sobre tombamento sempre pareceu indicar que, não obstante seu potencial para impactar a ordem jurídica, ele tenha passado ao largo de maiores interesses entre juristas. Confirmada a hipótese, torna-se viável afirmar que do baixo contato com juristas, juízes e demais bacharéis que, pelo ofício, potencialmente poderiam travar contato com o tema, tenha de fato o tombamento ficado, sobretudo no início, majoritariamente a cargo dos técnicos do patrimônio, que puderam moldá-lo a partir de suas concepções sobre as funções e objetivos da norma. No mesmo sentido, sem uma discussão mais ampla nos meios jurídicos, temos que soluções para problemas dessa ordem que foram se apresentando ao longo do tempo ficaram, pela ausência do debate, prejudicadas. Assim, os Capítulos seguintes, 2 e 3, propõem-se a continuar esta investigação: no primeiro deles, reconstruímos a trajetória legislativa que, de alguma forma, culminou na criação do decreto-lei nº 25. Embora formalmente um ato do Executivo – e um dos primeiros decretos-lei do Estado Novo -, inaugurando a inação do Parlamento e a profusão normativa do Poder Executivo, ele teve uma trajetória legislativa praticamente completa: protocolado na Câmara dos Deputados, seguiu para o Senado sem qualquer alteração; na última casa, recebeu algumas emendas, que foram acolhidas pela Câmara e, na iminência de ser promulgado, ainda como lei, advém o Estado Novo. Muitas das contribuições foram acolhidas e incorporadas ao decreto-lei nº 25; contudo, é interessante olhar para aquele contexto e ver quais os pontos da nova lei, nesta trajetória, chamaram a atenção dos parlamentares. Na contramão, são reveladores os

silêncios, o que passou fora de debate, não obstante este decreto-lei estivesse entre as primeiras normas a inaugurar, no esteio da Constituição de 1934, uma nova forma de tratar a propriedade privada.

Para a realização deste capítulo, recorremos ao Arquivo Central do IPHAN, no Rio de Janeiro, onde as pastas relacionadas à Legislação foram consultadas. Em meio a recortes de jornais, bilhetes e trocas de mensagem entre o primeiro diretor do IPHAN, Rodrigo Melo Franco de Andrade, e alguns juristas interlocutores, pudemos reconstruir parte do que foi este processo, notadamente a movimentação que antecedeu ao protocolo do projeto de lei na Câmara dos Deputados. Em razão de lacunas no Arquivo Central que permitissem a total compreensão da fase legislativa, buscamos o Arquivo da Câmara dos Deputados e, graças às informações colhidas, pudemos reconstruir todo o processo de tramitação do texto que resultaria no decreto-lei nº 25. Como forma de organizar as informações, colocamos ao final, como Anexo 1, um quadro sistematizado onde estão: na primeira coluna, o texto elaborado por Rodrigo Melo Franco e submetido a alguns juristas; na segunda, o texto protocolado na Câmara dos Deputados pelo então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, onde é retirada, em relação à primeira versão de Rodrigo, a parte que tratava da estrutura do órgão a ser criado. Como não há alterações nesta Casa, o texto que se encaminha para o Senado é idêntico ao que dera início à tramitação, razão pela qual seu conteúdo é o mesmo da segunda coluna. Na terceira coluna estão as emendas oferecidas pelo Senado e, por fim, na quarta, o decreto-lei nº 25, tal como aprovado.

No Capítulo 3, seguimos o estudo desta construção jurídica da norma, entendendo que sua formação não se esgota ao final do processo legislativo, mas é contínua e alimentada por outros fatores, decorrentes de sua interpretação, aplicação e controle. Em outras palavras: a interpretação e os sentidos firmados são importantíssimos para entender como aquela disposição normativa foi se moldando a partir do momento em que, nascido, o texto legislativo passa a ser colocado diante da realidade fática. Ao iniciarmos esta tese, dentre tantas possibilidades, entendíamos que os processos judiciais seriam, por excelência, as fontes mais ricas para esta compreensão, sobretudo porque retratam as situações limites de conflito, e onde a necessidade do contraditório permite trazer ao palco diversas vozes; pelo processo, é possível apreender as posições doutrinárias, os argumentos do poder público e do particular em suas respectivas defesas e, por fim, perceber a constituição de um corpo jurisprudencial. No entanto, a dificuldade de acesso a essas fontes – fato melhor detalhado no respectivo capítulo -, fez com que elegêssemos outra possibilidade. Dentre aquilo que se

nos apresentou possível, optamos por tentar reconstituir a trajetória do decreto-lei nº 25 a partir das revistas de Direito, sendo eleita, dentre elas, a *RDA – Revista de Direito Administrativo* – que, em razão de sua especialidade no ramo, foi a que se apresentou como terreno mais fértil para a tarefa proposta. Subsidiariamente, pelas razões também explicadas no capítulo, trabalhamos com a *Revista Forense*, de forma a complementar ou mesmo trazer critérios de comparação para as constatações feitas a partir da *RDA*. Outras fontes, sempre que possível e na medida da necessidade, foram agregadas à pesquisa, como as atas do Conselho Consultivo do IPHAN, os processos administrativos de tombamento que sofreram impugnação, bem como os poucos processos judiciais disponíveis. Ainda, de forma a verificar conflitos internos ao poder público, consultamos as séries de pareceres dos Consultores-gerais da República. Tanto quanto a presença tímida nas páginas dos Manuais, por esta investigação também percebemos que o tombamento, mesmo com a novidade jurídica que representou para a época (e nem vamos creditá-la à sua função como norma de proteção do patrimônio histórico e artístico - que sabemos ter sido por um bom período assunto de gabinete -, mas sim à sua capacidade de restrição ao direito de propriedade), esteve presente em poucos números da revista desde sua primeira publicação até o final dos anos 50, recorte tomado para a análise proposta no Capítulo, o que nos levou a perguntar, também, quais teriam sido as razões para isso. O final dos anos 50, período que fecha as análises deste Capítulo, foi adotado por duas razões: a primeira delas, porque o intervalo de cerca de vinte anos (1938 – ano que se iniciam aos primeiros tombamentos - a 1959) seria suficiente para a tramitação de processos judiciais e a criação de uma jurisprudência para o uso do tombamento (intervalo semelhante propiciou a constituição de um corpo jurisprudencial sobre desapropriação, instituída pelo decreto-lei nº 3.365, de 1941, praticamente contemporâneo do tombamento). A segunda razão é de que até o final dos anos 50, a pauta sobre tombamento nas revistas pesquisadas foi bastante exígua e pouco diversificada quanto à tipologia dos artigos publicados, o que claramente se altera nos anos 60.

Assim, o Capítulo 4 traz o cenário, ocorrido a partir dos anos 60, em que há incremento dos as artigos sobre tombamento nas revistas, tanto na quantidade de abordagens quanto em sua diversidade, uma vez que os novos textos não se reduzem mais somente às análises de jurisprudência, ingressando nas páginas também pareceres e reflexões doutrinárias. O final dos anos 60 é também o período em que o tombamento se expande para outros ramos do Direito e onde, a partir dessas novas abordagens, começa a ser mais detidamente analisado.

Este capítulo, portanto, traz uma necessária revisão bibliográfica, onde buscamos situar, chamando ao presente, o quadro atual dos estudos sobre o tombamento em nosso Direito.

Finalizando, o Capítulo 5 aborda os usos do tombamento em situações limítrofes, onde, na realidade, o bem cultural se apresenta em sua completude, formado por dimensões materiais e imateriais. A partir de processos administrativos de tombamento e registro – neste caso, do Livro dos Lugares -, bem como de processos judiciais, busca-se entender, pela análise dos componentes da norma, em quais situações ele é instrumento adequado e, para além dele, se temos hoje um sistema jurídico de proteção que dê conta de toda a realidade representada por este amplo conceito de patrimônio cultural. Ainda, em que medida a desmaterialização (no sentido que expusemos anteriormente) de seu uso gera insegurança jurídica, comprometendo, por fim, sua própria eficácia (e com isto, a proteção do patrimônio cultural). Sobre os processos judiciais trazidos ao capítulo, é importante que se diga que chegamos a eles por meio de processos administrativos de tombamento – que indicavam a judicialização - ou a partir de procura direcionada para casos que sabíamos, de antemão, terem causado algum tipo de polêmica em relação ao uso do tombamento para proteger dimensões imateriais de um bem cultural. Infelizmente, a pesquisa sistemática a partir da escolha de um ou mais tribunais mostrou-se bastante infrutífera, com uma infinidade de casos onde as discussões havidas não interessaram aos objetivos desta tese[46].

Em toda narrativa deste trabalho há um pressuposto que norteia e fundamenta a pesquisa: trata-se de olhar para a norma jurídica compreendendo-a como um produto de interpretação, que envolve valoração e criação; valorações que permeiam tanto sua inicial construção legislativa quanto os momentos posteriores, quando a realidade fática e a bagagem cultural de intérpretes contribuem para a sedimentação de seu significado (e, portanto, de seus objetivos e limites). Neste sentido, interpretação é entendida aqui como um ato de construção da norma, e não de mera cognição de algo já pré-estabelecido. Segundo Eros Grau:

> [...] a interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso.
> Como e enquanto interpretação/aplicação[47], ela parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas

[46] Normalmente, discussões sobre indenização ou ações civis públicas que pleiteavam o reconhecimento e proteção de determinado bem ou a responsabilização do Estado ou particular por danos causados ao patrimônio.
[47]Aqui, diferencia-se a visão de Eros Grau e de Riccardo Guastini, onde o último entende que interpretação e aplicação são atividades que se exercem sobre objetos diferentes: a interpretação tem por objeto textos normativos e a aplicação, normas ("conteúdo de sentido dos textos normativos"). "Portanto, a aplicação não coincide com a interpretação pela boa razão de a pressupor (ou a incluir como sua parte constitutiva)". (GUASTINI, 2005, p. 138).

> para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão[48]. (GRAU, 2009, p. 26).

A visão do jurista italiano Riccardo Guastini (2005) e de Eros Grau (2009) opõem-se àquela dita normativista, que entende a produção de normas apenas como trabalho do legislador (onde se inclui, também, órgãos do Estado com competência normativa). Para esta corrente, as normas chegam a juristas e aplicadores prontas e sua interpretação é definida como uma atividade de conhecimento, cognitiva, necessária para extrair do texto seu significado intrínseco, de onde decorre a sustentação de que as normas possuem um único significado. Por sua vez, a análise que empreendemos neste trabalho se faz a partir da compreensão de que há um componente decisório e volitivo na interpretação dos textos normativos: "[...] não existe uma coisa como o 'significado próprio das palavras': as palavras têm apenas o significado que lhe é atribuído por quem as usa e/ou as interpreta. Portanto, o significado é mutável, e toda decisão interpretativa é sempre, em alguma medida, variável, arbitrária" (GUASTINI, 2005, p. 135). Nesta linha de abordagem, entende-se que os sistemas jurídicos não são necessariamente completos e coerentes: juízes criam o Direito quando estão diante de uma lacuna ou antinomia. E, da mesma forma, criam quando interpretam o texto legislativo, atribuindo a ele um dos sentidos possíveis[49].

O enunciado "interpretar é produzir normas" justifica duas linhas de abordagem do presente trabalho. A primeira delas carrega o esforço por conhecer os agentes que contribuíram para a interpretação do decreto-lei nº 25, bem como a importância dada ao espaço da controvérsia e do contraditório (mesmo não lido originalmente a partir dos autos, mas vindo ao debate por meio das revistas analisadas), justamente por identificá-lo como um lugar de criação e produção de significados e sentidos. Nos termos aqui defendidos, trata-se de buscar e compreender este lugar onde a norma é finalmente construída. A segunda abordagem, que permeia todo o último capítulo, olha o decreto-lei nº 25 a partir das interpretações atribuídas

[48] Neste trecho, Grau se refere especificamente àquela interpretação promovida pelo órgão jurisdicional. Devemos considerar, contudo, a atividade interpretativa que promovem outros órgãos de aplicação – e o IPHAN é um deles, exercendo tal função no momento em que decide, dentre outros, pela aplicação ou não do tombamento, realizada a partir desta leitura (interpretação) que promove o encontro do texto normativo com os casos (objetos) que lhes são apresentados.

[49] A esse respeito, ainda que entendida como uma atividade valorativa, cuja correspondência significante-significado não é unívoca, Guastini tece algumas considerações sobre os limites da interpretação: "Esses vínculos [a que se ligam as escolhas dos intérpretes] dependem da circunstância de que, em todo ambiente cultural dado, os usos linguísticos correntes admitem uma gama, ainda que vasta, *de qualquer maneira limitada*, de significados possíveis para toda expressão dada. As atribuições de significado que não caem dentro dessa gama são dificilmente sustentáveis, sujeitas à crítica e provavelmente destinadas ao insucesso". (GUASTINI, 2005, p. 141, grifo nosso).

a ele, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, quando em contato não só com o mundo dos fatos, mas também destes em situações limítrofes. Mira, portanto, não só o conteúdo da lei em sua abstração, mas os fatos que a ela se apresentam[50]. Ao agregar os fatos – ou, melhor, os objetos que se apresentam como bens culturais – e cruzá-los com as disposições normativas, é possível ter clareza das lacunas, das situações que ficam à margem e que estão, não obstante reconhecidas como bens culturais, desprovidas dos efeitos de proteção. Nestes casos, não estamos mais diante de interpretação, que se dá apenas sobre disposições expressas, mas sim de integração do Direito:

> [...] esse conceito [conceito com o qual trabalha o autor], por apoiar-se, por sua vez, no conceito de interpretação, pode aplicar-se somente às normas expressas, àquelas normas que, por definição, são precisamente o resultado da atividade interpretativa.
> Deste ponto de vista, fica bem claro que as normas não expressas não são de modo algum fruto da interpretação, já que são elaboradas na ausência de disposições que as exprimam; são frutos de produção (ou integração) do direito. (GUASTINI, 2005, p. 43).

Assim, a análise dos processos interpretativos e integrativos do Direito permeia todo o trabalho desta tese: desde interpretações que resultaram na ampliação do conceito de patrimônio e como o decreto-lei nº 25 foi se adaptando e sendo distendido em razão de novas realidades até chegar ao momento em que, tensionado ao limite, tem suscitado abordagens integrativas do Direito.

Por fim, como última, mas necessária observação, ao longo deste trabalho, sempre que julgamos necessário, acrescentamos breves notas explicativas, ainda que no âmbito do Direito os termos aos quais tais notas se refiram sejam de domínio comum. A razão é bastante simples: se o patrimônio cultural se insere num campo para o qual convergem

---

[50] "A interpretação doutrinária é uma interpretação 'orientada para os textos', já que os juristas habitualmente se perguntam (ao menos assim se supõe) qual é o significado de um certo texto normativo 'em abstrato', isto é, sem referência a um caso particular concreto ao qual a norma deva ser aplicada. A interpretação judicial, pelo contrário, é uma interpretação 'orientada para os fatos', já que o raciocínio judicial é sempre impulsionado por um preciso caso particular concreto: juízes não se perguntam qual é significado de um texto normativo 'em abstrato', mas se perguntam se um dado caso particular cai, ou não, dentro do campo de aplicação de uma certa norma". (GUASTINI, 2005, p. 59). Em grande parte, o que ele afirma para a interpretação judicial vale também para a interpretação feita por outros órgãos aplicadores do Direito, como os administrativos, à exceção de não fazerem este a coisa julgada. No mesmo sentido, "O produto da interpretação é norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo. [...] a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados". (GRAU, 2009, p. 32).

diversos ramos do saber, entendemos que, sem perder o rigor científico, cada um deles deve se fazer entendido pelos demais. Não poderia ser diferente com o Direito.

CAPÍTULO 1

PATRIMÔNIO CULTURAL: uma construção

Na realidade, se alguma vez existiu uma entidade fugidia e refratária à fixação em fórmulas rígidas, essa é o complexo simbólico denominado "cultura" – um dos mais desconcertantes conceitos do pensamento moderno.
[...]
Devemos, isso sim, ter presente que, sendo um processo e não um "dado", e sendo da ordem do simbólico, a cultura é sempre outra coisa; é detectável nos traços que deixa, mas não é identificável como coisa fixa e bem delimitada. Não é rebelde aos conceitos, mas à rigidez conceitual; demanda flexibilidade no pensamento e na ação.
Gabriel Cohn

1.1 – Oficialização do patrimônio no Brasil

É impossível, no Brasil, falar em patrimônio cultural sem a imediata associação ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – o IPHAN – atualmente autarquia, e que assume, desde suas origens, a responsabilidade pela preservação do patrimônio nacional. Também não é rara, sobretudo no senso comum, a ligação imediata de patrimônio a tombamento. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi oficialmente criado em 1937, por meio da lei nº 378 e, dada sua rara longevidade em se tratando de instituições brasileiras – notadamente as de cultura -, assumiu ao longo dessa trajetória de mais de oitenta anos diversas denominações[51]. Embora eleito neste trabalho como o órgão ideal que nos guia na compreensão do que vem se construindo como patrimônio cultural - pois pautou por todos esses anos a política de seleção, bem como construiu caminhos e ferramentas para a proteção dos bens escolhidos -, é importante registrar que o campo da preservação do patrimônio obviamente é fruto de um processo histórico e antecede à criação do Instituto, inclusive com o surgimento de estruturas administrativas e mesmo legais

[51] Em suas origens, era SPHAN: Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Em 1946, foi transformado em DPHAN: Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; em 1970, torna-se Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAN. As mudanças, no entanto, não pararam por ai: em 1979 transformou-se em SPHAN, agora Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Em 1981, torna-se Subsecretaria, mantendo a mesma sigla. Ressalta-se que neste ano foi criada a Fundação Nacional Pró-Memória (FNPM), que teria a incumbência de realizar a política da SPHAN. Na verdade, a SPHAN tornava-se o órgão normativo e a FNPM, o executivo. Em 1981 também foi criada a Secretaria de Cultura. Em 1985, com a criação do Ministério da Cultura (MinC), o órgão torna-se novamente Secretaria do Patrimônio, continuando a FNPM a existir. Em 1990, com a extinção do MinC, foram também extintas a FNPM e a SPHAN. Em substituição, foi criado o IBPC: Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural, que perdurou até 1994, quando foi criado o atual IPHAN: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Por razões práticas, sempre que nos referirmos ao órgão, utilizaremos sua atual denominação: IPHAN.

anteriores. Da mesma forma, os caminhos e soluções para a preservação do patrimônio cultural também não se restringiram, considerando nossa organização política federativa, ao IPHAN: a partir do final dos anos 60, novas instituições com atribuições congêneres começam a ocupar lacunas existentes, preenchendo os âmbitos estadual e municipal, e reproduzindo, na maioria das vezes, toda a estrutura organizacional e normativa criada pelo IPHAN. Mesmo como reprodução do modelo federal, serviram para ampliar a diversidade valorativa atribuída aos bens, notadamente por meio de seleções de outras tipologias ou épocas históricas, também contribuindo com novos sentidos para o vago conceito de patrimônio legado pelo decreto-lei nº 25. Estudar esta trajetória do patrimônio no Brasil nos credencia a compreender a historicidade do conceito e, na mesma direção, patrimônio como algo (permanentemente) construído, sendo, portanto, histórico e artístico, cultural, ambiental urbano – ou outro -, a depender de contexto e época.

A arquiteta Maria Lucia Bressan Pinheiro (2011) remonta ao início do século passado as primeiras ideias sobre a preservação do patrimônio cultural arquitetônico, ligadas sobretudo aos movimentos Neocolonial e Modernista. Em primorosa análise deste contexto histórico, Pinheiro identifica as personagens principais e os anseios pela criação de uma arte e arquitetura nacionais, bem como a resultante deste processo em suas imbricações com a preservação do patrimônio arquitetônico – que viria a se tornar, como veremos, praticamente sinônimo de patrimônio histórico e artístico do país. Naquele momento, preocupações com a preservação desses edifícios eram de outra ordem se comparadas ao tipo de preservação que se deu no IPHAN, orientando-se principalmente ao estudo e conhecimento das tipologias coloniais e, eventualmente, ao cuidado com a preservação material deste espólio (na maioria dos casos, apenas de partes isoladas das edificações). Longe de tratar da preservação integral e *in loco* deste patrimônio, o mais comum eram o inconformismo e as críticas em relação à saída de partes das edificações para o exterior, tais como altares, móveis e ornamentos das igrejas[52].

Além deste embate arquitetônico, que tratava a preservação dos monumentos nos moldes acima descritos - mas também visava garantir um lugar para a prática profissional dos personagens que dele faziam parte -, também a preservação voltada aos bens móveis vinha

[52]De acordo com Pinheiro: "Apenas um aspecto desta questão [da preservação] parece ter mobilizado a opinião pública nos anos 1920: a venda de objetos artísticos brasileiros a estrangeiros. De fato, como já vimos nos capítulos anteriores, são numerosas as manifestações de protesto a esse respeito ao longo do período, sendo, entretanto, raras as preocupações relativas à perda de exemplares arquitetônicos de interesse para preservação*"*. (PINHEIRO, 2011, p. 249).

se desenvolvendo pela ação dos museus, como o Museu Nacional, criado em 1818 e infelizmente consumido pelas chamas, em 2018, e o Museu Histórico Nacional (MHN), de 1922. Não obstante tenham sido vocacionados para os cuidados com os objetos móveis e coleções (catalogando, estudando, preservando), o primeiro órgão de proteção do patrimônio arquitetônico foi gestado na estrutura do Museu Histórico Nacional, como veremos.

Do mesmo período dessa disputa arquitetônica em que se confrontavam os neocoloniais e os modernistas, são também as tentativas para criação de instituições e normas que viessem a proteger o patrimônio cultural brasileiro. Uma breve análise das mesmas é interessante para entendermos qual era, em cada uma, o conteúdo que se pretendia para o conceito de patrimônio e como ele poderia variar.

Atribui-se a Alberto Childe – que era conservador de antiguidades clássicas no Museu Nacional - o pioneirismo na apresentação de uma proposta que versasse sobre a preservação do patrimônio nacional, onde se destacavam, em síntese, formas para preservação de bens arqueológicos. Três anos depois, em 1923, era proposto na Câmara dos Deputados o projeto de Luiz Cedro, onde se previa a defesa dos monumentos históricos – que eram representados, segundo o texto, por imóveis públicos e/ou privados – e a criação da Inspetoria dos Monumentos Históricos. Interessante observar que o projeto não traz explícito o termo patrimônio (cultural, histórico, artístico – ou qualquer outra forma), preferindo a restrição ao termo monumento. Segundo Pinheiro (2011, p. 260), esse projeto foi o primeiro a se voltar para a preservação do patrimônio arquitetônico brasileiro, prevendo como instrumento jurídico de proteção a classificação, que dependeria de anuência do proprietário. Em 1924, Augusto Lima apresenta na Câmara dos Deputados um projeto complementar ao de Cedro; neste, havia a preocupação com a saída para fora do país de obras de artes nacionais. De nenhuma das propostas acima resultou a conversão em lei.

Deste momento, então, as iniciativas deslocam-se para os Estados (MEC-Sphan/Pró-memória, 1980[53]). Em 1925, o governador mineiro Mello Viana resolve criar uma comissão para cuidar do tema, tendo sido o texto final elaborado por Jair Lins. A introdução que apresenta o anteprojeto (uma espécie de exposição de motivos) fala expressamente em patrimônio e o qualifica em vários momentos como artístico; o esboço de anteprojeto de lei

[53] A referência diz respeito ao texto *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil*: uma trajetória, publicado pelo IPHAN nos anos 80. Segundo Márcia Chuva (Por uma história da noção de patrimônio cultural no Brasil. in: *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília: IPHAN/MinC, 2011. nº 34) trata-se da primeira versão oficial da história da preservação no Brasil.

trata de bens móveis e imóveis e aborda a catalogação, a partir das quais alguns efeitos jurídicos seriam produzidos (direito de preferência na aquisição, proibição de demolição e alteração não autorizadas, especificação de multas etc.). Especifica também o processo de catalogação e os requisitos para que um bem pudesse ser catalogado, que era serem portadores de interesse histórico ou artístico para a coletividade. Neste mesmo momento, Estados como Bahia e Pernambuco também se lançaram à empreitada da preservação de seu patrimônio cultural, esboçando instituições e normas.

Em 1930, há nova tentativa de emplacar lei federal que contemplasse o assunto, proposta pelo deputado baiano José Wanderley de Araújo Pinho. No artigo 1º do projeto, encontramos a definição – e este é o termo usado – do patrimônio histórico artístico nacional:

> Consideram-se *patrimônio histórico-artístico nacional* todas as coisas imóveis ou móveis, a que deva estender a sua proteção o Estado, em razão de seu valor artístico, de sua significação histórica ou de sua peculiar e notável beleza, quer pertençam à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, a coletividades ou particulares (MEC-Sphan/Pró-memória, 1980, p. 46, grifo nosso).

Patrimônio, neste esboço – assim como no projeto de Jair Lins – eram móveis e imóveis, fossem eles públicos ou particulares; patrimônio era, portanto, algo material, como ademais nos projetos de lei anteriores. Também por esta proposta seriam criadas a catalogação como instrumento de defesa destes bens e a Inspetoria de Defesa do Patrimônio Histórico-Artístico Nacional, a ser dirigida pelo mesmo diretor do Museu Histórico. Uma inovação em relação aos anteriores foi a previsão de um Conselho Deliberativo e Consultivo da Defesa do Patrimônio Histórico-Artístico Nacional.

Em 1933, o decreto nº 22.928 qualifica a cidade de Ouro Preto como monumento nacional – o que é também bastante interessante por nos mostrar narrativas de patrimonialização anteriores à criação do IPHAN e às famosas viagens de estudos modernistas. A edição deste decreto foi possível a partir de um processo de construção da imagem da cidade de Ouro Preto como cidade histórica, como bem mostrou Natal (2007) na dissertação *Ouro Preto: a construção de uma cidade histórica, 1891-1933.* No início dos anos de 1890, ameaçada pela perda de sua posição política, à cidade passaram a ser atribuídas as características pejorativas de arcaica, vetusta e ultrapassada e o remédio para o mal, propagandeado pelas autoridades ouro-pretanas, evidentemente era sua reformulação física e espacial – inclusive como tentativa de mantê-la como capital do Estado. O discurso mobilizado neste momento foi o de que as velhas construções e arruamentos, bem como toda a morfologia da cidade,

deveriam ceder lugar ao novo. Em 1897, com a inevitável transferência da capital para a novíssima e planejada Belo Horizonte, o discurso que se volta para a cidade começa a tomar novos rumos: na impossibilidade de manter-se como centro político, as velhas e arcaicas formas serão retomadas, mas agora para sustentar a narrativa da cidade como local histórico; para além disso, como "representante da história do povo brasileiro" (idem, p. 5). Do apagamento que antes se desejava para esse conjunto material, dos anseios para que o novo ocupasse o lugar do velho, inicia-se o discurso pela preservação de suas formas, geometria, casarios e construções, que então deveriam se tornar símbolos e materialidades de uma época áurea que deveria ser permanentemente rememorada. Dessa forma, como assinala Natal, o "predicado histórico" passa a implicar "a sua conservação física como garantia de sua valoração histórica" (p. 6). Os processos para conservação – notadamente a partir da restauração do casario e equipamentos urbanos – tiveram início também antes da criação do IPHAN: nos anos de 1928 e 1929, Gustavo Barroso, então diretor do Museu Histórico Nacional, em contato com as lideranças políticas mineiras, empreende uma série de restaurações, notadamente em chafarizes, pontes e igrejas, que serão retomadas a partir de 1934, quando é criada, como um departamento do MHN, a Inspetoria de Monumentos Nacionais. Trata-se do primeiro órgão oficial de preservação voltado aos bens edificados (além dos bens móveis de propriedade particular), criado pelo decreto nº 24.735, de 14 de julho de 1934 (e suprimida em 1937, com a criação do IPHAN)[54]. Segundo já citada publicação *Proteção e revitalização* ... (MEC-Sphan/Pró-memória, 1980) – que deve ser entendida como um texto auto-referente, capaz, portanto, de construir miticamente a trajetória do próprio IPHAN -, a eficácia de tal Inspetoria restou limitada pelo seu caráter de norma apenas regulamentar[55]. Dirigida por Gustavo Barroso – que acumulou as funções com a direção do MHN – é curiosa a defesa que faz da criação do órgão, já associando patrimônio histórico e artístico a monumentos históricos:

> Devo insistir na necessidade que reconheço presente, de regular o Governo a *defesa do Patrimônio Histórico e artístico do País*. Enquanto não tivermos uma organização administrativa acauteladora daquele patrimônio, e em harmonia com uma legislação adequada, meios de prevenção contra os assaltos que constantemente sofrem os *monumentos históricos* do Brasil, mal protegidos pelos

[54] Dentre suas finalidades, estava impedir a saída de objetos históricos e artísticos do país, controlando o comércio de antiguidades, bem como salvar da destruição as obras arquitetônicas.

[55] Se é fato que a Inspetoria não tenha contado com a força de um instrumento jurídico materializado em lei em sentido estrito – o que só viria a acontecer com o IPHAN na ditadura varguista -, não se pode dizer que seus frutos não tenham existido. Os silêncios sobre ela devem ser analisados a partir de um processo de firmação de marcos e personagens ligados ao IPHAN, que tanto mais se reforçavam quanto mais se apagavam referências anteriores. De acordo com Magalhães (2004), esses silêncios permitiram que ao IPHAN se atribuísse a posição pioneira no processo de institucionalização das práticas de preservação no Brasil.

> poderes locais dos Estados e municípios, continuaremos assistir a devastação da nossa riqueza tradicional... No Brasil, não me parece aconselhável a criação de um organismo especial para tal função: o Museu Histórico Nacional, sem ônus para os cofres federais poderia realizar aquela tarefa com a atribuição que por decreto se lhe conferisse de Inspetoria de Monumentos Nacionais. (BARROSO, G., 1933, p. 2. in Montenegro, 2010, p. 4, grifo nosso)[56].

Ao ser criada a Inspetoria, o Estado indica a disposição em proteger não somente objetos e coleções de museus (o próprio MHN existia já desde 1922), mas também um acervo externo, de propriedade privada e composto não somente por objetos, mas também (e principalmente) por monumentos históricos (aqui entendidos como bens edificados aos quais são atribuídos, *a posteriori*, valores memoriais ou artísticos[57]). O artigo 72 do decreto nº 24.735[58], sem adotar tal denominação, trazia efeitos jurídicos semelhantes aos do tombamento, instituído três anos após por meio do decreto-lei nº 25. No entanto, embora pudesse ser considerado recepcionado pela Constituição de 1934 (o decreto nº 24.735 antecede em dois dias esta Carta) e tendo sido esta a primeira Constituição a dispor sobre o patrimônio cultural[59], muito provavelmente a medida encontraria barreiras nos tribunais quanto à incidência de seus efeitos sobre a propriedade privada, visto que, ainda que a Constituição de 1934 já tivesse inovado quanto ao tratamento a ser conferido ao direito de propriedade (garantindo-o, desde que ancorado no interesse social ou coletivo, contra os quais não poderia dispor), havia a necessidade de uma lei em sentido estrito (e não um decreto) para regulamentar tais contornos[60].

Mesmo com a Inspetoria em funcionamento, em 1936, o então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, retoma a ideia de normatizar a preservação do patrimônio no

---

[56] BARROSO, Gustavo. **Relatório sobre as atividades do Museu Histórico Nacional,** emitido para o Ministro da Educação e Saúde, 1933 (BRASIL, Museu Histórico Nacional, Setor de Apoio Administrativo. Catálogo Geral, AS/DG1).

[57] Françoise Choay (2001) na introdução de seu clássico *A Alegoria do patrimônio* faz a distinção entre monumento e monumento histórico, sendo o primeiro algo construído deliberadamente para fazer lembrar e o segundo como algo que, sem ter esse propósito original, o assumiu a partir de outras valorações. Mais: fala como o conceito de monumento também ganhou outros significados, sobretudo ao migrar para a arquitetura, sendo utilizado com o sentido de grandioso, colossal, magnificente.

[58] *"*Art. 72 – os imóveis classificados como monumentos nacionais não poderão ser demolidos, reformados ou transformados sem a permissão do Museu Histórico Nacional. § único – independem de licença e fiscalização os trabalhos de conservação e consertos urgentes que não impliquem modificação essencial do prédio*".*

[59] *"*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" e "Art. 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual*".*

[60] Tal entendimento pode ser extraído tanto do artigo 17 desta Carta – *"*É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que *a lei* determinar" quanto do art. 113 "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 2) Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude *de lei"* (grifo nosso).

Brasil, o que faz com que recorra a Mário de Andrade, então diretor do Departamento de Cultura da Prefeitura de São Paulo, que propõe a criação de um serviço – o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional – Span. Segundo a versão oficial trazida no texto *Proteção e revitalização...*, a proposta de Mário de Andrade transforma-se no decreto-lei nº 25, de 1937, quase que de forma linear. No entanto, o patrimônio trazido pelo decreto-lei nº 25 guarda diferenças em relação ao anteprojeto de Mário, sendo a mais substancial aquela que coloca como patrimônio apenas os bens materiais.

No seu anteprojeto para a criação do Span, Mário conceitua como patrimônio artístico nacional "todas as obras de arte pura ou de arte aplicada, popular ou erudita, nacional ou estrangeira, pertencentes aos poderes públicos, a organismos sociais e a particulares nacionais, a particulares estrangeiros, residentes no Brasil" (Anteprojeto, 1936, cap. II[61]). Seriam obras de arte patrimoniais todas aquelas inseridas num dos quatro livros do tombo, também propostos por Mário; eram eles: livro do tombo arqueológico e etnográfico; livro do tombo histórico; livro do tombo das belas artes e livro do tombo das artes aplicadas. A par disso, também dividia as obras de arte em oito categorias: arte arqueológica, arte ameríndia, arte popular (reunidas no livro do tombo arqueológico e etnográfico), arte histórica (a ser registrada no livro do tombo histórico), arte erudita nacional, arte erudita estrangeira (que ficariam no livro do tombo das belas artes), artes aplicadas nacionais e artes aplicadas estrangeiras (a serem inscritas no livro do tombo das artes aplicadas). Para cada uma dessas categorias, Mário traz uma pequena lista exemplificativa do que poderiam consistir: como artes arqueológica e ameríndia, objetos, monumentos, paisagens, além de folclore, onde estariam incluídos vocabulários, cantos, lendas, magias, culinária etc. Da mesma forma para arte popular, a ser contemplada com objetos, monumentos, paisagens e seu folclore. Talvez por ter sido apenas um anteprojeto – ou também pela amplitude com que o tema foi tratado – não se detalharam ali os efeitos jurídicos do tombamento (como o que veio a ocorrer no decreto-lei nº 25); assim, em seu texto, tombamento é basicamente uma catalogação, uma inscrição que, em consonância com sua proposta, cabia a qualquer tipo de bem, sem qualquer vínculo à sua materialidade. De seus efeitos jurídicos, o pouco que podemos extrair do texto apenas menciona a impossibilidade de saída do país para as

[61] In: MEC-Sphan/Pró-memória, 1980. Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória. pp. 55-68.

obras de artes nacionais tombadas e a preferência para aquisição, pelo poder público, quando da venda de uma obra de arte tombada[62].

Segundo Chuva (2011, p. 151), "Mário de Andrade apontava para uma concepção integral da cultura, na qual concebia patrimônio em todas as vertentes e naturezas, sendo que o Estado deveria estar pronto para uma atuação integradora". No entanto, a proposta de Mário não chega a tramitar legislativamente, e em 1937, por meio da lei nº 378, foi criado oficialmente (visto que na prática já funcionava em caráter experimental desde 1936) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No final deste mesmo ano, foi publicado o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, lei vigente até nossos dias. Do artigo primeiro consta a definição deste patrimônio, identificado como:

> [...] 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.
> §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 [grifo nosso].

Da mesma forma como em Mário de Andrade, o decreto-lei estabelece os mesmos quatro livros de tombo, mas não se ocupa em definir ou exemplificar as categorias que poderiam figurar em cada um deles. Mesmo não as definindo, exclui, no *caput*, as manifestações que não fossem tangíveis, isto é, que não fossem materiais (e que estavam contempladas no anteprojeto de Mário de Andrade). Trocando em miúdos: o decreto-lei nº 25 tratou da proteção dos bens materiais, fundamentando a seleção deste corpo de bens a partir do central critério de excepcionalidade.

Pela análise deste decreto, percebemos que o rol do que poderia ser considerado patrimônio era, de alguma forma, diversificado: bens isolados ou conjuntos arquitetônicos, móveis ou imóveis, monumentos naturais, sítios ou paisagens. Todos, contudo, bens materiais. Comparando-se os dois textos – anteprojeto de Mário e o decreto-lei nº 25 - resta claro que a proposta de Andrade não foi acolhida. Mais uma vez, segundo Chuva (2011, p. 155, grifo nosso):

---

[62] Também estava prevista, no anteprojeto, a organização dos Museus, que era bastante inovadora em relação ao que ocorria até então.

> O Span de Mário de Andrade não teve lugar naquele contexto, e a proposta de uma etnografia da cultura – uma metodologia de inventário e conhecimento para documentar tudo aquilo que fosse compreendido como patrimônio cultural – não irá se efetivar dentro do SPHAN, mas somente em outra agência do Estado, *posteriormente tendo sido apartada do então campo do patrimônio cultural* [grifo nosso].

Olhando, ainda que brevemente, essa trajetória de proposições legais, percebe-se como os textos legislativos poderiam desenhar num primeiro nível – isto é, de forma geral e abstrata – o que se convencionaria por patrimônio. A depender de uma ou outra proposta que viesse a ser efetivada, este poderia ser formado por (em conjunto ou isoladamente) escavações arqueológicas, fragmentos de edificações, edificações isoladas, manifestações intangíveis (dança, música etc.), objetos móveis, paisagens naturais, dentre outros. Olhar para o decreto-lei nº 25 - a resultante de um projeto legislativo que de fato se converte em lei -, nos permite uma primeira leitura do que viria a ser constituído como o nosso patrimônio (por esta norma, histórico e artístico). Entender o quê de fato veio a formar o corpo patrimonial requer uma apreciação do trabalho de preenchimento do decreto-lei – em outras palavras, do trabalho cotidiano de seleção -, elaborado a partir de 1938, com os primeiros tombamentos, pelos técnicos do IPHAN.

1.2 – Para além dos artífices da pedra e cal, agentes na construção de um conceito

A criação, nos anos 30, de um serviço para cuidar de nosso patrimônio deve ser compreendida necessariamente dentro de um contexto em que a busca e construção do nacional conduziam as discussões políticas, econômicas, artísticas, culturais e educacionais. Marcava, em síntese, toda uma política de Estado. Neste sentido, não deve ser dissociada de uma série de outras ações que também se voltavam à realização do mesmo escopo.

Embora o nacionalismo e a busca pela construção do que pudesse ser nacional no Brasil tenham sido fundamentais para a política de construção deste Estado Varguista, tomada como mote pedagógico e unificador, o desejo de conhecer as origens do que era propriamente nosso, daquilo que definia o Brasil, existia antes dos anos 30, sendo bastante presente nas linguagens artísticas deste período[63]. Se é corrente lembrar da Semana de 22

[63] Outras materializações deste nacionalismo também podem ser observadas nos projetos de lei que versariam sobre nosso patrimônio – em muitas das propostas, nacional, – como vimos acima.

quando esse é o tema, ou até mesmo de uma literatura do final do XIX[64], não podemos nos esquecer – restringindo-nos aqui ao campo da arquitetura – da existência de um movimento neocolonial[65] e do posterior embate que travaram com os arquitetos modernistas. Este recorte nos interessa porque são os "vencedores" desta disputa que formariam e ocupariam os postos públicos no órgão estatal de preservação do patrimônio; arquitetos modernistas, a eles coube um importante papel no preenchimento do conteúdo abstrato do decreto-lei nº 25, definindo material e territorialmente o que veio a ser nosso patrimônio.

Apesar de disputarem posições no cenário nacional, é possível identificar muitas conexões entre modernistas e neocoloniais[66]. Ambos se consideravam modernos[67] e o faziam curiosamente a partir da releitura do passado (exatamente de um mesmo recorte dele). Os modernistas rechaçavam o estrangeirismo imperante na arquitetura que então se produzia, qualificando-a como pouco funcional e de mau gosto e, como o grupo dos neocoloniais, chamavam a si a responsabilidade de desenhar o novo a partir de um passado cuidadosamente selecionado. Dessa postura e da busca incessante por identificar o que de fato era nacional resultaram propostas e projetos distintos. Joana Mello (2006), ao falar especificamente de Ricardo Severo, sintetiza um pouco deste contexto onde as duas correntes foram colocadas frente a frente:

> A despeito de suas realizações arquitetônicas, Severo revelava em seu discurso uma preocupação e *um compromisso característico de sua época*. Ao lado da preocupação em conhecer, estudar e recuperar esse passado, tanto o engenheiro português como aqueles que seriam seus companheiros, inimigos ou críticos intentavam fundar uma arquitetura nacional, presente e futura, que não significasse

[64] Segundo Pinheiro (2011, p. 61, grifo nosso), "É certo que já houvera surtos de manifestações nativistas anteriores – principalmente na literatura – de que é emblemático o romance O Guarani, de José de Alencar, publicado em 1857. Mais tarde, já na República, também a pintura e a escultura se engajaram na temática nacional, sempre vinculadas à representação do indígena. Mas tais propostas não se mostraram capazes de promover significativa mobilização simbólica, a extravasar os estreitos círculos acadêmicos. Tal feito foi alcançado pelo Neocolonial. De fato, embora seu alcance e significado tenham sido por muito tempo menosprezados, o estágio atual das pesquisas permite colocá-lo entre os movimentos pioneiros de matizes nacionalistas *que mais ampla difusão alcançou entre nós* [...]".

[65] Se pensarmos na prática de dois dos maiores expoentes do movimento neocolonial na arquitetura – Ricardo Severo, em São Paulo, e José Mariano Filho, no Rio de Janeiro – podemos afirmar que os principais pontos que davam unidade a esta corrente eram a busca pelo conhecimento do passado e o consequente tradicionalismo, que culminam na valorização da arquitetura portuguesa e de seu legado colonial entre nós, e a necessidade de reelaborar esta tradição para dar sentido àquilo que propunham edificar no presente. O português Ricardo Severo, por exemplo, encabeçou em São Paulo, a partir de 1914, a campanha de arte tradicional, tendo proferido diversas conferências sobre o tema. No Rio de Janeiro, Mariano Filho também iniciou uma campanha pela arquitetura tradicional, publicando, como seu inspirador em São Paulo, diversos artigos na imprensa, organizando concursos e patrocinando viagens de estudos.

[66] Ainda, alguns deles fizeram um movimento de migração do Neocolonial para o Modernismo, a exemplo de Lúcio Costa e Mário de Andrade.

[67] Segundo Annateresa Fabris (1994, p. 18) [...] *"*a questão moderna é um dado fundamental na produção cultural dos primeiros anos do nosso século e não uma súbita descoberta do grupo de São Paulo por volta da década de 20".

> a retomada pura e simples do que havia sido realizado anteriormente, mas sim sua reinterpretação e atualização. (p. 94-5, grifo nosso).

Neste embate arquitetônico, a corrente que de alguma forma conquista a hegemonia da narrativa a respeito do nacional foi a dos modernistas[68]. Com diversas instâncias de legitimação de seus discurso e prática, os intelectuais do Movimento Moderno – e aqui não somente arquitetos -, acabaram encontrando no Estado varguista postos a serem ocupados, o que foi possível a partir de seus contatos pessoais e redes de influência. Sérgio Miceli (1979), em seu conhecido estudo *Intelectuais e Classe Dirigente no Brasil*, aponta para uma nova forma de relação entre os intelectuais e o Estado no período que ora tratamos:

> O aumento considerável do número de intelectuais convocados para o serviço público provocou um processo de burocratização e de "racionalização" das carreiras que pouco tem a ver com a concessão de postos e prebendas com que os chefes políticos oligárquicos costumavam brindar seus escribas e favoritos. Embora seja inegável que o recrutamento dos intelectuais ao longo do período Vargas continuou como antes a depender amplamente do capital de relações sociais dos postulantes aos cargos, vale dizer, caudatário de "pistolões" cuja rentabilidade poderia sobrepujar aquela proporcionada pelos títulos escolares ou pelas aptidões profissionais, cumpre admitir que o novo estágio da divisão do trabalho administrativo acabou impondo mudanças de peso nas relações entre os intelectuais e a classe dominante. Enquanto os anatolianos[69] contavam com as prebendas que os dirigentes oligárquicos lhes ofertavam como paga pelos serviços prestados, os intelectuais do regime Vargas estavam muito mais vinculados aos figurões da elite burocrática do que aos dirigentes partidários ou às facções políticas de seus respectivos Estados. (pp. 131-3).

Especificamente no caso do órgão de patrimônio, ainda segundo Miceli (1987, p. 44):

> [...] o SPHAN é um capítulo da história intelectual e institucional da geração modernista, um passo decisivo da intervenção governamental no campo da cultura e o lance acertado de um regime autoritário empenhado em construir uma "identidade nacional" iluminista no trópico dependente.
> Essa geração de jovens intelectuais e políticos mineiros converteu sua tomada de consciência do legado barroco em ponto de partida de toda uma política de revalorização que eles mesmos mapearam e definiram como "memória nacional".

---

[68] De acordo com Sá (2016, p. 34), "Essa interpretação teleológica [que entendia o Movimento Moderno como ponto de chegada das expressões anteriores] tem consequências na historiografia e na preservação de monumentos do início do século XX: primeiramente, leva à supervalorização da Arquitetura Moderna nas narrativas historiográficas, em detrimento de expressões anteriores, consideradas especulações meramente estéticas, sem preocupação com funcionalidade, economia e racionalidade, qualidades atribuídas equivocadamente apenas aos modernos. Em segundo lugar, esse pensamento influenciou as práticas e mesmo legislações de preservação do patrimônio histórico no país que, centralizados pelo Sphan nos anos 1930, privilegiaram os monumentos modernos, coloniais e barrocos, esquecendo-se dos exemplares do Ecletismo, Art Nouveau, Art Déco e similares, que passaram a ser considerados cópias superficiais de correntes europeias".

[69] Forma como o autor denomina os intelectuais atuantes durante a República Velha, mais precisamente entre o primeiro decênio do século XX e o ano de 1922. Polígrafos, com pouca excelência intelectual, segundo Miceli, ajustavam seus trabalhos e estéticas às demandas de revistas, jornais e políticos. Para aprofundamento, ver Sérgio Miceli (1977).

A composição do IPHAN a partir de seu quadro de servidores nos revela muito sobre como viria ser a construção do patrimônio nacional. Rodrigo Melo Franco de Andrade, que presidiu o órgão nos seus primeiros trinta anos, era advogado e esteve à frente de uma equipe constituída majoritariamente por arquitetos. Segundo Chuva (2009), esta formação, ao lado da já tradicional formação em direito (como a do próprio Rodrigo), foi praticamente a única especialização de caráter técnico dentro do grupo que originariamente formou o órgão[70].

Foi, dessa forma, pela perspectiva profissional destes arquitetos modernistas que o conjunto do patrimônio histórico e artístico nacional começou a se formar. Se o decreto-lei nº 25 já estabelecia uma primeira clivagem bastante precisa – bens materiais (móveis, imóveis ou sítios e paisagens naturais) –, as afinidades particulares e próprias a estes profissionais, evidentemente impregnadas por sua formação e seus valores, implicaram a seleção, em sua grande maioria, dos bens edificados (imóveis tomados isoladamente ou em conjunto, mas sobretudo os primeiros)[71] em detrimento dos bens móveis e dos sítios naturais. Dentre estes bens, consoante a importância que davam a determinado recorte do passado, os arquitetos do IPHAN materializaram geograficamente a identidade nacional a partir, principalmente, de exemplares da Igreja católica e da herança portuguesa, colonial e barroca. Por seus critérios, o mapa do patrimônio brasileiro era profundamente homogêneo.

O que importa trazer aqui é que estes profissionais naturalizaram o conceito de patrimônio como apenas uma determinada espécie de patrimônio – não apenas pelas tipologias e períodos que lhes alimentavam o gosto – mas também pela associação de patrimônio com os bens edificados[72]. Diferentemente do quadro normativo que temos hoje, onde é a Constituição da República que abriga tanto a descrição quanto algumas diretrizes para o

[70] Apenas para que se evidencie a importância desses profissionais, temos que em 1946 a estrutura da DPHAN assim se organizava: Diretoria (Rodrigo Melo Franco de Andrade) à qual se submetiam duas divisões – a Divisão de Estudos e Tombamentos (chefiada pelo arquiteto Lúcio Costa) e a Divisão de Conservação e Restauro (a cargo do arquiteto Paulo Thedim). Hierarquicamente ligada à Divisão de Estudos e Tombamentos, estavam a Seção de História (chefiada por Carlos Drummond de Andrade – que, como se sabe, não era arquiteto) e a Seção de Arte, a cargo do arquiteto Alcides da Rocha Miranda. Já respondendo à outra divisão, estavam a Seção de Projetos, chefiada pelo arquiteto José de Souza Reis, e a Seção de Obras, liderada pelo arquiteto Renato Soeiro (CHUVA, 2009).

[71] A atuação do IPHAN quanto aos bens móveis resultou em poucos tombamentos se comparado ao dos bens imóveis, na criação de alguns museus e, de forma mais robusta quanto a estes tipos de bens, no controle de sua saída para o exterior.

[72] Segundo do antropólogo Luiz de Castro Faria (Nacionalismo, nacionalismos – dualidade e polimorfia. In: CHUVA, Márcia. **A invenção do patrimônio**. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995, pp. 37-8, grifo nosso), funcionário do Museu Nacional e também membro do Conselho Consultivo do IPHAN nos seus primeiros anos, "A definição do 'patrimônio etnográfico' sempre foi um outro problema. Enquanto eu era membro do Conselho do Patrimônio, vivi reiteradamente a dificuldade prática de propor a preservação de qualquer coisa que não se referisse a barroco e colonial, com suas igrejas e santos tidos como sinônimo do *verdadeiro 'patrimônio'"*.

nosso patrimônio, em 1937 a Carta Constitucional apenas fazia menção aos monumentos históricos, artísticos e naturais (não usando o termo patrimônio), para abrigá-los sob a proteção do Estado. Coube, na origem, a uma norma infraconstitucional (o decreto-lei nº 25) a definição de patrimônio nacional, feita em seu artigo primeiro: "Constitui *o* patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país [...] (grifo nosso)". Ainda que o decreto faça menção a museus como locais para proteção deste patrimônio, fato é que o IPHAN era o grande protagonista – a ele cabendo talvez a função tida por mais importante: a seleção e inscrição (tombamento); os museus ocupariam uma função acessória, de guarda e exposição[73]. Dessa forma, ao definir que "constitui 'o' patrimônio*"* - e não "constitui patrimônio*"* -, o decreto define e restringe a atuação (ao menos oficial) de outras instâncias no processo de consagração, uma vez que a competência para tratar do que estava ali cabia somente ao IPHAN. Este atuou amplamente nesta construção, exercendo ações que iam da seleção ao manejo de seu instrumento de reconhecimento e tutela: o tombamento.

Fica evidente que a construção da noção de patrimônio não pode ser tomada como algo fora de um campo de disputas; antes, deve-se distanciar de uma visão linear "em que bens culturais de diferentes naturezas e tipos foram sendo agregados a essa categoria, segundo a qual tudo pode ser patrimonializado". (CHUVA, 2011, p. 149). Chuva propõe também uma atmosfera complexa nos anos 30 onde, ao lado da inserção do patrimônio nas ações do governo, também foram sendo construídos novos campos de conhecimento, "fruto de divisões e especializações e de lutas por autonomia" (idem, p. 149), onde diferentes concepções do que somente depois seria considerado patrimônio foram sendo construídas, mas nem sempre contempladas pela política oficial de proteção. Nesse campo, a autora aponta para a associação que se tornou recorrente: a de patrimônio histórico e artístico com arquitetura, bem como a de cultura popular com a antropologia. Foi no âmbito dessa primeira associação que o patrimônio histórico e artístico do país foi construído, em suas origens, sobretudo a partir dos exemplares da arquitetura barroca e colonial.

[73] "Art. 24. A União manterá, para a conservação e a exposição de obras históricas e artísticas de sua propriedade, além do Museu Histórico Nacional e do Museu Nacional de Belas Artes, tantos outros museus nacionais quantos se tornarem necessários, devendo outrossim providenciar no sentido de favorecer a instituição de museus estaduais e municipais, com finalidades similares".

Num levantamento feito no Arquivo Central do IPHAN[74], podemos ver que, em 1938, um ano após ser criado, o Instituto tombou cerca de 240 bens. Destes, um número praticamente insignificante[75] representava paisagem ou sítios naturais e apenas cinco referiam-se a coleções de museus. No ano seguinte, de cerca de 50 bens tombados, oito eram móveis. Alguns desses são o que podemos chamar de arte integrada ou aplicada, como oratórios ou retábulos, que, na grande maioria dos casos, eram preservados no local de origem[76]. A prevalência dos bens imóveis não muda para os anos seguintes, ainda que o número de tombamentos tenha diminuído com o tempo, tanto para os bens móveis quanto imóveis. Se arquitetos, mestres de obras, engenheiros e práticos construíram em solo brasileiro igrejas, fortes, palacetes e casas, foram os agentes do patrimônio que deram sentido a um determinado conjunto destas edificações – não sem descartar outras possibilidades -, conferindo valor e alçando-as, sempre de acordo com suas perspectivas, à condição de patrimônio histórico e artístico nacional.

1.3 – Desafios às práticas consagradas: novos pedidos e o aporte do imaterial

Até aproximadamente o final dos anos 70, grande número de tombamentos continuou a incidir sobre os bens edificados, sendo ainda notável a presença de igrejas e prédios públicos entre os que eram alçados à condição de patrimônio histórico e artístico do país. No entanto, desde este momento, observa-se uma ampliação tipológica e também cronológica, com a expansão do que antes era ocupado quase que exclusivamente pelo período colonial: ao lado de igrejas, começam a aparecer mercados, fábricas, hotéis, estações ferroviárias; o colonial passa a conviver com estilos ecléticos ou indefinidos. Todavia, ainda em meados dos anos 70, continua evidente a associação já observada por Márcia Chuva: a do patrimônio histórico e artístico com a arquitetura. Nosso patrimônio, categoria construída que é, foi por longo tempo essencialmente o patrimônio edificado; outros campos ligados à cultura (como folclore e cultura popular) não haviam despertado até este momento interesse como algo que pudesse ser patrimonializado, com o que acabaram sendo tratados em órgãos ou entidades

[74] Este arquivo está subordinado ao Departamento de Identificação e Documentação do IPHAN e pode ser consultado no sítio eletrônico http://portal.iphan.gov.br/ans/.
[75] São eles: Morros da cidade do Rio de Janeiro e o Jardim e Morro do Valongo, também no Rio de Janeiro, nenhum deles inscrito no Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico. Nos dois casos, a inscrição foi feita no Livro de Belas Artes; no caso do Jardim e Morro do Valongo, há cumulativamente a inscrição no Livro Histórico. Ainda do período há o tombamento do Conjunto arquitetônico e paisagístico da Ilha da Boa Viagem (Niterói, RJ), este sim com inscrição no Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico.
[76] Em muitos casos, o Instituto apenas tombava os retábulos, oratórios ou outras artes aplicadas sem, contudo, tombar a edificação onde estavam inseridos, por considerar que a arquitetura desta estivesse descaracterizada.

distintos do IPHAN. O decreto-lei nº 25, como vimos, não comportou a visão integradora de patrimônio concebida por Mário de Andrade; no entanto, desta concepção foram lançadas, segundo Chuva (2011), as bases para o estudo e conhecimento do folclore brasileiro (ou cultura popular, termo também adotado pelo escritor). Se o patrimônio, concebido exclusivamente como aquilo ligado à matéria, ficou sob a responsabilidade do IPHAN, uma trajetória independente foi sendo construída para abrigar estudos sobre o folclore e a cultura popular (âmbito onde floresceria o interesse pela dimensão imaterial das práticas pesquisadas). A partir deste arranjo, em 1947 foi criada a Comissão Nacional do Folclore, reiterando que patrimônio e folclore (ou cultura popular, a depender da abordagem) ficariam a cargo de instituições distintas. Também é importante registrar a criação, no início dos anos 30, de algumas universidades brasileiras, que colocaram sobre bases científicas o estudo da cultura popular[77].

Em 1975, pouco antes de terminar a gestão de Renato Soeiro (sucessor de Rodrigo Melo Franco), foi criado o Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC), fora da estrutura do IPHAN[78]. O MEC, também em 1975, passou a abrigar a recém-criada Funarte (Fundação Nacional de Arte), que incorporou os projetos ligados ao folclore e à cultura popular; o IPHAN, como a vertente exclusivamente patrimonial, já estava presente na estrutura deste Ministério desde sua origem. Se este era o órgão competente – como atesta seu nome – por definir o patrimônio histórico e artístico nacional, e estando o CNRC desconectado do IPHAN, resta evidente que as manifestações ali estudadas estavam, de início, excluídas da categoria patrimônio. Não trabalhando com a noção de patrimônio cultural e nem de folclore, o CNRC, dirigido pelo designer Aloísio Magalhães, pautou suas ações nos conceitos de bem cultural e cultura popular e, dentro dessa moldura, empreendeu trabalhos e projetos dos mais variados tipos: *Análise de Tecelagem do Triângulo Mineiro*, *Artesanato Indígena no Centro Oeste*, *Cerâmica de Amaro de Tracunhaém*, *Fabricação de Lixeiras com Pneus Usados*,

[77] "[...] enquanto as ações de preservação do patrimônio eram introduzidas no âmbito das políticas públicas, concomitantemente, ia se constituindo uma série de novos campos de conhecimento, fruto de divisões e especializações e de lutas por autonomia, com a criação das primeiras universidades brasileiras, como a Universidade de São Paulo (USP), em São Paulo, ou a Universidade do Distrito Federal (UDF), no Rio de Janeiro". (CHUVA, 2011, p. 149).

[78] O CNRC estava ligado ao Ministério da Indústria e Comércio; institucionalizando sua estrutura, firmou-se um convênio que envolveu, além deste Ministério, a Secretaria de Planejamento da Presidência da República, a Caixa Econômica Federal, o Ministério da Educação e Cultura, o Ministério do Interior, o Ministério das Relações Exteriores, a Fundação Universidade de Brasília e a Fundação Cultural do Distrito Federal. (DUTRA, 2017, p. 33)

Estudo Multidisciplinar do Caju[79], dentre outros (DUTRA, 2017)[80]. Joaquim Falcão, no prefácio da obra *E Triunfo? A questão dos bens culturais no Brasil*, de Aloísio Magalhães, aponta que a noção de bens culturais se opunha à noção de patrimônio histórico, ao mesmo tempo em que a incorporava:

> Opôs-se na medida em que a noção de patrimônio foi, historicamente, apropriada e reduzida à noção de preservação do patrimônio de pedra e cal. De preservação arquitetônica dos monumentos da etnia branca e sua elite civil, militar ou eclesiástica. Incorporou-o na medida em que patrimônio histórico passou a ser espécie, e bens culturais, o gênero. Trata-se, portanto, de conceito mais abrangente, que incorpora o bem ecológico, a tecnologia, a arte, o fazer e o saber. Das elites e do povo também. Da etnia branca e também da negra e da indígena. Pois, como [Aloísio Magalhães] gostava de dizer: "a cultura brasileira não é eliminatória, é somatória". (FALCÃO, 1997, p. 22-3). [81]

Em 1979, Aloísio Magalhães sucede a Renato Soeiro e passa a presidir o IPHAN; nesta ocasião, o CNRC integra-se também à estrutura do órgão de patrimônio, imprimindo-lhe uma nova dinâmica a partir do encontro de sua concepção dinâmica de cultura[82] com a lógica de patrimonialização dos bens culturais, praticada por 40 anos pelo IPHAN. Neste cenário, a ideia de referência cultural, central nos trabalhos do CNRC, será importante tanto para a

---

[79] Este caso, especificamente, é um importante exemplo de estudos que se originam no CNRC – onde, dada a abordagem, buscava-se entender e relacionar dinâmicas técnicas e pré-industriais ligadas ao caju e seus variados usos na região nordeste – e que terminaram em processo de patrimonialização já no âmbito do IPHAN. O vinho, uma das formas de uso da fruta, havia encontrado na Fábrica de Vinho de Caju Tito Silva, na Paraíba, um importante polo produtor, sendo a fábrica a única a resistir, não sem grandes percalços, às tecnologias industriais implantadas pelas concorrentes nos anos 60. O pedido de tombamento, realizado em 1982, buscava o reconhecimento oficial de valores ligados à atividade produtiva, bem como uma forma de permitir que a Fábrica Tito Silva não sucumbisse definitivamente aos desafios que a concorrência havia lhe imposto. Dentre as justificativas para ele, temos: "O ato de seu tombamento – incluindo o edifício, sua maquinaria e equipamento – iria, portanto, revestir-se de uma significação extraordinária, na medida em que, ao mesmo tempo, protegeria um testemunho arquitetônico e tecnológico da maior importância do ponto de vista cultural, e constituir-se-ia em um impulso vital para a retomada da trajetória de uma tecnologia patrimonial" (ACI-RJ, Processo nº 1054-T-82). O pedido foi visto com bons olhos pela equipe técnica do IPHAN; no entanto, em razão da intenção de preservar também a atividade produtiva da fábrica, que funcionava em prédio alugado, entendia-se que o tombamento deveria vir acompanhado pela desapropriação: "Tratando-se de conjunto industrial, óbvio que o tombamento deixará de ter qualquer sentido de ordem prática se o conjunto não for precedido de aquisição pelo Poder Público. Notadamente quando, como no caso, o prédio que compõe o conjunto já não é de propriedade dos titulares da indústria". (ACI-RJ, Processo nº 1054-T-82). Neste caso, houve uma convergência de intenção pela preservação tanto da atividade, quanto da matéria (edifícios e maquinários), às quais se aplicariam os efeitos do tombamento.

[80] O objetivo do CNRC, segundo Aloísio Magalhães, era "registrar e impulsionar atividades culturais caracterizadas por seus bens culturais vivos". Por tais bens, Magalhães entendia "o trato da matéria prima, as formas de tecnologia pré-industrial, as formas do fazer popular, a invenção de objetos utilitários". (MAGALHÃES, 1997, p. 120). Toda essa gama de atividades era por ele entendida como bens culturais.

[81] FALCÃO, Joaquim. Prefácio. In: MAGALHÃES, Aloísio. **E Triunfo? A questão dos bens culturais no Brasil.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997.

[82] O trecho transcrito deixa clara a visão de Aloísio Magalhães sobre o conceito de cultura: "Uma cultura é avaliada no tempo e se insere no processo histórico não só pela diversidade dos elementos que a constituem, ou pela qualidade de representações que dela emergem, mas sobretudo por sua continuidade. Essa continuidade comporta modificações e alterações num processo aberto e flexível, de constante realimentação, o que garante a uma cultura sua sobrevivência". (1997, p. 51).

formação do chamado patrimônio imaterial, que começaria a ser gestado no final dos anos 90, quanto para uma inflexão, não sem confrontos e questionamentos, nos rumos do patrimônio material.

Para Londres Fonseca (2006)[83]:

> Essas reavaliações partiam de pessoas vinculadas a atividades "modernas", como o *design*, a indústria e a informática. Entre outras mudanças, foi introduzida no vocabulário das políticas culturais a noção de "referência cultural", e foram levantadas questões que, até então, não preocupavam aqueles que formulavam e implementavam as políticas de patrimônio (idem, p. 85).

E prossegue:

> Entendia-se que o patrimônio cultural brasileiro não devia se restringir aos grandes monumentos, aos testemunhos da história "oficial", em que sobretudo as elites se reconhecem, mas devia incluir também manifestações culturais representativas para os outros grupos que compõem a sociedade brasileira – os índios, os negros, os imigrantes, as classes populares em geral (idem).

Uma noção bastante importante na ideia de referência cultural é o deslocamento de foco dos bens (até então, materiais) para a dinâmica de atribuição de sentidos e valores, questão que sustenta a ideia de que os bens culturais não possuem valores intrínsecos. Em relação a este conceito, que nos informa sobre importantes mudanças relativas ao patrimônio, Motta (2017, p. 23, grifo nosso) afirma que ele "orienta a atribuição de valores aos bens culturais quando referência dos grupos sociais, *não importando suas qualidades estéticas, estilísticas, de excepcionalidade ou sua inserção em fatos memoráveis da história,* conforme valoração de bens historicamente desenvolvida pelo IPHAN".

Ainda segundo Fonseca (2003, p. 86):

> A noção de referência cultural, entre outras, foi incorporada por esses agentes [do IPHAN] a seu discurso, como um dos emblemas de sua proposta. Pouco explorada enquanto conceito, tornou-se porém a marca de uma postura inovadora em relação à noção de patrimônio histórico e artístico, na medida em que, naquele momento, remetia primordialmente ao patrimônio cultural não consagrado. A noção de referência cultural, e as inúmeras experiências que, em seu nome, foram realizadas, serviram de base, juntamente com a releitura das posições de Mário de Andrade no seu anteprojeto para um Serviço do Patrimônio Artístico Nacional e na sua atuação no Departamento de Cultura, para a definição de patrimônio cultural expressa no artigo 216 da Constituição Federal de 1988, que alarga o conceito ao falar de bens culturais de natureza material e imaterial.

[83] FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: bases para novas políticas de patrimônio. In: **O registro do patrimônio imaterial***:* dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho patrimônio imaterial. Brasília: Ministério da Cultura / IPHAN, 4 ed., 2006, pp. 85-95.

No entanto, em se tratando de processos, não se pode afirmar que apenas um fato – como a mudança de gestão do órgão, por exemplo, ainda que de grande impacto – tenha sido responsável pela alteração do conceito de patrimônio; há outros catalisadores que, juntos, viabilizaram essa guinada. Um deles é, como citado na Introdução, o ingresso de outros entes federados na tutela do patrimônio no Brasil, com a criação de órgãos e conselhos estaduais a partir do final dos anos 60 e começo dos 70, bem como de equivalentes municipais, principalmente a partir do final dos anos 80. A criação dessas estruturas foi em grande parte fomentada pela realização, em 1970, do *Encontro entre Governadores de Estados, prefeitos e representantes de instituições culturais interessadas*, realizado em Brasília e promovido pelo Ministério da Educação e Cultura, onde se entendeu a necessidade de ações suplementares àquelas desenvolvidas pelo governo federal na proteção do patrimônio. A presença destes outros órgãos potencializou – ao trabalharem com uma realidade mais local e próxima da vida cotidiana - a eleição de outras tipologias e períodos históricos que não cabiam no IPHAN. Portanto, ao considerarmos aqui o alargamento do conceito de patrimônio, é necessário que se compreenda o cenário histórico em que se deu, expandindo os horizontes para além da atuação do órgão federal: a partir deste momento, ainda que abrigado em instâncias oficiais, ingressam no cenário outras agências responsáveis pela tutela e reconhecimento de novos bens.

No plano internacional, com reflexos entre nós, temos as Cartas Patrimoniais, Declarações ou Compromissos. Para o que nos interessa, tomamos por exemplo dois desses documentos: o primeiro deles é a Carta Internacional sobre Conservação e Restauro de Monumentos e Sítios, conhecida como Carta de Veneza, de 1964, produto do *II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos do ICOMOS* – Conselho Internacional de Monumentos e Sítios e o segundo, o documento que resultou da Conferência de Nara. No artigo 1º da Carta de Veneza temos que:

> A noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, *mas também às obras modestas*, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural (Carta de Veneza, 1964, grifo nosso).

Mais adiante, em 1994, durante a realização da Conferência de Nara, reuniram-se especialistas para discutir questões que se originaram do conteúdo da Carta de Veneza, principalmente ligadas à autenticidade, um dos critérios considerados pela UNESCO para a inclusão de um bem como patrimônio mundial. Não por acaso a Conferência ocorreu no

Japão[84]: diferente da tradição ocidental, na cultura oriental a patrimonialização decorria não necessariamente da matéria preservada, mas, antes, da continuidade e tradição de determinadas práticas, muitas vezes possíveis justamente em virtude da destruição. Resta evidente, neste contexto, a tensão entre material e imaterial – ambos passíveis de patrimonialização.

Na esteira dessa evolução conceitual, os anos 80 e a redemocratização[85] foram palco de reivindicações dos mais diferentes grupos sociais, surgindo de forma marcante também as demandas culturais. Culminando com esse processo, a Constituição de 1988 positiva um conceito bastante amplo de cultura, abrigando em seu texto o patrimônio tangível e o intangível; alguns anos depois, podíamos contar com instrumentos de proteção para os dois casos: o já consagrado tombamento, para os bens materiais, e o registro, para os imateriais, assim considerados dentro da segmentação que continuou marcando ou definindo tipologias de patrimônio. Ocorre que essa divisão entre material e imaterial é extremamente problemática – justamente porque artificial -, o que foi sentido no momento de criação do registro, em 2000. Reflexo disso foi a dificuldade para a escolha de um termo que desse satisfatoriamente conta do universo que se queria abranger, evidenciada no *Relatório Final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial*[86]. Assim, "patrimônio imaterial" concorreu com termos como "patrimônio intangível", "cultura tradicional e popular" e "patrimônio oral". Neste processo de escolha, as objeções ao termo "patrimônio imaterial" foram assim colocadas:

> Mediante o uso dos qualificativos "imaterial" ou "intangível" [as pessoas que adotam tais termos] pretendem ressaltar a importância que, nesse caso, têm os processos de criação e manutenção do conhecimento sobre o seu produto (a festa, a dança, a peça cerâmica, por exemplo). Ou seja, procuram enfatizar que interessa mais como patrimônio o conhecimento, o processo de criação e o modelo, do que

[84] Na cidade de Ise, Japão, a tradição local implicava a constante demolição e reconstrução de templos xintoístas; mais do que a matéria de um determinado templo, preservava-se o saber fazer, a técnica e os conhecimentos empregados para aquela construção; nessa condição, a falta de autenticidade de sua matéria era um grande impedimento para sua inclusão na lista da UNESCO como patrimônio da humanidade.

[85] Segundo Cínthia Nigro (2003, p. 167) as primeiras instituições oficiais de preservação (no mundo e no Brasil) foram criadas a partir de um modelo centralizado de gestão, responsáveis por imprimir aos bens culturais – notadamente os materiais – um forte caráter nacionalista, sagrado e elitista. As pressões contra este modelo se intensificaram nos anos 70, num processo ainda em andamento e ao qual costumou se denominar "democratização do patrimônio". Para ela, este processo "advém do distanciamento muito grande envolvendo as instituições de preservação e os sujeitos sociais para as quais, teoricamente, suas atividades deveriam estar dirigidas: os habitantes. Tal distanciamento se realiza a partir de dois aspectos gerais: a não participação direta e efetiva da população nas decisões promulgadas pelas instituições públicas preservacionistas e o questionamento sobre a representatividade social dos bens culturais selecionados como patrimônio de uma sociedade" (idem).

[86] In: **O registro do patrimônio imaterial***:* dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura / IPHAN, 4 ed., 2006, pp. 15-21.

> o resultado, embora este seja sua expressão indubitavelmente material. A principal crítica a essas expressões é que estas levam a desconsiderar o resultado da manifestação e suas condições materiais de existência. Não dão conta, portanto, de toda a complexidade do objeto que pretendem definir (MinC/IPHAN, 2006, p. 17).

Por fim, apesar da objeção, justifica-se a escolha:

> Não há dúvida de que as expressões "patrimônio imaterial" e "bem cultural de natureza imaterial" reforçam uma falsa dicotomia entre esses bens culturais vivos e o chamado patrimônio material. Por outro lado, contudo, com essa distinção, delimita-se um conjunto de bens culturais que, apesar de estar intrinsecamente vinculado a uma cultura material, não tem sido reconhecido como patrimônio nacional (idem).

No mesmo sentido do texto, outros autores problematizam a impermeabilidade dessa fronteira. Para Ulpiano Bezerra de Meneses (2012),

> o patrimônio cultural tem como suporte, sempre, vetores materiais. Isso vale também para o chamado patrimônio imaterial, pois se todo patrimônio material tem uma dimensão imaterial de significado e valor, por sua vez todo patrimônio imaterial tem uma dimensão material que lhe permite realizar-se. As diferenças não são ontológicas, de natureza, mas basicamente operacionais.

Já Izabela Tamaso (2005, p. 15), ao falar sobre a pluralidade de valores atribuídos a um bem, traz o argumento de que o valor – que é algo imaterial e, ao mesmo tempo, o objeto da preservação – não está nas coisas, mas nos homens que as valoram.

> [...] nem sempre o valor atribuído, pelo grupo portador, ao bem cultural, corresponde ao valor atribuído pelas instituições oficiais de preservação. A pluralidade de valores e significados, somados ao não reconhecimento dos valores locais é uma questão que nos remete aos debates da relação e da complementaridade dos valores materiais e imateriais de todas as coisas, recorrentemente obnubilados pelas (e nas) políticas públicas de preservação, que se fundamentam no instituto do tombamento[87].

Esse novo contexto obviamente vai impactar o IPHAN a partir de desafios que novos pedidos de tombamento - sensivelmente fora da curva do que se praticava até então - começam a surgir. O caso paradigmático, ocorrido no fim dos anos 80, traz à luz a complexidade da questão: o tombamento do Terreiro de Candomblé Casa Branca do Engenho Velho (Ilê Axé Iyá Nassô Oká), na Bahia. Mais do que se tratar de um alargamento de tipologias de bens a serem considerados como patrimônio (afinal, no recorte barroco do IPHAN, terreiros até então não haviam sido considerados), o tombamento do terreiro encontrou dificuldades em virtude do desejo de preservar (antes, ou para além da pedra e

[87] A mesma abordagem também é trazida em diversas falas de Ulpiano Meneses, expressadas em textos ou palestras.

cal) a dinâmica existente naquela manifestação cultural, com reflexos sobre as edificações e a imutabilidade (ou controle da mutabilidade) das mesmas, se considerados os efeitos do tombamento.

Apenas para que se compreenda o problema, a dinâmica do funcionamento de um terreiro implica constantes remodelações ou destruições. Como explica Odete Dourado (2011), na existência de um terreiro é central a ideia de *axé*, entendido como uma força propulsora vital. Esta força deve ser permanente para que o terreiro sobreviva; trata-se, nas palavras da autora, de seu "patrimônio simbólico" (DOURADO, 2011, p. 8). Nesse contexto, os objetos materiais de um terreiro não estão associados necessariamente a qualquer valor estético, mas são importantes como peças fundamentais no ritual; se qualquer deles for deteriorado pelo uso, sagra-se novo objeto, que imediatamente o substitui. Simbolicamente, este novo objeto, agora portador do axé, é "literalmente o mesmo que o anterior" (idem). Da mesma forma quanto ao lugar do terreiro: implantando-se num determinado local, a primeira providência é enterrar o *axé*, que será o ponto de energia vital. Segundo Odete:

> A demolição material de um edifício em um terreiro - o barracão, por exemplo - se por alguma razão se fizer necessária - estabilidade precária, necessidade de ampliação etc. – não implica destruição ou mutilação do terreiro, se o axé ali plantado, quando de sua fundação, for mantido intocado e no mesmo lugar, como ponto central do *xirê* da nova edificação. Por outro lado, mantida a mesma edificação e subtraindo-se o *axé* ali plantado, que lhe dá razão e significado, poder-se-ia dizer: o inteiro templo e não só esse edifício foi destruído. Não existirá mais o terreiro de candomblé, mas somente as inertes edificações materiais que antes o compunham, meras paredes sem razão de ser, espaços vazios de significados (DOURADO, 2011, p. 17).

O exposto nos permite identificar as dificuldades levantadas para o tombamento do terreiro: seria adequado tombar os objetos móveis se eles devem (ou podem) ser substituídos e destruídos quando não se prestarem mais ao uso? Da mesma forma com o local onde está implantado o terreiro e suas edificações. E aqui é importante considerar que o decreto de tombamento estabelece que os bens tombados não poderão ser destruídos ou mutilados, sendo necessária prévia autorização do IPHAN para qualquer intervenção (art. 17). Após intensa discussão e mobilização de interessados, o terreiro foi tombado em 1984 e o terreno onde estava situado, desapropriado e entregue à Associação São Jorge do Engenho Velho, sua mantenedora. Devemos lembrar que, naquele momento, não existia o registro de bens culturais, e que as movimentações para a preservação do terreiro se misturavam a um pedido de desapropriação. Havia no caso uma simbiótica relação entre material e imaterial que colocava em discussão o próprio conceito de patrimônio e desafiava os instrumentos jurídicos de proteção – naquela ocasião, unicamente o tombamento.

Defensores do uso do tombamento para o caso, como Márcia Sant'Anna, apontam que a questão da imutabilidade do bem seria, na verdade, um falso problema, visto que outros bens, também mutáveis, haviam sido tombados sem qualquer questionamento semelhante:

> Cabe observar que questões desse tipo [a imutabilidade do bem] jamais foram levantadas com relação ao tombamento de bens muito mais complexos e necessariamente "mutáveis", como cidades inteiras ou bens naturais que supõem, por sua própria natureza, alterações e modificações constantes e próprias à dinâmica urbana, num caso, e ao ciclo da vida natural, no outro. Em tempo algum o tombamento significou uma total imutabilidade da coisa tombada, que sempre esteve passível de restaurações, intervenções de conservação e adaptação aos usos que, rotineiramente, acarretaram modificações e alterações na materialidade desses bens. (SANT'ANNA, 2015, p. 269).

No entanto, no processo de tombamento do Terreiro, atestando a novidade que o caso representava, o antropólogo Gilberto Velho, à época conselheiro do IPHAN e um dos mais combativos defensores do tombamento, advertia, em carta ao Secretário de Cultura, Marcos Villaça, que havia a necessidade de reorientação em como lidar com o patrimônio nacional e que tinha percebido, em reunião com os técnicos[88], que os instrumentos para lidar com o patrimônio poderiam não ser os mais adequados ou que, pelo menos, deveriam "ser compreendidos e *utilizados de uma maneira diferente da usual*" (grifo nosso). Prossegue dizendo que, "em se tratando de proposta de tombamento [e grifa o último termo], seria importante qualificar a natureza do fenômeno em pauta para evitar que, no futuro, uma medida que [visasse] amparar e *valorizar uma expressão religiosa* pudesse ter efeitos paralisantes e violentadores sobre o grupo que [vivia] em função da Casa Branca*"* e, ao final, conclui: "*assim sendo as medidas de preservação não devem se constituir em empecilhos às mudanças próprias à manifestação religiosa que podem, inclusive, implicar em situações na organização espacial e ordem material do terreiro, para não falar nos rituais propriamente ditos e nas crenças em geral"*. (ACI-RJ, Processo nº 1067-T-82, p. 107, grifo nosso). Neste mesmo endereçamento, Gilberto Velho revela suas angústias e aponta para a necessidade de se reorientar a questão do patrimônio nacional, sobretudo a partir de um entendimento antropológico da cultura e da importância do reconhecimento de valores para manifestações de novos grupos sociais.

[88] Nesta reunião, após deixarem claro o consenso sobre o valor cultural, o grupo discutiu exatamente sobre a (não) pertinência do uso do tombamento. Na dúvida sobre qual instrumento de preservação utilizar, acabaram sendo definidas apenas questões preliminares que julgavam garantir em grande escala a manutenção das atividades religiosas desenvolvidas. Eram elas: garantia da posse para o grupo religioso e obras emergenciais no local. Afirmavam que o caso deveria ser encaminhado ao Conselho para que este chancelasse o valor cultural; em posse disso, acreditavam ser possível pleitear a aquisição do sítio e a execução de obras de emergência. (ACI-RJ, Processo 1067-T-82, pp. 103-6).

Diferentemente dos tombamentos que até então eram típicos no IPHAN, há no tombamento do Terreiro da Casa Branca uma situação diversa, representada pelo desejo de preservar a prática do candomblé ali realizada, o que obviamente implicava a preservação das condições materiais que permitiam a esta realizar-se. A preservação dessa materialidade, por sua vez - e muito pelo contrário -, não deveria se guiar pelos critérios de imutabilidade; antes, deveria estar atenta às necessidades de transformação (ou demolição, para o caso do edificado) próprias às necessidades do culto. Junto com o pedido de tombamento, o pedido de desapropriação sempre foi colocado como condição essencial para que o terreiro pudesse se manter e continuar a existir como tal[89]. A ocasião gerou um grande debate sobre a insuficiência do tombamento como garantidor da preservação, bem como a necessidade de criação de novos instrumentos jurídicos para as situações que vinham surgindo.

Documentos constantes do processo registram reuniões entre os mais diversos agentes. Numa delas, em que estiveram envolvidos técnicos do IPHAN e membros da comunidade praticante, ficou evidenciado que havia naquele momento, para além da preservação (entendida como manutenção) da prática naquele local, a necessidade de reconhecimento desta mesma prática. Tratava-se, evidentemente, de uma importante conquista na disputa simbólica que define o que é e o que não é bem cultural, e, naquele momento, o principal instrumento de reconhecimento era o tombamento[90]. No impasse entre o uso ou não do tombamento para o Terreiro da Casa Branca (com o posicionamento técnico do IPHAN favorável à criação de uma legislação própria), algumas questões foram propostas pelo Setor de Tombamento do IPHAN aos conselheiros, que deveriam respondê-las por escrito. Dentre as perguntas dirigidas por Dora Alcântara (arquiteta da Diretoria de Tombamento e Conservação) estavam: *"*[...] quais são os elementos materiais existentes nos terreiros de candomblé sobre os quais a legislação poderá incidir sem prejuízo da natureza de tais bens? As construções? Vegetação? Objetos de culto? Outros?" (ACI-RJ, Processo nº 1067-T-82, p. 117). Nas respostas, remetidas em novembro de 1983, Peter Fry, antropólogo do Museu Nacional, afirmou que o valor do terreiro de candomblé residia em sua tradição oral e que os objetos existentes no terreiro representavam a materialidade desta tradição, mas que,

[89] O início do processo se dá por conta das pressões decorrentes da especulação imobiliária e pelo desejo do proprietário em construir no local, o que poria fim ao terreiro.

[90] Além do reconhecimento – o que de fato não é pouca coisa, se pensarmos na importância que isso tem para os grupos representados - também era pelo tombamento (ou seja, pelo reconhecimento do bem como bem cultural) que se franqueava o acesso a linhas de financiamento voltadas ao patrimônio cultural. Num ofício do Diretor da 5ªDR para o Subsecretário do IPHAN, o primeiro afirma que a comunidade do terreiro pleiteava verbas para reparos nas edificações, mas que a dotação do Programa Pró-Memória estava vinculada ao tombamento do bem que, até o momento, não havia sido decidido. (ACI-RJ, Processo nº 1067-T-82).

como toda tradição oral, estava essencialmente sujeita a transformações; Gilberto Velho apontava, mais uma vez, para uma interpretação flexível do decreto-lei nº 25 ou a criação de outro instrumento. No entanto, o processo continuou sem um desfecho para o caso e, já em 1984, o Conselheiro Gilberto Velho redige novo ofício ao IPHAN onde afirma que quando dizia sobre a aparente dificuldade de instrumentalizar a preservação do Terreiro da Casa Branca, não queria que isso fosse tomado como obstáculo à efetivação de medidas que, àquela ora, já tardavam. A partir disso, são tomados os encaminhamentos para que a decisão fosse proferida de forma célere. Em novo relatório de Peter Fry, feito a pedido do técnico Augusto da Silva Telles, o antropólogo reconhece fato já assinalado por ele mesmo (questão das transformações recorrentes), mas aponta para uma alternativa perspicaz (na essência, em nada distinta do que se convencionou fazer quando o tombamento de um bem estabelece zonas de inclusão e exclusão dos efeitos que a norma prescreve). Após afirmar que tombar o Terreiro da Casa Branca permitiria a continuidade da prática naquele local, mas também era um ato de "reconhecimento por parte do Estado do valor cultural e histórico de um terreiro que disseminou uma cosmologia e visão de mundo que constituem o Brasil contemporâneo" (ACI-RJ, Processo nº 1067-T-82, p. 142), conclui que:

> [...] o tombamento não é apenas um ato simbólico. É um ato que tem consequências materiais profundas que poderiam ser negativas para o Terreiro em questão. Me refiro aos meus próprios comentários nas fls. 117 e 118 e dos prof. dr. Gilberto C.A. Velho nas fls. 119 e 120, ambos provocados pelas indagações da profa. Dora Alcântara nas fls. 111 e 116 do processo, em que expressa uma certa preocupação com os efeitos de um ato de tombamento sobre uma instituição viva e dinâmica. A preocupação se derivou das possíveis dificuldades que poderiam surgir na contradição entre a imutabilidade de um tombamento e a mutabilidade que é um dos predicados estruturais do candomblé. Por mais que o candomblé nagô se legitime pela tradição, ele constantemente reelabora esta tradição num processo constante de inovação ritual e iconográfico [...]
> Por outro lado, as mesmas fotografias demonstram claramente que, se a arquitetura e a iconografia do terreiro sofrem destruições e construções ao longo do tempo, o mesmo não é verdade para a vegetação que é resultante de um processo apenas cumulativo. As árvores sagradas, especificamente as gameleiras de Loko e de Apaoká, jamais poderão ser cortadas e, desta forma, seu tombamento apenas faria realizar as intenções da comunidade do terreiro. (pp. 140-1).

E conclui afirmando que o Terreiro deveria ser tombado. Na sequência, temos o parecer do relator, o antropólogo Gilberto Velho que, após trazer todo o histórico do Terreiro e reafirmar sua importância, recomenda *"*o tombamento de todo o sítio, uma área de aproximadamente 6800m^2, com as edificações, árvores e principais objetos sagrados, acompanhando de todas as medidas necessárias que efetivamente garantam a segurança deste patrimônio" (idem, p. 146).

Por fim, na 108ª Reunião do Conselho Consultivo, ocorrida em Salvador em 31 de maio de 1984, o Terreiro da Casa Branca do Engenho Velho foi tombado nos termos definidos pelo relator. Após um tempo – e depois de várias cobranças – efetivou-se a desapropriação[91], como fora prometido pelo prefeito na reunião que definiu o tombamento.

Casos como o do terreiro só foram possíveis pela transformação do conceito de patrimônio[92], moldado a partir das novas realidades acima descritas. Essa transformação surge por meio de novas instâncias valorativas distintas do órgão oficial de preservação, mas que, tendo nele o *locus* da consagração patrimonial, mobilizavam-no com suas demandas. É preciso acentuar que, no caso do Terreiro da Casa Branca, o tombamento não era apenas o único instrumento de proteção; mais do que isso, era o único e potente instrumento de reconhecimento de algo como bem cultural, uma vez que patrimônio eram os bens tombados. Suplantando seus efeitos jurídicos sobre a matéria – muitos, aliás, indesejáveis para o terreiro – o tombamento era principalmente um instrumento constitutivo de algo como bem cultural (muito embora, naquele momento, entendido entre os técnicos como instrumento declaratório[93]). Marcelo Paiva afirma em sua tese de doutorado *O Brasil segundo o IPHAN* (2019, p. 13) que "A política de preservação que [o IPHAN] implementou ao longo de sua trajetória foi tão bem-sucedida que passou a se confundir, no Brasil, com a própria ideia de patrimônio".

[91] Aliás, sobre a desapropriação se deu a única manifestação jurídica do processo, onde a Assessoria Jurídica do IPHAN informa que o tombamento deveria ser homologado, visto que o proprietário acabara de dar ciência de que o processo de desapropriação realizado pelo município havia chegado a seu termo. Não deixa de ser curioso como, num caso como este, o saber jurídico não tenha sido mobilizado para buscar alternativas de proteção ao Terreiro ou para se pronunciar especificamente quanto ao uso do tombamento. Assim, a arena de discussão sobre a adequação ou não deste instrumento parece ter ficado reservada ao setor técnico do IPHAN e aos membros do Conselho, notadamente nas representações ligadas às instituições de antropologia.

[92] Importante trazer que, ainda que o conceito de patrimônio tenha sofrido significativas alterações, autores como Lia Motta (2017) afirmam que elas não foram – a exemplo do conceito de referência cultural – plenamente incorporadas à prática do IPHAN que, não obstante o emblemático tombamento do Terreiro da Casa Branca, absorveu como novidade somente a extensão da possibilidade de tombamento para outros períodos da arquitetura, considerando, todavia, sempre os exemplares excepcionais e monumentais dentro de cada período. Neste sentido, talvez as maiores inovações tenham partido efetivamente da atuação dos órgãos estaduais e municipais que, ao lidarem com outras situações e estarem efetivamente mais próximos do cotidiano das pessoas, puderam considerar outras dimensões e realidades.

[93] Com esta afirmação, procuro fazer associação a dois tipos de ação existentes no Direito: as ações declaratórias e as constitutivas. As primeiras, como o nome indica, têm por objetivo apenas declarar, afirmar algo que já existe. A característica declaratória ao tombamento seria o equivalente a dizer que o bem possui um valor imanente, próprio, sendo apenas descoberto e revelado pelo técnico, que o declara. Dentro deste sentido, ao naturalizar-se a categoria patrimônio, caberia aos técnicos, notáveis especialistas detentores do conhecimento, revelar às pessoas comuns o patrimônio nacional. Por outro lado, sendo constitutivo, o tombamento vale como um instrumento de criação, propriamente de constituição, onde se reconhece que sobre aquele bem foram atribuídos valores e qualificações que transformam um bem qualquer em patrimônio cultural; por ele, o bem *torna-se* patrimônio cultural. Esta é, precisamente, a forma como hoje se tem entendido o patrimônio principalmente no meio acadêmico; trata-se da compreensão do patrimônio como uma categoria construída.

Completamos: e a noção de patrimônio passou a ser vista em estreita e quase exclusiva relação com tombamento.

1.4 – Tombamento: uma norma-monumento

O caso do Terreiro da Casa Branca é o mais rememorado dentre aqueles que pressionaram os limites do tombamento; contudo, não foi o único. O Presépio de Pipiripau (ACI-RJ, Processo nº 1115-T-84[94]) é outro exemplo: construído ao longo do tempo por um artista popular, o mineiro Raimundo Machado de Azeredo, o presépio ganhava, a cada ano, novos elementos (muitos deles feitos com materiais orgânicos, peças recicláveis, enfim, o que estivesse a mão). Instalado na casa de Raimundo, era composto por várias cenas em movimento: no início, as peças eram trocadas de lugar manualmente, de acordo com o calendário religioso; com o tempo, algumas inovações mecânicas e elétricas foram implementadas, dando movimento ao presépio-teatro. O tombamento de Pipiripau reunia muitos desafios para o IPHAN: desde o alargamento daquilo que podia compor o rol do patrimônio nacional – afinal, entrava no grupo dos bens não consagrados, atípicos, se considerado o que se tombara até então -, até características então nunca vistas em outros tombamentos. Dentre algumas manifestações do processo tem-se a alusão de ser uma obra aberta, em construção – este também outro desafio para o tombamento, que opera via de regra na chave da imutabilidade ou da mutabilidade controlada – e, ainda, uma obra em movimento, em razão da dinâmica das peças, da água que corria e das cenas que mudavam. Assim foi retratado no parecer da antropóloga Lélia Coelho Frota:

> Recomendo ainda que ele não deve constituir obra acabada *em relação ao seu criador*, uma vez que este tinha o hábito de acrescentar-lhe novas figuras todos os anos. A liberdade de interferir no presépio, que tem a especial característica de constituir uma obra viva, deve ser concedida de maneira permanente e indiscriminada ao seu criador, enquanto ele o desejar. Depois de sua morte, nada mais lhe poderá ser acrescentado ou subtraído. (ACI-RJ, Processo nº 1115-T-84, grifo nosso).

Ao ser encaminhado para o Conselho Consultivo, coube o parecer ao relator Alcídio Mafra de Souza, que fez menção:

> [...] ao significado do Presépio Pipiripau, que *transcende ao seu aspecto material*, porque simbólico, espiritual, *imaterial portanto*, obra viva, fruto de um contexto sócio-cultural, com todas suas implicações estéticas e psicológicas [...]. (ACI-RJ,

[94] Como se vê pelo número, a abertura do processo ocorreu em 1984; o tombamento é concluído no mesmo ano, sendo votado na 107ª Reunião Ordinária, ocorrida em 18 de abril.

> Processo nº 1115-T-84, parecer do Conselheiro Alcídio Mafra de Souza, grifo nosso).

Fica evidente, neste caso, também a valorização do processo, do fazer – tanto que se permite, na aprovação do tombamento, que seu autor pudesse modificá-lo (ou agregar peças, como era seu costume) até sua morte. Aqui, a dimensão imaterial (este fazer) está fortemente presente, sendo valorizada tanto quanto o produto propriamente material representado pelo presépio.

Além desta mudança causada pelo aporte da dimensão imaterial a tipos de bens que, até então, eram valorizados unicamente por seus atributos materiais, a prática do tombamento vinha se ajustando ou transformando há algum tempo, não obstante o texto do decreto-lei nº 25 passar praticamente inalterado por todo este processo. Lembremos que esta norma falava das coisas tombadas considerando-as em sua totalidade, visto que ao bem tombado recaíam os efeitos do tombamento sobre a integralidade da coisa (do bem)[95]. Assim, durante longo período da prática de tombamentos, das restrições quanto à transferência do bem (direito de preferência, proibição de alienação de bens públicos tombados etc.) aos efeitos que controlavam a mutabilidade da coisa e garantiam a preservação da matéria, tudo recaía sobre o bem *in totum*. Isso era reflexo de uma norma bastante enxuta e não regulamentada - que claramente implicava processos igualmente enxutos -, bem como da postura do órgão de preservação, que se ancorava na autenticidade[96] como um valor de primeira grandeza dentre os necessários para alçar um bem à categoria de patrimônio. As distensões pelas quais o conceito de patrimônio cultural passou, com o correr do tempo, implicaram mudanças na forma como o tombamento passa a ser manejado e os casos de cidades e conjuntos urbanos podem nos dar um primeiro exemplo. Originalmente compreendidos pelos técnicos do IPHAN como uma realidade imutável – acreditava-se que uma cidade como Ouro Preto, por exemplo, já estava cristalizada e sedimentada -, o tempo e o desenvolvimento incumbiram-se de mostrar que os conjuntos urbanos e as cidades eram, em ritmos mais acelerados ou espaçados, organismos vivos e em constante expansão. Em razão disso e dos problemas decorrentes da falta de definição do que exatamente era considerado tombado – e onde se aplicariam, portanto, os efeitos deste instrumento -, tem-se início a revisão de muitos processos. O resultado prático foi a edição, a partir de meados dos anos 80, de várias

[95] "Art. 17. *As coisas* tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas [...]" (Decreto-lei nº 25, de 1937, grifo nosso).

[96] Com isso aludimos, dentre outros, à opção por não tombar bens que tivessem passado por processos de alteração/descaracterização em alguma de suas partes, como posteriormente detalhado.

portarias definindo o exato perímetro de tombamento de cidades ou conjuntos[97], processo fundamentado em outra portaria, a de número 11, de 11 de setembro de 1986, que somente após 49 anos da publicação do decreto-lei nº 25 veio regulamentá-lo em alguns de seus aspectos. De suas prescrições, entre organização de fluxos a serem obedecidos na tramitação do processo de tombamento, o §1º do artigo 4º definia que: "No caso de a proposta de tombamento se referir a bem ou bens imóveis, a instrução do pedido constará de estudo, tanto quanto possível minucioso, incluindo *a descrição do(s) objeto(s), de sua(s) área(s),* de seu(s) entorno(s), à apreciação do mérito de seu valor cultural [...]" (grifo nosso). Ao indicar que o objeto do tombamento fosse definido e circunscrito, passava-se a distinguir aquilo em relação ao qual se considerava o tombamento ou, em outras palavras, onde efetivamente deveriam incidir seus efeitos de proteção[98].

Na escala do edifício, o mesmo pode ser identificado: se no começo o IPHAN adotou uma postura bastante purista, onde a autenticidade fundamentava o descarte de vários bens que tivessem sofrido reformas ou intervenções[99], ao longo dos anos passou a incluir e considerar como patrimônio bens com partes descaracterizadas ou com acréscimos de outras épocas. A solução para tanto, em grande parte ainda na perspectiva de valorizar apenas o que era autêntico, foi trabalhar com maiores especificações, fazendo no processo (tal como a portaria nº 11, de 1986, recomendava) o detalhamento da área e do objeto do tombamento. Em outros termos, passou-se a identificar onde exatamente deveriam incidir os efeitos de preservação da matéria decorrentes deste instrumento de preservação. No tombamento da Igreja de Nossa Senhora do Carmo, em Itu (ACI-RJ, Processo nº 384-T-48), nas discussões do que deveria ser tombado ou não, encontramos estas afirmações: "De um modo geral *as inscrições de*

[97] A exemplo, a portaria IPHAN nº 12, de 18 de setembro de 1986, que define para o conjunto arquitetônico e paisagístico de Vassouras a área propriamente tombada, bem como seu entorno, e a portaria nº 314, de 8 de outubro de 1992, que, dentre outras coisas, define a área de tombamento de Brasília.

[98] No mesmo sentido, pode-se citar outros exemplos, como as *Recomendações básicas para a instrução de processos de tombamento* (IPHAN, s/d), documento citado por Motta e Thompson (2010, p. 84) e adotado pelo Instituto ao final dos anos 90, onde se lê: "É *indispensável incluir a redação precisa da proposta de delimitação da poligonal de tombamento* e sua representação gráfica, observando-se o mesmo procedimento com relação à área de entorno firmada". Em outro trecho, "No tombamento de bens imóveis, deve-se identificar a área de terreno em que se inserem, juntando-se planta com a localização dos componentes naturais, agenciados e edificados existentes no terreno, obtida preferencialmente através de levantamento topográfico, além de seu registro fotográfico, indicando se o terreno e seus componentes possuem mérito individual ou no conjunto para integrar o tombamento proposto. Em caso de tombamento do terreno, *os componentes que não possuam mérito devem ser excluídos de modo explícito da área tombada*, ficando sujeitos a condições específicas de proteção à ambiência e visibilidade do bem". (grifo nosso).

[99] A exemplo, a Igreja da Ordem Primeira do Carmo, em Santos, que, não obstante ser geminada com a Igreja da Ordem Terceira, formando com a mesma um conjunto, não fez parte do processo de tombamento por ser considerada, já de início, descaracterizada. Dessa forma, o processo nº 216-T-39 resulta no tombamento apenas da última.

tombamento no livro do tombo não especificam todas as peças tombadas. Prevalece o fato elementar que o mesmo visa todo o conjunto arquitetônico [...]"[100]. Na sequência: "somente há uma especificação da coisa tombada quando se trata de parte da coisa, como, por exemplo, pintura de tal igreja, altares de tal capela, móveis de tal residência, estatuária de tal igreja, etc. No caso em pauta o tombamento é global e abarca, portanto, todas as partes". (Idem, grifo nosso). No tombamento da Igreja da Venerável Ordem Terceira do Carmo e Painéis do Padre Jesuíno do Monte Carmelo, em São Paulo (ACI-RJ, Processo nº 1176-T-85), parecer elaborado em 1996 pelo conselheiro Augusto da Silva Telles mostra essa fragmentação na aplicação dos efeitos do tombamento, onde se detalha exatamente onde deveriam incidir:

> Indicamos, portanto, a seguinte redação para a preservação destes acervos: "Igreja de Santa Teresa da Ordem Terceira do Carmo de São Paulo, *restrita à frontaria, à nave, capela-mor, sacristia, biblioteca e sala de reuniões, especialmente a obra pictórica do Padre Jesuíno do Monte Carmelo, obra de talha, imaginária e pinturas aí localizadas, assim como o acervo de bens móveis e o arquivo da confraria*. O tombamento inclui o conjunto de 18 painéis do Padre Jesuíno, provenientes do antigo Recolhimento de Santa Teresa. As frontarias laterais e posterior, assim como os anexos existentes à esquerda da igreja constituem seu entorno. (ACI-RJ, Processo nº 1176-T-85, grifo nosso).

Em 1937, a criação do decreto-lei nº 25 colocou sob a égide do tombamento a função de reconhecimento de nosso patrimônio histórico e artístico nacional e as condições jurídicas para sua efetiva proteção, na medida em que os efeitos de preservação da matéria, de manutenção da ambiência e de restrições à transmissão da propriedade decorrem deste instrumento. No silêncio da Carta Constitucional relativamente ao que poderia compor este patrimônio (ou à sua conceituação), o decreto-lei nº 25, com o tombamento, torna-se a ferramenta de reconhecimento deste legado (ao mesmo tempo em que o IPHAN, operador deste instrumento, impõe-se como o agente autorizado). O artigo 1º, §1º, do decreto-lei nº 25 diz que os bens móveis e imóveis cuja conservação fosse de interesse em razão de suas características históricas ou artísticas somente seriam considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos em algum dos livros do tombo, isto é, depois de tombados. No entanto, além de instrumento de reconhecimento, o tombamento tem a já mencionada segunda função, que trata da produção de efeitos para a preservação da matéria que constitui o bem. Como vimos, no início da prática de tombamentos, os efeitos de preservação da matéria se aplicavam à totalidade do bem;

[100] Note-se que se trata de um tombamento iniciado nos anos 40, onde o processo era bastante austero quanto aos detalhamentos do objeto tombado. Tal como expressa o texto, não feitas quaisquer ressalvas, inferia-se que tudo se considerava tombado.

consagração e proteção caminhavam juntas, não sendo especificadas áreas de incidência e/ou exclusão dos efeitos do tombamento.

Em sua trajetória, ainda que sem alteração em seu texto e com a criação posterior de apenas dois outros dispositivos normativos que o complementaram – o que será visto no próximo capítulo -, o decreto-lei nº 25 pode acolher importantes transformações. A primeira delas pode ser considerada previsível, uma vez que a definição dos elementos necessários para a consagração de um bem como patrimônio histórico e artístico nacional foi colocada no decreto-lei em termos bastante vagos (indeterminados) e, portanto, aptos a acolherem evoluções e transformações naturais em se tratando de um longo período de tempo. Ademais, a regulamentação do decreto-lei nº 25 – que recairia justamente sobre a especificação desses bens e estava prevista em seu próprio corpo (art. 4º, §2º) -, nunca aconteceu. Ficaram, assim, conceitos indeterminados que o tempo e os técnicos do patrimônio se incumbiram de moldar e preencher: fatos memoráveis, bem como excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, visto em conjunto com os bens que foram selecionados a partir desses critérios, mostram o quanto são históricos estes conceitos e, portanto, sujeitos às interpretações. Essa indeterminação deu a plasticidade necessária para que o decreto-lei nº 25 cruzasse décadas elegendo, sobretudo com a guinada dos anos 80, uma diversidade relativamente grande de bens que compõem nosso acervo patrimonial. Ao mesmo tempo em que consagrava esses bens, consagrava-se também o decreto e o tombamento como o instrumento por excelência do patrimônio histórico e artístico nacional; como aquilo que produzia, tornou-se ele mesmo um monumento; uma norma-monumento.

Por outro lado, quanto à aplicação dos efeitos, o decreto-lei passou por uma adaptação que chamaremos aqui de fragmentação: ao lado da materialidade a ser preservada (selecionada por ser depositária de valores de arte, história etc.), passa-se a excluir da incidência dos efeitos relacionados diretamente à preservação da matéria aquilo que fosse considerado sem importância e que, portanto, poderia ser modificado ou demolido, estando sujeito a um regime na maioria dos casos equiparado aos bens em situação de área envoltória, cuja maior função é a garantia da ambiência do bem tombado. No site do Arquivo Noronha Santos, após descrição e histórico da já mencionada Capela da Venerável Ordem Terceira do Carmo[101], em São Paulo, temos o seguinte texto:

[101] Ou, como também chamada, Igreja da Ordem Terceira do Carmo ou Capela dos Terceiros do Carmo de São Paulo.

> A capela porém sofreria reformas depois da perda da vizinha igreja da Ordem Primeira (1929), com a qual formara um conjunto de original beleza e harmonia; razão porque, relativamente ao edifício, o Conselho do IPHAN concluiu pelo *tombamento restrito ao frontispício, à nave, capela-mor, sacristia, biblioteca e sala de reuniões, tomando-se as frontarias lateral e posterior, bem como os acréscimos à direita, como elementos definidores de seu retorno* [sic][102].
> [...] o que de mais valioso existe na capela, muito além de sua boa e harmoniosa decoração, são as pinturas que ornam os tetos de sua capela-mor e nave (com exceção do painel central), executadas pelo também mulato Padre Jesuíno do Monte Carmelo, que Mário de Andrade considerou a obra mais plástica que Jesuíno nos deixou, a que menos se preocupa desenhisticamente de contar, mas a que mais constrói e decora. Vale ainda destacar na capela dos Terceiros do Carmo de S. Paulo o painel da sacristia, de autoria de José Patrício da Silva Manso, considerado um dos quadros mais lindos da pintura paulista. *Também protegidos pelo decreto-lei 25 está [sic] o acervo de talhas, retábulos e elementos arquitetônicos coetâneos das pinturas de Jesuíno, bem como o conjunto de imagens, alfaias e o valioso arquivo documental da Ordem*[103].

Assim, as duas funções presentes no decreto-lei nº 25 – consagrar e gerar efeitos de proteção – passam, em dado momento e em certos casos, a tomar trajetórias distintas. Por um lado, como instrumento de consagração do que forma o patrimônio histórico e artístico nacional, a norma trilha um percurso no qual só se fortalece: patrimônio e tombamento, ainda hoje, mesmo após a Constituição de 1988 e os instrumentos de proteção nela mencionados, se confundem.

Quanto aos efeitos, ao processo de fragmentação (ou seleção, como detalharemos no último capítulo), seguirá o de desmaterialização, produto das demandas ligadas à proteção das dimensões imateriais do patrimônio. A questão que se coloca é: pode a norma que institui o tombamento, à luz de nosso ordenamento e do regime jurídico de proteção do patrimônio cultural, ser aplicada apenas como norma de reconhecimento, sem a incidência de seus efeitos de proteção?

Se as adaptações que resultaram na fragmentação da incidência dos efeitos de proteção do tombamento ocorreram sem maiores problemas, a desmaterialização[104] tensionou aos limites máximos a capacidade desta norma. O tombamento é um instrumento adequado ou suficiente para essas novas dimensões que se pretende preservar ou para a preservação deste bem cultural que é, ao mesmo tempo, composto por dimensões materiais e imateriais? O caso do Terreiro da Casa Branca, ocorrido nos anos 80, apenas ilustra uma série de novas situações em que se pode perceber que, para além do desejo de preservar exclusivamente a matéria

[102] O correto, aqui, é "entorno".
[103] Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/ans/>. Acesso em: 25. mar. 2020. Grifo nosso.
[104] Reiterando: termo que usaremos para identificar o tombamento onde, embora exista a matéria, não há a vontade de protegê-la a partir das prescrições do decreto-lei nº 25.

(obviamente, com a intrínseca carga imaterial, representada pelos valores de memória, identidade, de arte etc. que se mobilizam a partir do suporte físico), há também o desejo de preservação de outros aspectos simbólicos que caminham junto com a materialidade do bem, sendo os exemplos mais comuns a preservação do uso, de práticas e de nomes, marcas ou topônimos. Neste sentido temos o recente caso do tombamento do Cine Belas Artes, em São Paulo, onde o desejo de manutenção do espaço como cinema era evidente. Outros casos também apontam para a preservação manifesta de dimensões imateriais, como a intenção de perpetuar o nome Copacabana Palace do famoso hotel no Rio de Janeiro[105], e algumas situações onde se procura preservar a toponímia ou determinadas formas de identificação de localidades (como no caso da cidade de Rio Claro, onde no processo se aventou a possibilidade de preservar não somente o traçado das ruas centrais mas, junto, o peculiar sistema numérico de identificação das mesmas)[106]. A ampliação, ao longo do tempo, daquilo que órgãos de patrimônio e os grupos sociais desejam ver preservado (em síntese, o alargamento do que passa a ser considerado patrimônio cultural) tem desafiado a preservação como um todo e, particularmente, o tombamento, que, ainda consagrado no imaginário como o instrumento por excelência para preservação de nossa herança cultural, tem sido chamado a resolver situações decerto bastante desafiadoras. Todos esses desafios existem, certamente, em razão da dinâmica e historicidade do conceito de patrimônio cultural. Se o alargamento deste foi decorrência, notadamente, do aporte de outras Ciências – a exemplo, da Antropologia -, cabe ao Direito entender e contribuir com esses processos a partir da abordagem jurídica, da leitura da norma e de seu encadeamento no ordenamento jurídico. Arquitetos assumiram papel de relevo na construção de nosso patrimônio, mas essa construção é, também, jurídica. A isso se volta a atenção dos próximos capítulos, para somente após buscarmos compreender os limites do tombamento à luz deste patrimônio sabidamente composto por dimensões material e imaterial.

[105] E aqui nos referimos não ao letreiro inscrito em sua fachada, mas à manutenção do uso do nome Copacabana Palace para designar o hotel, independente de continuar pertencendo a essa rede hoteleira ou não.
[106] CONDEPHAAT, Processo nº 46976/2003.

CAPÍTULO 2

A CONSTRUÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 25

Entre nós, os poderes públicos não devem permanecer inertes, em face do risco que corre o que ainda resta dos valores artísticos e históricos nacionais [...]. *É preciso, pois, que os membros do Poder Legislativo deem ao assunto a atenção que ele merece e habilitem o Brasil, com a urgência requerida, a defender os remanescentes de seu patrimônio artístico e dos monumentos da sua história.*
Rodrigo Melo Franco de Andrade
O Jornal, 1936

O respectivo projeto está sofrendo emendas no Senado (sobretudo por parte do velho Alcântara) e é provável que demore lá pelo menos um mês. [...] *De qualquer maneira, porém, far-se-á todo esforço possível no sentido de lhe acelerar a marcha. Amanhã mesmo, se eu almoçar com o Capanema como pretendo, tratarei a dois do assunto. E como o Getúlio está interessado na coisa, a gente pode esperar que o projeto não tarde muito a ser transformado em lei e a entrar em vigor.*
Rodrigo Melo Franco de Andrade
Carta a Mario de Andrade, 1937

A literatura contemporânea sobre o patrimônio no Brasil tem se debruçado de forma bastante intensa sobre o processo de sua construção – que, como qualquer escolha, implica o que se retém e o que se descarta. Desnaturalizando seu conceito, os trabalhos produzidos buscam compreendê-lo sobretudo a partir das relações intersubjetivas e de poder que se travaram ao longo de sua trajetória, notadamente mapeando a ação de técnicos envolvidos nesta grande empreitada. Se aos arquitetos tem cabido um olhar bastante privilegiado neste processo, mostrando como sua atuação implicou a formação de um patrimônio quase que exclusivo de "pedra e cal" e, dentre estes, especialmente de determinadas tipologias e épocas, é possível afirmar que uma faceta deste processo ainda não foi suficientemente abordada: a de que a construção do patrimônio é também uma construção jurídica, que incorpora procedimentos e sujeitos distintos do que os que temos visto com maior frequência. Mais do que avaliar ou relatar as sequências de projetos de lei que foram propostos – o que tem sido feito em várias obras sobre o tema -, para entender essa construção é necessário também percorrer os pontos de contato que a lei estabeleceu a partir de tensionamentos entre o que prescrevia e a realidade para a qual foi feita. É importante, ainda, entender os agentes articuladores e o pensamento jurídico dominante na trajetória desse processo, a partir do qual ideias e instrumentos puderam alicerçar suas fundações.

Dentro do quadro que temos hoje, em que o patrimônio é tratado fundamentalmente como uma política de Estado, e considerando a atuação do IPHAN, agência federal que, de alguma forma, pautou e continua pautando a ação dos demais entes da federação, o objeto central desta análise é o decreto-lei nº 25 e, assim, a construção jurídica deste patrimônio que se consolidou entre nós parte do estudo do processo legislativo que culmina com o decreto,

bem como dos debates jurídicos que o antecederam. No entanto, é importante que se repise: a construção da norma não se limita à construção de seu texto (processo legislativo), mas é dada também a partir dos sentidos que adquire – notadamente em seus conceitos vagos -, resultante da interpretação deste texto, onde os poderes judiciário e executivo funcionam também como construtores, ao interpretá-la, aplicá-la, decidir sobre seus efeitos etc.. Em síntese, para entendermos a construção da norma que criou o tombamento, propomos a discussão tanto de sua formação legislativa - o que será feito a seguir -, quanto do processo de atribuição de sentidos dados a ela em razão de sua aplicação, mote deste e do capítulo seguinte.

2.1. – A preparação do projeto de lei

Decretos-leis são formas normativas com força de lei exaradas pelo Poder Executivo; nossa atual Constituição não mais os prevê, tendo sido utilizados em apenas dois momentos de nossa história: de 1937 a 1946 e de 1965 a 1988, não por acaso os dois períodos em que o Brasil viveu sob ditaduras. O processo de formação do decreto-lei, com alijamento das casas parlamentares, obviamente é uma expressão e um instrumento deste autoritarismo. No entanto, ainda que tenha sido resultado desta ação do Executivo, podemos falar que, de alguma forma, houve para este decreto-lei um processo legislativo, pois o texto que conhecemos hoje é praticamente o resultado da proposta de lei protocolada na Câmara dos Deputados pelo presidente Getúlio Vargas, em 1936, acrescida da maioria das (poucas) emendas que lhe foram feitas durante a tramitação. No momento em que o projeto de lei encerrava seu ciclo legislativo - havia se iniciado na Câmara, seguido para o Senado, onde lhe foram acrescentadas oito emendas, e retornado à Câmara, que acolhera todas elas -, advém a ditadura do Estado Novo e a dissolução do Parlamento. Com a nova possibilidade normativa inserida pela Constituição de 1937, o Ministro Gustavo Capanema retoma o projeto, considerando a maior parte das alterações propostas, e o envia ao presidente Getúlio Vargas, com nova exposição de motivos. Surge neste instante a norma que institui o tombamento no Brasil e que define o que então era patrimônio – agora não mais como lei ordinária, que teria sido fruto da tramitação ocorrida, e sim como decreto-lei, ato do Poder Executivo. De certa maneira, contudo, o processo legislativo ofereceu algumas contribuições jurídicas que vieram a fazer parte de seu texto final.

Entendemos que deva ser feita a análise do texto em seu percurso pelas duas casas parlamentares, sem que nos olvidemos de recuar no tempo para lançar luz sobre um momento anterior ao início da tramitação na Câmara dos Deputados, mas que se pode dizer parte do processo, já que a iniciativa da lei partiu do Executivo e que, portanto, natural que entre seu corpo burocrático tenha havido algum tipo de discussão prévia ao *iter* propriamente legislativo.

Pessoalmente envolvido e articulador central na construção do decreto-lei nº 25 e de toda a estrutura que serviria ao patrimônio histórico e artístico da nação, estava Rodrigo Melo Franco de Andrade, que já atuava no extraoficialmente instalado Serviço do Patrimônio. Se não são novidades suas consultas a intelectuais como Mário de Andrade e Heloísa Alberto Torres, ainda são pouco conhecidos contatos e interlocuções havidos para estruturar juridicamente a proposta: Rodrigo era formado em Direito e essa credencial poderia ser bastante promissora no trânsito entre os bacharéis. Se os arquitetos foram figuras de proa na criação do patrimônio nacional, ao preencherem e darem concretude à letra vaga da lei, não se pode esquecer que este processo – e, ao fim, a própria construção do patrimônio – foi também um feito jurídico.

Ao protocolar o texto na Câmara dos Deputados, a exposição de motivos assinada por Getúlio Vargas trazia que:

> Com o propósito de alcançar essas finalidades [*a preservação do patrimônio histórico e artístico nacional*], é que tenho a honra de propor à vossa consideração o incluso projeto de lei, para cuja feitura se recolheram os dados da experiência administrativa já formulada sobre o assunto e se buscaram os subsídios de que quantos dele se ocuparam com lucidez. (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 511, de 1936. Diário do Poder Legislativo, outubro de 1936, p. 19389).

Muito embora o próprio IPHAN tenha construído sua trajetória mítica, que de alguma forma ocultou ou diminuiu a existência de outras experiências prévias, fato é que elas existiram e que a exposição de motivos, de modo muito discreto, de alguma forma as trouxe. No entanto, não aprofundaremos aqui – para além do que foi dito no Capítulo 1 – os vários projetos de leis e outras iniciativas, como a Inspetoria dos Monumentos, de modo a podermos nos debruçar sobre algo ainda pouco estudado, que é a apreciação da construção jurídica de nosso ainda vigente decreto-lei nº 25, buscando entender quais foram as articulações que o tornaram possível e quais discursos jurídicos foram postos no momento de sua construção.

No final de março de 1936, o anteprojeto de Mário de Andrade já estava finalizado e Rodrigo Melo Franco o fez circular entre alguns intelectuais: duas cartas encontradas no Arquivo

Central do IPHAN[107] nos mostram que entre maio e junho, o texto havia sido avaliado por Heloísa Alberto Torres, então diretora do Museu Nacional e a principal protagonista na controvérsia instaurada com Mário acerca do conceito de etnografia que o escritor propunha, e também pelo pintor Pedro Correia de Araújo, futuro colaborador do órgão que, por sua profissão, evidentemente analisou os aspectos ligados às artes plásticas, sem, contudo, ter deixado de lado algumas críticas ao tombamento de bens particulares:

> Estabelecer o tombamento das obras de arte pertencentes a particulares é 1) ir em contradição com o desejo do Governo de incrementar a Cultura Nacional pelo conhecimento, apreciação etc. das Belas Artes, pois ninguém quererá possuir obra de arte para ficar sujeito a visitas domiciliares, tombamentos, registros, regulamentos fiscais, multas etc.; 2) Suscitar uma jurídica repulsa dos justos possuidores. A Igreja, as irmandades etc. hão de opor impecílios consideráveis". (ACI-RJ. Caixa Legislação 001; pasta 002).

Cartas encontradas no Arquivo Central, datadas de julho de 1936, mostram que num curto espaço de tempo um novo projeto foi realizado e submetido à apreciação de outras pessoas. Uma dessas cartas é a enviada pelo próprio Mário de Andrade em resposta a este projeto que lhe fora submetido, onde o escritor inicia o texto, endereçado a Rodrigo, com: "Li *seu projeto de lei* que achei, pelos meus conhecimentos apenas, ótimo" [108]. Na sequência, Mário não se preocupa em avaliar uma ou outra questão deste projeto – o projeto de Rodrigo -, mas principalmente em defender sua posição ante a polêmica instaurada por Heloísa Alberto Torres. Pelas datas das cartas, e pelos comentários tecidos, infere-se que se trata do mesmo texto enviado a pelo menos três outras pessoas: Milton Campos, José Saboia Viriato de Medeiros (Saboia de Medeiros) e Pedro Baptista Martins.

Sobre esses três, algumas considerações. O anteprojeto elaborado por Mário de Andrade foi enviado, de acordo com as cartas-respostas encontradas no Arquivo do IPHAN, a intelectuais que poderiam fazer dele uma leitura técnica acerca propriamente das definições de patrimônio e de suas inter-relações com arte, história, etnografia etc. Heloísa Alberto Torres era antropóloga e, como vimos, dirigiu o Museu Nacional, sendo sua diretora por quase vinte anos; Pedro Correia de Araújo, apesar de bacharel em Direito, exerceu suas atividades profissionais como pintor e professor. Já o que nos indicam as cartas encontradas é que o projeto de Rodrigo Melo Franco de Andrade foi enviado a três juristas.

---

[107] ACI-RJ. Caixa Legislação 001; pasta 002.

[108] ACI-RJ. Caixa Legislação 001; pasta 002. Carta de Mario de Andrade a Rodrigo M. F. de Andrade, datilografado, grifo nosso.

Milton Campos era um advogado mineiro, formado na Faculdade de Direito de Belo Horizonte em 1918. Como informa sua biografia, feita pelo CPDOC – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil –, em seus tempos de faculdade, Milton conheceu e se tornou amigo de alguns jovens que assumiriam importantes funções na vida pública do país; muitos deles, como se pode notar (grifados no texto), de alguma forma estiveram envolvidos com o então futuro IPHAN, na situação de funcionários ou de colaboradores:

> Ainda acadêmico, Milton Campos estabeleceu sólidos laços com toda uma geração de intelectuais e políticos mineiros, notadamente os jovens poetas adeptos do movimento iniciado em 1922 com a Semana de Arte Moderna de São Paulo. Leitor assíduo de Anatole France, foi companheiro de juventude e de experiências literárias de *Gustavo Capanema*, *Gabriel Passos*, Francisco Negrão de Lima, Mário Casassanta, Abgar Renault, João Alphonsus, Ciro dos Anjos, *Afonso Arinos de Melo Franco* e, em particular, de Emílio Moura, Pedro Nava, *Rodrigo Melo Franco de Andrade* e *Carlos Drummond de Andrade*, que mais tarde diria: "*Milton Campos foi o orientador involuntário e despretensioso da nossa geração*."[109]

Os mesmos laços de amizade são mostrados por Schartzman, Bomeny e Costa (2000, p. 42) ao falar dos "intelectuais da Rua Bahia", no capítulo *De Minas para o Rio* da clássica obra *Nos tempos de Capanema*:

> Elites tendem a gerar seus intelectuais, e Minas Gerais não seria exceção. [...]. Nem todos os intelectuais, evidentemente têm essa origem [*elitista*], mas esse parece ter sido o caso de um grupo de jovens que, na década de 1920, agitava as ruas de Belo Horizonte com suas estripulias, acompanhavam como podiam os modismos intelectuais do Rio e São Paulo e se preparavam, uns para a vida política, outros, principalmente, para a vida contemplativa. Basta lermos as memórias de Pedro Nava para reconhecer a intensidade dessas experiências e as marcas profundas que elas deixaram na vida de seus protagonistas. Basta listarmos alguns dos nomes das rodas de intelectuais de então – Abgar Renault, Pedro Aleixo, Gustavo Capanema, Emilio Moura, Carlos Drummond de Andrade, Milton Campos, João Pinheiro Filho, João Alfonsus, Mário Casassanta, Afonso Arinos de Melo Franco, o próprio Nava – para perceber que também eles deixaram suas marcas na vida de seu estado e de seu país.

Em sua carreira, sem deixar a advocacia de lado, Milton mergulhou em trabalhos jornalísticos e depois intercalou o Direito com a vida política de Minas Gerais e do Brasil, ocupando cargos como deputado estadual constituinte em Minas, deputado federal, governador de Minas Gerais e senador. Sobre o projeto de Rodrigo, declarou:

> Levei para Caxambu o seu projeto de lei de organização do patrimônio histórico e artístico nacional. Lá, perdoe, os trabalhos foram contínuos e não me permitiram a leitura, que só pude fazer agora, após o regresso. Daí a demora na devolução. Pareceu-me excelente o anteprojeto. Como calculo que vocês tenham de sujeitá-

[109]<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/milton-soares-campos>. Acesso em 23 fev. 2018, grifo nosso.

> lo com urgência à elaboração legislativa, desisto de fazer dele uma análise mais detida. À leitura atenta que fiz, porém, não se revelou nada que reclame alteração. Talvez conviesse permitir revisões parciais no tombamento, além do que se faz obrigatoriamente de 5 em 5 anos e tem caráter geral[110]. No parágrafo 1º do art. 23 eu suprimiria a acusação em audiência de citação judicial para o exercício do direito de preferência. Desde que a citação foi feita, porque exigir-se o inexpressivo comparecimento ou audiência? Considero inútil essas audiências do nosso processo civil [...][111].

A apreciação que Campos faz do projeto, um texto com aproximadamente nove folhas distribuído em quarenta e quatro artigos, resume-se ao fragmento acima. Oportunamente, analisaremos o teor do esboço enviado, mas é importante registrar que Milton silencia sobre o que teria sido a grande inovação legislativa da proposta que se lhe apresentava – qual seja, o avanço sobre os atributos do direito de propriedade e sua conformação ao interesse público, obtidos por meio de um instrumento inédito entre nós.

Sobre José Saboia Viriato de Medeiros dispomos de algumas poucas informações: fundamentalmente sabemos que o advogado, que atuava na então Capital Federal, foi nomeado por Getúlio Vargas por meio do decreto nº 19.684, de 10 de fevereiro de 1931, a participar, junto com os doutores Armando Vidal Ribeiro e Olympio de Carvalho Araújo Silva, da Subcomissão para reforma da organização judiciária do Distrito Federal, Registros Públicos, Ofícios de Justiça, Regimento de Custas e Assistência Judiciária, que era parte de uma Comissão Legislativa maior, criada pelo decreto nº 19.459, de 6 de dezembro de 1930, responsável por promover várias reformas legislativas no Brasil (legislação civil, penal, comercial etc.) (SCHWAITZER, 2012, p. 29 a 31). Quanto à análise do projeto a ele submetido, traz também algumas poucas sugestões; a maioria delas sobretudo de redação e de correção de termos jurídicos inadequadamente empregados. Em seu comentário mais substancial, relativo à questão de fundo (como ele mesmo denominou), Saboia de Medeiros relatou:

> Um certo resíduo de liberalismo, difícil de extirpar depois dos cinquenta anos, me levaria a pleitear a exclusão desta *mainmise* do Estado sobre as obras d'arte estrangeira, modernas. Imagine que o Modesto Leal, em vez de acumular juros para os capitalizar a fim de que produzam novos juros, se pusesse a adquirir Corôts, Millets, Fragonards, Reynolds, e que sei lá. A lei oporia um sério obstáculo a estes pendores artísticos. Obra de arte adquirida e importada caiu no alçapão. Daqui já não sai. Ora, a existência de obras de arte na massa hereditária cria

[110] O artigo 27, b, do projeto de Rodrigo Melo Franco de Andrade previa que caberia ao Conselho Consultivo deliberar sobre o cancelamento da inscrição de coisas tombadas, por efeito de uma revisão que deveria ser feita a cada cinco anos. (Ver anexo 1)

[111] ACI-RJ. Caixa Legislação 001; pasta 002. Opinião do Dr. Milton Campos sobre o projeto de lei criando o SPHAN. (Carta particular ao Dr. Rodrigo M. F. de Andrade, em 1936), datilografado.

> situações embaraçosas e é causa eventual de prejuízos em face da exiguidade das fortunas, entre nós, e do princípio da partilha dos bens hereditários.
> Admitindo o princípio da lei, poder-se-ia limitá-lo, excetuando as obras estrangeiras de arte moderna. Porque de arte moderna? – Porque as verdadeiras obras de arte clássica raramente virão ter por aqui, e se vierem será o caso de as desapropriar para as nossas pinacotecas públicas[112].

As considerações de Medeiros tinham a ver com um sentido de apropriação indébita, por parte do Estado, das obras de arte de propriedade particular (observação essa restrita aos bens móveis). Esse tipo de preocupação, como veremos, surgiu vez ou outra durante o processo legislativo, sendo talvez a maior objeção quanto a uma inadequação (inclusive inconstitucionalidade) do projeto que se propunha. Curioso observar que, quanto aos bens imóveis, questionamentos desta ordem, que tocariam numa eventual alegação de injustiça do tombamento - pela ausência de indenização, pela imposição de ônus excessivos etc. – não levantaram polêmica entre os três juristas consultados.

Por fim, chegamos ao terceiro jurista a quem Rodrigo Melo Franco confiou o seu projeto: Dr. Pedro Baptista Martins, autor de obras como *O abuso do Direito e o ato ilícito,* tendo sido um dos principais responsáveis pela elaboração do Código de Processo Civil, de 1939. O documento encontrado no Arquivo do IPHAN é composto por folhas copiadas em carbono, onde, no cabeçalho, foi datilografada (sem carbono) a legenda "*Notas do Dr. Pedro Baptista Martins ao projeto do SPHAN de 1936*". (ACI-RJ, Caixa Legislação 001, pasta 002). Há no texto algumas poucas anotações manuscritas nas laterais – em parte, ilegíveis. Por faltar a carta introdutória aos comentários, não se pode precisar o que no texto são as considerações de Baptista Martins e o que é original de Rodrigo Melo Franco. Provavelmente o texto reproduzido em carbono deve ser a versão original de Rodrigo, remetida por ele ao Dr. Pedro Baptista (e o carbono se justifica por terem sido necessárias várias cópias, visto que mais de um jurista seria consultado); as anotações manuscritas seriam, então, de Baptista Martins. Contudo, uma coisa é certa: se não sabemos com precisão o que cabe a cada um nesse texto, é por esse pedaço de papel que podemos entender como, com grau muito grande de aproximação, era o projeto de Rodrigo. As cartas de Milton Campos e de Saboia de Medeiros encontradas no Arquivo se restringem aos seus comentários, sem o texto original que lhes fora remetido; no entanto, a leitura dos três documentos (as duas cartas citadas e as notas de Baptista Martins) permite concluir que

[112]ACI-RJ. Caixa Legislação 01, Pasta 002. Carta de José Saboia Viriato de Medeiros a Rodrigo Melo Franco de Andrade, em 10 de julho de 1936.

Milton e Saboia de Medeiros avaliaram um texto de proposta de lei bastante semelhante – senão igual - ao que trataremos a seguir.

2.2. – O processo legislativo

O texto que Rodrigo Melo Franco de Andrade (RMFA) elabora e que submete a seus pares guarda muitas semelhanças com aquele protocolado na Câmara dos Deputados em outubro de 1936 e que dá origem ao projeto de lei nº 511, de 1936. O projeto de Rodrigo, talvez no que seria sua primeira versão, é maior do que aquilo que segue para o processo legislativo; diferentemente do texto protocolado na Câmara, com 29 artigos, o projeto que RMFA encaminha para avaliação e colaboração dos juristas tinha 44. Os artigos excedentes, que foram cortados para dar início ao trâmite legislativo, tratavam da organização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Capítulo V, artigos 25 a 36). Efetivamente tudo que se relacionou à estrutura pretendida para o Serviço de Patrimônio não constou da versão protocolada pois, quando do ingresso na Câmara, já corria na mesma Casa outro projeto de lei – o que daria origem à lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, resultando na organização do Ministério da Educação e Saúde e, por se encaixar nesta estrutura, também do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (por esta mesma lei criado). A exposição de motivos do projeto de lei nº 511 deixa evidente que o assunto da estrutura organizacional ficara reservado a este projeto de lei anterior:

> O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a que me refiro, e de que fiz menção na mensagem mandada ao Poder Legislativo em 3 de maio deste ano, já está produzindo os primeiros frutos, que se tornarão mais abundantes e certos, uma vez aprovado pela Câmara dos Deputados o projeto de reforma do Ministério da Educação e Saúde Pública, que incorpora aquele órgão, definitivamente, no aparelho administrativo.(Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 511, de 1936. Diário do Poder Legislativo, outubro de 1936, p. 19389).

De qualquer forma, é interessante notar que o organograma pensado para o órgão de proteção diferia do que foi aprovado pela lei nº 378, mais se aproximando do anteprojeto de Mário de Andrade. Assim, tal como em Mário, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional comportaria museus (os Museus Nacionais), o Serviço de Tombamento e Fiscalização e a Seção de Publicidade. Quanto aos Museus Nacionais, a integrarem e comporem o Serviço do Patrimônio, eram eles o já existente Museu Histórico Nacional, o Museu Nacional de Belas Artes, a ser constituído como algo independente da Escola Nacional de Belas Artes, e outros museus que oportunamente se fizessem necessários. A lei nº 378, por sua vez, acabou

definindo a estrutura do Serviço de forma bem menos detalhada: “O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional terá, além de outros órgãos que se tornarem necessários ao seu funcionamento, o Conselho Consultivo” (art. 46, §1º, Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937). Dessa forma, deixou para depois e para as oportunidades o crescimento e a configuração do órgão. Sobre os museus – os já existentes e os que seriam criados – a lei nº 378 não os subordina ao Serviço do Patrimônio; antes, estabelece entre eles uma relação de cooperação: “§3º - O Museu Histórico Nacional, o Museu Nacional de Belas Artes e outros museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, que forem criados, cooperarão nas atividades do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, pela forma que for estabelecida em regulamento” (Idem). Para angariar um número maior de apoio à causa, talvez Rodrigo não quisesse se indispor com os diretores dos museus já existentes, subordinando-os a qualquer outra instituição, ainda mais uma recém-criada.

O projeto de lei que Rodrigo envia a seus colaboradores, comparado ao anteprojeto de Mário, partia de uma significativa clivagem em relação ao que seria considerado o patrimônio da nação, em sua proposta constituído apenas pelos bens de natureza material, fossem móveis ou imóveis. É neste momento, portanto, que uma das características mais marcantes da proposta de Mário de Andrade, sua visão integrada e bastante abrangente de patrimônio cultural, foi deixada de lado.

Algumas outras poucas diferenças – embora importantes -, além da já citada retirada dos artigos que normatizavam a organização administrativa do futuro órgão, marcaram ainda o projeto original de Rodrigo e o que foi protocolado, pouco tempo depois, na Câmara dos Deputados. Tais mudanças podem ser reflexões e amadurecimentos do próprio Rodrigo, bem como fruto de eventual contato com outros interlocutores que, por vontade do destino, não teria deixado rastros nos arquivos consultados. Assim, na versão protocolada (PL nº 511/1936), o texto enfatiza a existência de um tombamento provisório e outro definitivo, ressaltando que as medidas protetivas se estendiam para o bem ainda que em processo de tombamento. Reelaborando e tentando ajustar o texto sobre o direito de preferência e sobre a alienação de bens, foi incluído no projeto de lei nº 511 artigo prescrevendo que bens tombados de propriedade dos entes federativos poderiam sofrer transferência de domínio somente entre si (ou seja, uma vez públicos não poderiam migrar para o domínio privado).

Uma diferença importante reside no artigo 16 do projeto original de Rodrigo e o que resulta no artigo 20 do projeto de lei nº 511: no primeiro caso, o texto faculta ao proprietário de bem

tombado dispender recursos próprios para a conservação ou reparação do bem, mas que deveria, contudo, noticiar ao poder público eventual estado precário. No PL nº 511, essa obrigação de reparar um bem em más condições passa a recair sobre o proprietário, que dela somente se eximiria se comprovada a falta de recursos; o poder público responderia apenas subsidiariamente[113]. Por fim, outros dois artigos aparecem na proposta de Rodrigo e somem no momento em que o texto é protocolado na Câmara dos Deputados: o primeiro deles, artigo 24, garantia ao titular do direito de preferência[114] a possibilidade de, a qualquer tempo e independentemente de decreto especial, promover a desapropriação da coisa tombada ou em sua área envoltória. Facilitava, dessa forma, o processo de desapropriação (que ainda não contava com a regulamentação do decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941). Por fim, o incentivo dado ao proprietário no artigo 39 - "O proprietário de bens móveis ou imóveis tombados definitivamente pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional gozará de redução no imposto de renda proporcional à importância calculada para a conveniente conservação dos mesmos" - não se repetiu na proposta enviada ao parlamento.

Tanto o artigo 16 quanto o 39 do texto original conferiam à lei um caráter muito mais distributivo quanto aos ônus decorrentes da preservação do patrimônio: se o proprietário teria que suportar restrições em sua propriedade (restrições quanto a alterações e a alienações, bem como possibilidade de desapropriação a qualquer tempo etc.), ficariam a cargo do poder público os ônus necessários para a conservação e preservação do bem, caso o proprietário não quisesse fazê-las (aqui há para o poder público uma obrigação de fazer – investir recursos para a preservação do bem -, diferente do que ocorria com o proprietário, obrigado apenas a um não fazer: não reformar, não destruir etc.). Soma-se ainda o benefício da redução do imposto de renda, que seria proporcional aos gastos destinados à conservação adequada do bem.

---

[113] "Art. 16 – O proprietário da coisa tombada que não quiser, por si e a sua custa, proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requer, levará ao conhecimento do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena da multa a que se refere o art. 13". (ACI-RJ. Caixa Legislação 001, pasta 002. Notas do Dr. Pedro Baptista Martins ao projeto do SPHAN de 1936). No PL nº 511, temos que: "Art. 20 – 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". (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 511, de 1936. Diário do Poder Legislativo, outubro de 1936, p. 19391).

[114] No texto original, somente os Estados e a União, sendo que a exclusão dos municípios foi, inclusive, uma das críticas de Saboia de Medeiros.

Já tramitando no parlamento, os arquivos nos revelam uma importante articulação política costurada para que o projeto desenvolvido no IPHAN[115] fosse aprovado: a da relação entre o deputado Martins Soares, relator da Comissão de Educação - a primeira pela qual o PL começa a tramitar -, com o responsável pela elaboração do texto no IPHAN. Documentos no Arquivo Central[116] confrontados com trechos do processo legislativo, disponível no Arquivo da Câmara dos Deputados (PL nº 511, de 1936), revelam que o deputado recebeu os subsídios para a defesa do projeto de lei diretamente do Instituto: o texto que o parlamentar apresenta e usa como defesa na Câmara foi redigido dentro da instituição provisória, provavelmente por Rodrigo. Os contatos políticos com o deputado também decorriam de vínculos pessoais (familiares e afetivos): Martins Soares era tio de Milton Soares Campos, ou Milton Campos, como tratamos acima o amigo de Gustavo Capanema e Rodrigo Melo Franco, um dos intelectuais da Rua Bahia a quem Rodrigo confiou seu projeto para apreciação. O deputado – a partir do texto que lhe foi entregue - faz um breve apanhado das fontes de inspiração para o projeto de lei (citando o anteprojeto de Mário de Andrade, o projeto do mineiro Jair Lins, além da influência da moderna legislação estrangeira, sobretudo a francesa e mexicana) e afirma:

> Antes, porém, do projeto ser dado por concluído, foram solicitados sobre a matéria pareceres e sugestões de técnicos e juristas, cujos pontos de vista foram devidamente ponderados para o fim que se colimava (Arquivo da Câmara dos Deputados, PL nº 511, de 1936).

Por conta do zelo em sua execução, conclui que o projeto submetido era "maduramente meditado" e que correspondia ao que o Brasil precisava para defender seu patrimônio. Tanto a Comissão de Educação quanto a de Finanças aprovam o texto sem qualquer emenda. Após ter passado por elas, no dia 11 de dezembro de 1936 o projeto vai para a segunda discussão entre os parlamentares onde, após leitura e defesa do relator Martins Soares, manifesta-se o deputado Gomes Ferraz que, apesar de concordar que tudo se enquadrava no novo ordenamento constitucional, insistia em que o projeto fosse enviado para a Comissão de Constituição e Justiça. Considerando tais observações, os deputados decidiram que haveria uma terceira rodada de debates, ocasião em que algumas emendas sugeridas seriam

[115]Lembremos que o Serviço do Patrimônio existia, neste momento, apenas em caráter experimental e extraoficialmente. No entanto, ao usar aqui e em outros trechos a sigla da futura instituição, referimo-nos àqueles que estavam trabalhando em sua viabilização, como Rodrigo Melo Franco de Andrade, em grau mais próximo, e em Gustavo Capanema, de sua posição privilegiada como Ministro.

[116]ACI-RJ. Caixa Legislação 001, pasta 002. "Subsídios oferecidos ao deputado Martins Soares para dar parecer sobre o projeto à Comissão de Educação da Câmara. 10 nov. 1936".

apreciadas. Nenhuma delas, contudo, foi acatada e assim o projeto de lei seguiu para o Senado tal como havia ingressado na Câmara. As emendas que foram debatidas iam desde a mera substituição de algumas palavras até o acréscimo, no texto da lei, de bem que determinado parlamentar já considerava patrimônio (caso da Basílica São Sebastião, no Rio de Janeiro, numa proposta sugerida pelo deputado Barreto Pinto) (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 511, de 1936. Emendas ao projeto n. 511. Emenda 5, de 12 de dezembro de 1936). A emenda mais significativa, cujo impacto seria grande para o projeto que se pensava, foi a ofertada pelo deputado Gomes Ferraz, o mesmo que solicitara a apreciação da Comissão de Constituição e Justiça. Em seu texto, acrescentava a prescrição de que "o proprietário da coisa tombada será sempre indenizado, e, se recusar indenização, consignar-se-lhe-á judicialmente o valor". (Arquivo da Câmara dos Deputados, PL nº 511, de 1936. Emendas ao projeto n. 511. Emenda 9, de 17 de dezembro de 1936). Ferraz justificava a medida dizendo que se tratava de um velho cânone do direito, cujo fundamento de validade residia no Código Civil (de 1916) e na própria Constituição Federal (de 1934)[117]. Documento encontrado no arquivo do IPHAN[118] evidencia que a instituição, por meio de seus agentes (e aqui devemos entender sobretudo Rodrigo) buscou defender sua posição, atacando, uma a uma, as emendas sugeridas individualmente pelos parlamentares. Com grande probabilidade esse documento foi redigido para ser encaminhado novamente ao deputado Martins Soares, que então defendia o projeto municiado pelas informações prestadas diretamente pelo IPHAN. As emendas sugeridas não foram acolhidas – o que já foi uma vitória para a equipe do patrimônio -, mas é interessante observar a defesa de Rodrigo, posto que ela revela muito sobre a construção jurídica que ora analisamos.

Ao recusar a emenda que dava à Basílica de São Sebastião o status de monumento nacional, o IPHAN faz uma importante defesa do lugar que ele mesmo ocuparia na consagração de um bem como patrimônio: caberia a esta instituição, e não a qualquer outra, a competência para preencher a norma, que deveria ser geral e abstrata:

> Segundo o sistema adotado no projeto em apreço, os bens de interesse artístico ou históricos não precisam ser considerados "monumentos nacionais" para que se proceda ao seu tombamento e se lhes dispense a proteção da lei. Demais, o projeto

[117]Os artigos citados foram os seguintes: "Art. 591. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina (Constituição Federal, art. 80), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior. Parágrafo único. Nos demais casos o proprietário será previamente indenizado, e, se recusar a indenização, consignar-se-lhe-á judicialmente o valor" (Código Civil de 1916, Lei nº 3.071) e também "Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, [...]" (Constituição da República, de 1934).

[118] ACI-RJ. Caixa Legislação 001, pasta 001. Documento datilografado.

> estabelece, nos arts. 5 e seguintes, o processo especial a que deve obedecer aquele tombamento e que seria subvertido com a adoção do alvitre de, por meio de uma disposição legal, atribuir-se a determinada coisa o caráter de "monumento nacional".
> Opina-se, portanto, pela rejeição da emenda nº 5. (ACI-RJ. Caixa Legislação 001, pasta 001. Documento datilografado).

A Emenda nº 9, que previa a indenização para os proprietários de bens tombados, foi rebatida de forma bastante breve:

> O tombamento dos bens de valor artístico ou histórico não implica na [sic] sua desapropriação. Impõe apenas algumas restrições ao direito dos respectivos proprietários, restrições essas exigidas pelo interesse da coletividade. (ACI-RJ. Caixa Legislação 001, Pasta 001. Documento datilografado).

Será exatamente este o argumento que viabilizou a defesa do decreto-lei nº 25 em sede de apreciação jurisdicional, como veremos: a ancoragem no ordenamento constitucional (trazido como novidade pela Carta de 1934) e a construção do tombamento como instrumento que acarretaria limitação suportável em nome do interesse público.

Não tendo sido nenhuma emenda acolhida[119], em 6 de abril, agora já de 1937, a Câmara dos Deputados dá a redação final ao projeto (que coincide com o que fora protocolado originalmente) e, com o número 239, segue para o Senado, onde recebe o número 16/1937. Nesta Casa, passou por três comissões – de Educação, Cultura e Saúde Pública; de Constituição e Justiça; e de Economia e Finanças – tendo recebido algumas emendas, sobre as quais falaremos.

As emendas mais importantes se originaram da Comissão de Constituição e Justiça, para a qual o projeto foi enviado a pedido do relator da Comissão de Educação e Cultura, senador Alcântara Machado. De forma mais evidente no Senado, os artigos 16, §3º, e 19 foram tidos por inconstitucionais. Sobre o §3º do artigo 16[120], os senadores insurgiram-se pela forma como se daria a perda do domínio; Clodomiro Cardoso, relator da CCJ, afirmou que se

[119] Não identificamos no processo que tratou do PL nº 511/1936, no Arquivo da Câmara dos Deputados, qualquer registro de eventual discussão das emendas propostas. A única certeza é de que todas foram rejeitadas.
[120] "Art. 16 – Feita a alienação de coisa tombada, na hipótese do art. 14, desta lei, ou sendo tentada a sua exportação, a não ser no caso previsto no artigo anterior, será a mesma sequestrada pela União, ou pelo Estado em que se encontrar. §3º - No caso de reincidência por parte do proprietário, perderá este o domínio da coisa, em favor da entidade que promover o sequestro, *sem nenhuma indenização"*. (Arquivo da Câmara dos Deputados. Redação n. 239/1937, grifo nosso). O citado artigo 14 prescrevia que: "É nula a alienação de coisa tombada, uma vez que importe a possibilidade de evasão para fora do país".

tratava claramente de pena de confisco, defesa pelo artigo 113 da Constituição (de 1934)[121], completando suas colocações:

> Dir-se-á que, nos termos do mesmo artigo 16, parágrafo 2º, o proprietário, pela primeira alienação que faça da coisa, apesar da proibição, ficará sujeito à multa de 50% do valor dela, e que, se a lei pode impor essa multa, poderá também elevá-la ao dobro. Não há dúvida que assim é. Mas uma coisa é a multa no valor do objeto e outra a apropriação deste pelo Estado. Imposta a multa, o proprietário poderá ficar na contingência de vender a coisa, ou de deixar que ela seja vendida, para lograr os recursos com que cumpra a pena mas ser-lhe-á lícito pagá-la em dinheiro de outra proveniência. O caso é, pois, muito diferente do de confisco. O Estado pela Constituição, ficou, é certo, com o direito de promover a desapropriação dos bens particulares. Mas a matéria, nessa hipótese, não é de direito penal, e sucede que a desapropriação só se pode dar por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização. (Constituição, artigo 113, n. 17). A verdade é que no caso de violação do artigo 14, bastarão as penas cominadas para o crime de contrabando, penas aliás, que o artigo 16 manda aplicar, também no seu parágrafo 4º, ao lado da multa e do confisco". (ACI-RJ. Jornal do Comércio, 3 de agosto de 1937).

Os parlamentares mostraram-se duplamente contrários ao artigo da lei: primeiro porque, se possível a desapropriação para este caso, teria que haver a necessária indenização. Segundo porque o caso sequer a permitia, visto faltarem os pressupostos constitucionais de necessidade ou utilidade pública. Como forma de adequar o projeto ao arcabouço legal, sugeriram que, em caso de reincidência, a multa deveria ser elevada ao dobro.

Analisemos as críticas feitas ao artigo 19, cuja redação original da proposta da Câmara prescrevia que:

> Art. 19 – Nenhuma construção nova se poderá fazer nas proximidades de coisa tombada, importando impedir ou reduzir a sua visibilidade, nem se poderá levantar qualquer anteparo, muro ou obstáculo junto à mencionada coisa, nem ai colocar anúncios ou cartazes de qualquer espécie, salvo autorização expressa do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se, neste último caso, ao responsável a multa de 50% do valor do mesmo objeto. (Arquivo da Câmara dos Deputados. Redação n. 239/1937, grifo nosso Apud PL nº 511/1936).

Mais uma vez, colocou-se o relator da CCJ:

> Positivamente, esse dispositivo vai ter encontro ao citado artigo 113, n. 17[122]. Pois que a construção vedada no artigo 19 se tornará inconveniente, o meio de evitá-la

[121] "Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à *pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro".* (Constituição Federal, 1934).

[122]Art.113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:17) *É garantido o direito de propriedade*, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou

> será a desapropriação por utilidade pública. É verdade que, pelos termos do n. 17 do artigo 113, o direito de propriedade é garantido sob a ressalva de não poder ser exercido contra o interesse social. Mas o que devemos entender por isso, di-lo o mesmo inciso quando, a seguir, estabelece como requisito para a legitimidade da desapropriação, a indenização por utilidade ou necessidade pública, no próprio caso em que ele se torna imprescindível por motivo de guerra. O direito de propriedade pode sofrer restrições outras, como as determinadas por necessidades de ordem higiênica, ou estética, mas é evidente que, se o Estado não se pode apropriar, sem indenização, das coisas tombadas, que sejam objeto de propriedade particular, muito menos terá o poder de, no interesse delas, condenar os particulares aos prejuízos a que ficarão sujeitos por força do artigo 19 do projeto. Este artigo impõe-lhes uma servidão que lhes depreciará a propriedade, e tal seja a hipótese, poderá equivaler à perda completa dela". (ACI-RJ. Jornal do Comércio, 3 de agosto de 1937).

Interessante observar o entendimento diverso dado aos bens tombados e àqueles que constituiriam sua área envoltória. No primeiro caso, pelo tombamento se reconheceria o valor de algo como bem cultural e, em função disso, a medida foi considerada como mera limitação não indenizável (o titular do domínio a suportaria em virtude de haver no caso um interesse maior, comum a todos). Esse entendimento não se estendeu aos imóveis que configurariam a área envoltória: provavelmente os parlamentares não enxergaram fundamentos que dessem base às limitações, pois nesses imóveis não haveria propriamente um valor reconhecido. Dessa forma, a proibição de construções novas nas proximidades de coisa tombada que viessem lhe prejudicar a visibilidade foi entendida pela CCJ como um completo esvaziamento do direito de propriedade e, assim, a produção dos efeitos prescritos pelo artigo 19 foi tida como restrição não justificada, uma retirada completa do conteúdo do direito de propriedade e, por isso, sujeita a indenização.

A partir do que impunha o texto oferecido originalmente para o artigo 19, a Comissão de Educação e Cultura, acatando parecer da CCJ, indicou uma nova redação para o artigo:

> Art. 19 – Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá fazer, na vizinhança da coisa tombada, construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem colocar anúncios ou cartazes. (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 239, de 1937. Senado. Emenda n. 6).

A proposta do Senado trazia, em resumo, três alterações para o artigo. A primeira delas foi uma inversão da ordem da frase: no original, o texto inicia com a proibição de construções que prejudicassem a leitura do bem tombado, seguido pela exceção trazida pelo trecho "salvo

---

coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, *mediante prévia e justa indenização*. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior*"*. (BRASIL, Constituição Federal, 1934, grifo nosso).

autorização expressa do Serviço do Patrimônio...". Isso se inverteu na proposta dos senadores, que colocam no começo da frase a condição capaz de elidir a proibição. Com isso, o texto deixava claro de início que o caráter da prescrição negativa não era absoluto. Em todo caso, a nosso ver, tanto uma quanto a outra das redações, no trecho analisado, trazem o mesmo conteúdo, mas certamente a inversão serviu para dar maior clareza ao texto.

Uma segunda alteração foi a substituição do termo "proximidades", do texto original, por "vizinhança". Numa disputa para dar sentido às palavras, poderia ser plausível a defesa de que "proximidade" pudesse abarcar um número maior de imóveis do que "vizinhança", se esta fosse considerada apenas como composta por imóveis realmente adjacentes ao bem tombado. Tomada esta interpretação, haveria uma redução no número de imóveis passíveis de serem considerados como de área envoltória. Márcia Sant'Anna (2015, p. 116-7) entende também que o termo "vizinhança" poderia ser entendido como algo restrito à contiguidade do bem. Seja como for, levando em conta os argumentos dos senadores, que mostravam indignação quanto ao fato de impor ônus a imóveis não classificados como patrimônio, é de estranhar a aceitação desta imposição a qualquer número de imóveis que fosse.

Por fim, a terceira mudança foi a retirada da sanção imposta pelo não cumprimento da prescrição do artigo (não construir obras ou colocar obstáculos que pudessem interferir na ambiência do bem e submeter as alterações à apreciação do Serviço do Patrimônio). Talvez aí resida a chave para a compreensão da neutralização que os senadores contrários à proposta tentaram imprimir, visto que a eficácia da norma restaria comprometida sem a sanção para o descumprimento de sua prescrição. Com a redação proposta, é pela perda da eficácia da norma (ou, precisamente, dos meios para sua garantia) que o artigo poderia ser considerado letra morta.

Importante adiantar que a redação proposta pelo Senado (posteriormente acatada pela Câmara dos Deputados, quando do retorno do projeto de lei) foi parcialmente acolhida no produto final, o decreto-lei nº 25 – que agora, como decreto-lei, não carregava o ônus de ter que acatar qualquer emenda que lhe tivesse sido atribuída no processo legislativo: RMFA incorpora a inversão da frase e a substituição do termo "proximidade" por "vizinhança"; retoma, contudo, a sanção original ("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") (Decreto-lei nº25, de 1937), demonstrando consciência acerca da fragilidade e baixa eficácia que a proposta parlamentar imprimia ao texto normativo.

Para finalizar as observações do Senado, a casa sugeriu que fosse acrescido, onde coubesse, um artigo falando sobre as missões arqueológicas e etnográficas[123], sugestão não acolhida no decreto-lei nº 25.

Em setembro de 1937, a proposta do Senado regressou à Câmara, que acatou todas as alterações com o seguinte parecer:

> [...]
> São oito emendas daquele órgão do poder federal [Senado]. Não há senão louvá-las. Todas elas melhoram os dispositivos do projeto enviado pela Câmara. Não há alterações de fundo, mas, sobretudo lapidação de forma.
> Completam-se algumas providências quando, pelas emendas 7 e 8 se regula a atividade das missões arqueológicas ou etnográficas no território nacional e a reconstrução, por iniciativa do governo de bens do Patrimônio Histórico em mão de particulares. As restrições de direitos que se verificam nestas emendas, não vão além das que decorrem do próprio projeto.
> Mas são constitucionais. A carta de 34, no artigo 148, cometeu ao poder público federal, estadual e municipal a missão de "proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país"; no artigo 113, n. 17, condicionou o direito de propriedade às exigências do interesse social ou coletivo. E de toda ela, resume o pensamento de fazer preponderar o interesse público sobre o particular. A lei pode, assim, estabelecer as limitações aí consignadas.
> Somos pela aprovação das emendas do Senado. (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 239, de 1937. Parecer. Apud PL nº 511/1936).

O processo chegava à sua fase final quando advém a ditadura do Estado Novo varguista. Na ocasião, o Ministro Gustavo Capanema submete ao presidente uma nova exposição de motivos, na qual afirma:

> Vossa Excelência apresentou o projeto ao Poder Legislativo em 15 de outubro de 1936. Na Câmara dos Deputados não se lhe fez emenda. O Senado Federal introduziu-lhe algumas pequenas modificações. A 10 do corrente mês de novembro, quando se decretou a nova Constituição, estava o projeto em fase final de elaboração, de novo na Câmara dos Deputados.
> Retomando agora o projeto inicial, julguei de bom aviso nele incluir, com uma ou duas exceções, as emendas do Senado Federal, e ainda uma ou outra nova disposição com o que se lhe melhorou o texto.
> O projeto de decreto-lei, que ora tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência é, assim, o resultado de longo trabalho, em que foram aproveitadas as lições e os alvitres dos estudiosos da matéria". (SPHAN/Pró-Memória, 1980, p. 72-3).

E com isso termina a trajetória legislativa que dá origem à nossa lei de tombamento, publicada em 30 de novembro de 1937 como um dos primeiros decretos-lei expedidos pelo

[123]Art. xx – As missões arqueológicas ou etnográficas só poderão exercer atividade no território nacional com prévia autorização da Diretoria do Departamento, sob pena de apreensão de todo o material colhido e sem prejuízo de outras sanções em que incorrerem.§1º - Em se tratando de missões particulares, o Governo se reservará sempre o direito de haver para os museus as peças ou objetos que entenda convenientes, mediante indenização razoável.§2º - Em se tratando de missões oficiais estaduais ou estrangeiras, poderá o Governo reservar-se igual direito, e também o de exigir duplicatas de todas as peças ou objetos, arquivos documentais e ficheiros. (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 239, de 1937. Apud PL nº 511/1936).

Estado Novo. De fato, Capanema estava correto ao dizer que havia agregado algumas das sugestões das casas parlamentares ao projeto final que submetia ao presidente. Pouca coisa fora alterada e houve uma ou outra remodelação de texto. Do que se pode analisar de mais substancial, os agentes do IPHAN agregam o termo "monumentos naturais" ao §2º do artigo 1º, possibilitando uma definição mais abrangente para o que poderia ser tombado e, por consequência, ser alçado à categoria de patrimônio histórico e artístico.

O polêmico artigo sobre a área envoltória, como vimos, teve a redação do Senado parcialmente acolhida. No entanto, o cerne da proposta do IPHAN foi o que prevaleceu, e a imposição de sanções para construções nas áreas envoltórias que não fossem apreciadas pelo Instituto reforçava a concepção de proteção aos bens tombados que o IPHAN buscava implantar.

Se no processo legislativo podemos avaliar muito sobre o debate a partir das polêmicas levantadas, também é verdade que podemos fazê-lo pelos silêncios havidos. À exceção de proposta de emenda na Câmara, sequer acolhida, de que o tombamento seria passível de indenização, é bastante curioso que, se o artigo 19 chamou atenção para restrições – tidas por injustas - a quem sequer seria proprietário de um imóvel tombado, bastando estar perto de um deles, nada tenha sido dito pelos parlamentares sobre o artigo 18[124], que carrega um dos principais efeitos do tombamento. Esse artigo impunha restrições da mesma monta ou mais onerosas, evidentemente, do que aquelas colocadas para os imóveis nas áreas envoltórias. No entanto, tais ônus e restrições, por incidirem propriamente sobre o bem tombado, não foram entendidos como "injustos" ou mesmo suscetíveis de indenização, à exceção da voz dissonante na Câmara dos Deputados, como já afirmamos. As teorias moldadas para fundamentar este novo instrumento, que podem ser vistas sobretudo nos casos de tombamento que se judicializaram - mas também em situações semelhantes, como os discursos que analisavam a contemporânea norma de desapropriação (decreto-lei nº 3365, de 1941) -, basearam-se em conceitos como a função social da propriedade mas, principalmente, na afirmação da superioridade do interesse público face ao privado -, e ao fato de que o tombamento trazia apenas novos contornos ao direito de propriedade, sem,

[124] "Art. 18 – 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 Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de 50% do dano causado. Parágrafo único – Tratando-se de bens pertencentes à União, os Estados ou aos Municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa". (Arquivo da Câmara dos Deputados. Redação n. 239/1937).

contudo, elidi-lo. Tratava-se, assim, de uma restrição suportável em razão de um interesse maior.

Tem se atribuído à Constituição de 1934 a inauguração de uma nova forma de entender o direito de propriedade, a partir de seu condicionamento ao interesse social ou coletivo. Assim, é de supor que a inovadora e importante incursão infraconstitucional sobre este direito, sempre tão guardado e defendido, não fosse passar despercebida ou ao menos despertasse discussões mais intensas. Como pudemos perceber dos debates (dentro e fora do processo legislativo) e dos apontamentos feitos ao texto, o ponto que despertou maiores interesses relacionava-se ao tombamento dos bens móveis e do mercado que representavam (normalmente o mercado de obras de arte). Entretanto, neste processo de composição da norma, é curioso observar que em relação às restrições sobre os bens imóveis propriamente tombados (exclua-se, portanto, imóveis na área envoltória), a discussão foi bastante morna. Na Câmara foi suscitada a partir do posicionamento de um único parlamentar; no Senado, sequer foi levantada. O tombamento, neste caso, foi perfeitamente absorvido e entendido, na forma como proposto, como parte da nova ordem constitucional.

Na exposição de motivos, Capanema também alude a alguns acréscimos feitos após a tramitação no Congresso, no momento da propositura do texto como decreto-lei. Foram essencialmente dois e resultaram nos artigos 20 e 21:

> Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência.
> Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Terminado o processo legislativo – que trouxe algumas contribuições para a versão final que conhecemos do decreto-lei – e iniciados os tombamentos no recém-criado órgão de patrimônio, não tardaram algumas movimentações para que a lei fosse complementada ou regulamentada, o que era uma previsão constante de seu texto original (BRASIL, Decreto-lei nº 25, de 1937, Art. 4º, §2º)[125].

[125] "Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei".

As transformações sofridas pelo tombamento não devem ser medidas apenas a partir de eventuais alterações do próprio decreto-lei que o institui, o que se deu apenas com o recente Código de Processo Civil, de 2015, que revogou o artigo 22, referente ao direito de preferência; antes, é importante observar outras disposições de nosso ordenamento jurídico que, de alguma maneira, o impactaram. Substancialmente, podemos falar em três importantes, frutos de um decreto-lei e de uma lei, nos dois primeiros casos, e da superveniência da Constituição, no terceiro. A primeira se deu logo em 1941, com o decreto-lei nº 3.866[126], que dispõe sobre o cancelamento do tombamento; a segunda, a lei nº 6.292, de 1975, que fala sobre a necessidade de homologação do tombamento pelo Ministro da Educação e Cultura e, por fim, a Constituição de 1988. Claramente, as duas primeiras retiraram parcela do poder do IPHAN para decidir e atuar sobre todo o processo de escolha e consagração do patrimônio nacional e elas foram, em grande parte, resultantes de conflitos de interesse internos aos diversos órgãos do poder público. Por fim, a Constituição de 1988, ao definir patrimônio em seu artigo 216, alargando as possibilidades até então normatizadas, consagra a maior das mudanças que, no entanto, já vinha ocorrendo em razão da prática cotidiana do Instituto. O decreto-lei, como norma anterior à nova ordem constitucional, foi recepcionado por nossa Carta Maior; no entanto, a Constituição o recebe e também o amplia, no ponto em que passa a dizer o que é patrimônio no Brasil. É também apenas depois dela que se começa o movimento para normatizar parte daquilo que vinha desafiando o decreto-lei nº 25 e que tem a ver com as dimensões explicitamente imateriais que se desejava verem preservadas como patrimônio.

A pouca quantidade desses dispositivos legais de alteração de uma norma tão longeva não pode ser considerada indício de que o decreto-lei era perfeito e acabado, mas, como mostrou Márcia Sant'Anna (2015), é fruto de um trabalho de blindagem deste dispositivo, forjado dentro do próprio órgão, que se fechava como forma de autopreservação e de sustentação de seu trabalho. Neste sentido, por algumas vezes houve movimentações internas que enunciavam a consciência, por parte dos técnicos, não somente de lacunas no decreto-lei, mas também da própria insuficiência da lei de tombamento: inicialmente, constataram-se omissões ou dificuldades no procedimento, como o caso das notificações para tombamento

[126] *"Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937".*

de conjuntos urbanos; em outras situações, evidenciou-se a questão da não divisão dos ônus decorrentes da preservação do patrimônio. Algumas tentativas para suprir tais deficiências – ou regulamentar o decreto-lei – foram feitas, sem que se tivesse chegado a qualquer termo.

Em 1940, menos de três anos após ter sido publicado o decreto-lei nº 25, e dois anos após terem se iniciado os primeiros tombamentos, a equipe do patrimônio se empenhava na construção de um anteprojeto que deveria originar um novo decreto-lei - agora para tratar mais especificamente dos conjuntos urbanos[127] (detalhando o processo de tombamento de áreas urbanas e principalmente resolvendo os problemas das notificações) - e também um decreto de regulamentação do decreto-lei nº 25. Este último visava normatizar vários procedimentos que não couberam na norma, como tamanho dos livros do tombo, necessidade de assinatura do diretor em alguns atos, detalhamento do trâmite para tombamento voluntário, definição de alguns conceitos (como obra de arte arqueológica); nada que alterasse a essência do ainda tão novo decreto-lei 25. Muito provavelmente feito em conjunto com o anteprojeto citado acima, que regulamentava o tombamento de conjuntos urbanos, o projeto de regulamentação aqui apresentado incluiu a Sessão *Das cidades-monumentos*, além de outra intitulada *Do processo das infrações*. Este, o projeto de regulamentação, ao que consta dos documentos lidos no Arquivo Central do IPHAN (Caixa Legislação 001; pasta 001), foi elaborado por Prudente de Moraes Neto, também bacharel em Direito e que por algum tempo colaborou com o órgão. Concluídos os projetos, mais uma vez RMFA recorreu a seus contatos: Plínio Travassos, Carlos Medeiros (ou Carlito, como a ele se referia Rodrigo) e Luiz Gallotti.

Infelizmente, neste caso não encontramos no Arquivo Central do IPHAN as respostas aos chamados feitos por Rodrigo. O que teriam pensado Carlos Medeiros, Luiz Gallotti? Não sabemos. Quanto a Medeiros, sua função como editor ou redator de importantes revistas do período, a *Revista de Direito Administrativo* e a *Forense*, que serão analisadas no próximo capítulo, podem nos dar algumas pistas do que pensava sobre o decreto-lei. Outros deles puderam ser vistos na defesa da causa em virtude mesmo da função pública que ocuparam e das atribuições inerentes à mesma – e esse é o caso de Luiz Gallotti, que atuou no famoso caso do Arco do Teles, na qualidade de 2º procurador da República (assim como Plínio

[127] As alterações de 1940 são bem detalhadas no livro de Márcia Sant'Anna, *Da cidade-monumento à cidade-documento*, ao qual sugerimos a leitura, porque versam em grande parte das especificidades desse tipo de tombamento.

Travassos, na mesma condição de procurador). De qualquer forma, as respostas pessoais a essa consulta de Rodrigo não puderam ser conhecidas.

Foram várias outras tentativas, internas e externas, de alteração da norma. As internas nunca foram concluídas, segundo Sant'Anna (2015), pelo receio da própria entidade de que a norma poderia ser desvirtuada num eventual processo legislativo, ainda que internamente se reconhecessem certas deficiências; era preciso, assim, sedimentar a ideia de preservação e seu instrumento, para que o risco não se concretizasse. Já as tentativas externas, constituídas por projetos de lei que tramitaram no Congresso, nunca foram concluídas.

As iniciativas de remodelar a norma, ainda que inconclusas, mostram que por trás do texto da lei havia uma realidade não completamente ajustada a ela, em movimento, e que em muitos aspectos revelava incompletudes, insuficiências e desarranjos. Evidentemente, várias dessas situações revelam ainda disputas, subjacentes à dinâmica entre preservar e destruir. Para Márcia Sant'Anna (2015, p. 26):

> [...] a sobrevivência da legislação parecia vincular-se menos a seus méritos intrínsecos e mais ao favorecimento da continuidade de uma prática sedimentada na agência governamental que serve à manutenção de certas relações de poder e possibilita a inserção estratégica do produto de seu discurso nas mais variadas situações políticas.

De fato, o IPHAN cercou-se de cuidados na manutenção (ou preservação) do tombamento[128], o que não tira os méritos desta importante ferramenta, embora possa ter retardado a construção de outros instrumentos jurídicos que viessem a complementá-lo; como instrumento praticamente único, o tombamento seguiu exitoso sua trajetória como o principal meio de reconhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional

A construção pré e "legislativa" foi importante para, enfim, introduzir no mundo jurídico um dispositivo que pudesse, com eficácia jurídica, dar conta da proteção do patrimônio nacional. No entanto, não devemos esquecer que ele ingressava como parte de uma realidade constitucional relativamente nova quanto ao tratamento da propriedade e que os pontos de contato desta norma com o mundo e a realidade dos fatos ainda reservava expectativas quanto à fixação de seu sentido e de seu alcance, como abordaremos no próximo capítulo.

[128] E com isso a garantia de ser ele mesmo, IPHAN, o lugar autorizado para lidar com o patrimônio nacional.

CAPÍTULO 3

A INTERPRETAÇÃO FIRMANDO SENTIDOS

Se a lei deve dobrar-se às realidades, necessidades ou conveniências da hora presente, os processos de interpretação deixam de ser meios e instrumentos de verificação da lei, para serem instrumentos de sua morte. Onde mais a autoridade da lei, se ela deve ceder à autoridade dos fatos? Onde o seu império, se ela deve curvar a cabeça ao império das utilidades ou conveniências mais ou menos transitórias?
Francisco Campos

A criação de leis, como sabemos, está vinculada à realização do adequado processo legislativo, que implica a observação de competências, quóruns, sequências, discussões e outras formalidades. Como vimos no capítulo anterior, a construção do decreto-lei nº 25 tem início a partir do cumprimento de determinado rito e conclui-se por outro, onde a nova ordem constitucional do incipiente Estado Novo franqueava ao Poder Executivo a possibilidade de produzir normas com força de lei. De certa forma, a lei, terminado seu processo legislativo, está ainda no início de uma trajetória que potencialmente pode lhe moldar e transformar. É pelo seu uso e suas interpretações que os sentidos abstratos – em graus variavelmente maiores ou menores -, vão se preenchendo. Na concepção de autores como Guastini (2005) e Grau (2009), conforme tratamos na Introdução deste trabalho, é neste momento que o texto normativo se converte na norma propriamente dita. Não é difícil enxergar que o decreto-lei nº 25 estava prenhe de sentidos a serem construídos (o que é memorável? Excepcional? Vizinhança...). Devemos considerar, aqui, além das subjetividades contidas, também a inovação no trato com a propriedade, que por permissão da Lei Maior, passava a ser regulamentada infraconstitucionalmente. Enfim, a prática e o dia-a-dia de aplicação da lei prestaram-se à cristalização de certos conceitos e não são poucas as obras que competentemente demonstraram como a atuação do órgão e dos técnicos do patrimônio, em suas atribuições, contribuíram para dar concretude à norma (por exemplo, ver CHUVA, 2009; RUBINO, 1992; MICELI, 1987), criando e naturalizando um determinado tipo de patrimônio que por muito tempo se confundiu com o patrimônio edificado e, dentre este, por alguns estilos de arquitetura e tipologias ou programas específicos de construção[129]. Queremos, aqui, mostrar outro caminho, também interpretativo, que contribuiu para traçar os contornos do decreto-lei, dando a ele definições mais precisas: não o trilhado pelos profissionais do IPHAN, em sua maioria arquitetos, mas o dos juristas, em suas diversas ocupações, principalmente por meio da construção doutrinária e jurisprudencial que

[129] Essa construção, fundada na eleição do que se escolhia como patrimônio, foi feita no dia-a-dia do trabalho técnico e na ausência da regulamentação que, embora prevista no decreto-lei nº 25, nunca aconteceu: "Art. 4º, § 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei". (Decreto-lei nº 25, de 1937).

empreenderam - e não necessariamente apenas sobre o tombamento, mas também sobre conceitos como o de interesse público, social ou coletivo, ou ainda de função social da propriedade, identificando quais serviram de esteio para que o tombamento pudesse ser juridicamente defendido.

É comum que se aponte como pano de fundo ou cenário para a criação e aplicação do tombamento o embate entre o interesse público ou coletivo, de um lado, e os direitos de propriedade, no outro extremo; ainda, atribui-se sua viabilidade a partir da adoção do conceito, então recente, de função social da propriedade. Tentaremos aprofundar a questão, buscando ainda entender como argumentos de defesa ou desconstrução do tombamento foram manejados por aqueles que tinham no Direito seu instrumento de ação. Há outra questão a ser resolvida: se pensarmos numa norma tão longeva quanto o decreto-lei 25, inevitável que à primeira vista se estranhe as poucas alterações ao longo do tempo[130] – sobretudo incidindo em seara tão espinhosa, a propriedade, cuja capacidade de mobilização no campo jurídico é e sempre foi inegável. Nesse sentido - e constatando a quantidade de questões ainda hoje não pacificadas ou até mesmo pouco compreendidas quando se trata de tombamento – acreditamos que o instrumento tenha ficado de certa forma à margem das grandes discussões do Direito nos primeiros anos após sua criação (devemos frisar, uma época de intensa produção legislativa, bem como de grandes transformações conceituais no âmbito jurídico). Temas mais amplos nos quais o tombamento se encaixava – como a propriedade – eram assuntos na ordem do dia, mas foram discutidos em grande medida a partir de situações envolvendo outros instrumentos jurídicos, como a desapropriação. Tentaremos, assim, identificar os motivos desse silêncio, não obstante o potencial de impacto que uma norma com esse escopo apresentava.

A importância dos arquitetos para a construção do patrimônio no Brasil é bastante conhecida, bem como o lugar de atuação desses agentes, alocados na instituição de patrimônio; no caso dos bacharéis, o campo foi bem mais disperso. Lembremos que Rodrigo tinha formação em Direito e, não obstante tenha ocupado praticamente a totalidade de sua vida profissional (e de sua própria vida) em um posto que, a princípio, não era necessariamente ou exclusivamente voltado para detentores de conhecimentos jurídicos, obviamente em vários momentos valeu-se não só deles, mas também das relações que tinha no meio para advogar pela causa. O primeiro desses exemplos foi visto no capítulo anterior, quando o diretor não

[130] A referência se faz, principalmente, às emendas e revogações constantes do próprio corpo da lei.

só redigiu o projeto que resultou no decreto-lei nº 25, mas também o submeteu ao crivo de juristas de seu convívio. Ao longo de toda sua trajetória, em vários momentos recorreu a seus contatos e junto a eles diligenciou para defender sua lei, fosse em casos judiciais, dando instruções a peritos, advogando internamente nos eventuais conflitos surgidos entre os órgãos públicos, ou mesmo garantindo, nos textos constitucionais, as medidas que o IPHAN (ou ele mesmo) entendia necessárias para a proteção do legado cultural. No entanto, essa construção jurídica do patrimônio não foi, obviamente, ação exclusiva de Rodrigo e de seus contatos mais próximos. Transbordando o campo de atuação profissional do diretor e de seu círculo de amizade e confiança, muitos outros profissionais foram chamados a atuar sobre a questão, mormente em virtude dos postos que ocupavam: eram os consultores jurídicos dos Ministérios[131] (e aqui, do de Educação), eventualmente o Consultor-Geral da República, procuradores - todos esses tomando apenas a estrutura burocrático-administrativa. Fora dela, os agentes que atuaram em conflitos judiciais, como os advogados da parte, os juízes e os procuradores – estes fazendo parte da estrutura administrativa, mas atuando no âmbito do Judiciário em razão da competência funcional, que lhes impõe a defesa judicial da União. Ainda ajudando a consolidar as abordagens jurídicas sobre o tema, podemos pensar em eventual trabalho de juristas, doutrinadores, advogados pareceristas, que escreviam sobre o assunto – notadamente a partir da publicação de obras monográficas ou textos nas revistas especializadas -, contribuindo, assim, para difusão do debate e a cristalização de sentidos para o texto normativo.

Tomando individualmente os sujeitos de quem sabemos terem contribuído com Rodrigo Melo Franco ou com questões afins ao tombamento, vemos que não raramente os postos assumidos variaram com o tempo e com o galgar de cargos em mais altos escalões, não desconsiderando também os nomes que se enveredaram pelos rumos da política. Nos anos 50, mais uma vez Rodrigo está entre advogados para uma tentativa de revisão do decreto-lei nº 25. Ver os nomes atuantes na comissão formada, cuja função era auxiliar o diretor, permite-nos uma ideia de como esses personagens surgiam pontualmente vez ou outra (em alguns casos, por conta da proximidade ou amizade com Rodrigo; em outros, também em razão das competências funcionais dos cargos que ora assumiam). O mineiro Gabriel de

[131] A lei nº 378, de 1937, que deu nova organização ao Ministério de Educação e Saúde Pública, por ela denominado Ministério de Educação e Saúde – a mesma que cria o IPHAN, como vimos no capítulo anterior – criou entre os órgãos de direção, os órgãos complementares, dentre os quais estava o Serviço Jurídico. Pelo artigo 22 da referida lei, a este Serviço incumbia, "nos trabalhos do Ministério, o estudo de toda a matéria que envolva indagação de natureza jurídica". Criava, ainda, pelo artigo 72, apenas um cargo de consultor jurídico.

Resende Passos[132] era amigo de longa data de Melo Franco, um dos intelectuais da Rua Bahia ao qual se referiram Schartzman, Bomeny e Costa (2000); em 1945, após renunciar à Procuradoria-Geral da República, elegeu-se deputado por Minas Gerais na Assembleia Nacional Constituinte, seguindo na política até 1961, quando passou a ocupar, como titular, a pasta das Minas e Energia. Num breve intervalo de sua vida política, de 1951 a 1954, advogou na capital federal, e nesse momento foi chamado a auxiliar na tentativa de revisão e regulamentação do decreto-lei nº 25. Além de ter colaborado na comissão formada para tanto, sua posição anterior como Procurador-Geral da República o habilitou a funcionar em alguns casos judiciais envolvendo o IPHAN, tendo tido destaque no famoso litígio do tombamento do Arco do Teles, logo no início dos anos 40.

Carlos Medeiros Silva, mais um mineiro - cunhado do Dr. Pedro Baptista Martins, que havia auxiliado Rodrigo na elaboração do texto que originou o decreto-lei nº 25 - foi um jurista[133] que dedicou grande parte de seu trabalho e produção ao direito público. Em 1936, sete anos após formado, tornou-se chefe de Gabinete na Secretaria de Educação do Distrito Federal; em 1939, promotor público também na capital. Assumiu funções importantes, que sempre o mantiveram perto da advocacia pública, como a assessoria do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público, criado por Getúlio Vargas em 1938) e a chefia de gabinete do Ministério da Justiça (1944). Em 1951, tornou-se Consultor-Geral da República; em 1957, Procurador-Geral e, em 1965, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ao sair da Suprema Corte, assumiu o cargo de Ministro da Justiça, tendo atuado ativamente no projeto que resultaria na Constituição de 1967. Medeiros também concebeu e dirigiu a *Revista de Direito Administrativo* (*RDA*), a partir de 1945, e foi o redator chefe da *Revista Forense* no período de 1935 a 1965. Nesta posição de redator e, inúmeras vezes, de colunista (com certeza um dos que mais escreveu, entre seus contemporâneos, ao longo das edições da *RDA*), teve a oportunidade de trazer temas de grande importância para um direito público em crescente expansão.

Por algumas vezes os caminhos de Rodrigo, de Medeiros e da preservação do patrimônio se cruzaram. Pelos registros encontrados, inicialmente ocorreu nos anos 40, quando Medeiros

---

[132] Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/gabriel-de-resende-passos>. Acesso em 19 jun. 2018.

[133] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro>. Acesso em 20. Jun. 2018. Também em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/carlos-medeiros-silva>. Acesso em 19 Jun. 2018.

recebe pedido de Melo Franco para que apreciasse projeto prevendo sanções para quem destruísse o patrimônio histórico e artístico, elaborado por Prudente de Moraes Neto. Sabe-se que tal pedido também foi endereçado a Luiz Gallotti, que posteriormente será visto, como procurador da República, atuando na defesa de casos judiciais envolvendo o IPHAN, bem como a Plinio Travassos. Por pelo menos mais três vezes Rodrigo esteve com Carlos Medeiros para tratar do assunto; no mesmo período em que apreciava o projeto elaborado por Prudente de Moraes, Medeiros incorporava ao projeto de lei de desapropriação, em que trabalhava, as sugestões de seu amigo:

> Da elaboração do anteprojeto (DO de 7/8/40) da lei de desapropriações participei como Secretário do Ministro da Justiça e solicitei e recebi sugestões do saudoso Diretor do então Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; entre estas foi acolhida a que passou a constituir o texto citado da lei de desapropriações ainda vigente. (RDA, 1972, v. 108, p. 431).

A sugestão a que Medeiros se refere foi a previsão das alíneas *k* e *l* do artigo 5º do decreto-lei nº 3.365, de 1941, que estabelecem situações ligadas ao patrimônio cultural como passíveis de serem classificadas como casos de utilidade pública[134], habilitando que imóveis nessas condições pudessem ser desapropriados pelo poder público.

Em 1953, como vimos, novamente uma comissão foi formada para revisar o decreto-lei nº 25. Nesta oportunidade, Carlos Drummond de Andrade faz alguns apontamentos, sugerindo a instituição de diversas categorias de tombamento, de acordo com a valoração de cada esfera (um embrião da classificação que distingue a importância de acordo com os entes federativos a encamparem os processos de tombamento); a fixação de gabaritos para o entorno dos bens tombados; a necessidade de resolver a situação dos conjuntos urbanos, de modo a reduzir as impugnações; e a previsão de isenções fiscais aos imóveis classificados (ACI-RJ. Caixa Legislação 001, Pasta 001). Desta comissão, também participaram o próprio Rodrigo, Gabriel Passos (como já citado), Saboia de Medeiros (o relator, que foi um dos advogados a quem Rodrigo encaminhou, no final dos anos 30, seu anteprojeto de lei para apreciação), Seabra Fagundes, o secretário executivo Oscar B. Tavares e Carlos Medeiros Silva, que assim falou sobre ela:

> Já em 1953, uma Comissão Especial foi instituída, no Ministério da Educação e Cultura, para cuidar da revisão do decreto-lei nº 25. Dela fiz parte, juntamente com o Diretor do SPHAN, Rodrigo M. F. de Andrade, Gabriel Passos, Saboia de

[134] "Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico".

> Medeiros e M. Seabra Fagundes. Nesta oportunidade, o ilustre Diretor comunicou-nos as dificuldades encontradas para a execução da lei e os pontos capitais de sua pretendida reforma[135]. (RDA, 1972, v. 108, p. 434).

Por fim, já às vésperas de sua aposentadoria, Rodrigo esteve com Medeiros – o grande mentor da Constituição de 1967 -, para sugerir que constasse dessa Constituição, que então se elaborava, uma medida que entendia favorável para a defesa do patrimônio. Nas palavras de Medeiros:

> A redação atual[136] resulta da emenda sugerida ao anteprojeto da Constituição elaborado pela Comissão Especial de Juristas, em 1966, por Rodrigo Melo F. de Andrade, o saudoso Diretor do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e feita a mim, como Ministro da Justiça e Negócios Interiores incumbido de elaborar e dar redação final ao Projeto de Constituição. Acolhi a emenda não só em homenagem a seu autor, cujos serviços inestimáveis à causa de defesa do patrimônio histórico e artístico do país jamais poderão ser esquecidos, como sua inspiração e conteúdo. Na mesma oportunidade aceitei, vinda da mesma fonte, emenda sobre a nomeação de Prefeitos de cidades incorporadas pelo tombamento ao patrimônio histórico e artístico nacional. (RDA, 1972, v. 108, p. 429-30).

Pela emenda, a exata sugestão de Rodrigo era dada no parágrafo 1º do artigo 15:

> Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:
> a) Da Assembleia Legislativa, os Prefeitos das capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual, *assim como das cidades incorporadas mediante tombamento ao patrimônio histórico e artístico nacional* (Anteprojeto da Constituição de 1967, Diário do Congresso Nacional, de 13 de dezembro de 1966, p. 1052[137], grifo nosso).

Ao final, a proposta não vinga e o parágrafo 1º do artigo 16 do texto final de 1967 previu apenas a nomeação pelo Governador, com aprovação da Assembleia, dos Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual. A proposta de Rodrigo Melo Franco apontava no sentido de menor autonomia para os municípios detentores de patrimônio reconhecido, visto que os prefeitos, à exceção dos das capitais e dos municípios considerados estâncias hidrominerais, eram eleitos diretamente pelo povo.

Tal como Gabriel Passos, Carlos Medeiros - ou Carlito, como o chamava o Diretor do Patrimônio - fazia parte do círculo pessoal de Rodrigo. No discurso de despedida de Medeiros do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Vitor Nunes Leal assim relembrou os

---

[135] Infelizmente não tivemos acesso a outras fontes que pudessem esclarecer quais teriam sido tais dificuldades, bem como os pontos capitais a serem incorporados na reforma.

[136] Aqui, Medeiros refere-se ao artigo 172, parágrafo único da Constituição de 1967: "Art. 172 - O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

[137] Disponível em <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 26 jun. 2018.

lugares de memória da juventude, que pertenceram a ambos, pois fora acolhido pela irmã de Medeiros em 1932 (momento em que conhece o então homenageado):

> O rapazinho caipira de Carangola [Vitor Nunes refere-se a ele mesmo] sentia-se deslumbrado e atônito naquela roda, onde flamejavam inteligências invulgares como Francisco Campos, fulminante na visão de conjunto e a dialética; *Pedro Martins*, capaz de dominar em poucos dias o assunto que mais ignorasse; Sobral Pinto, que nunca separou a poderosa cabeça da sensibilidade vibrátil, embainhando o florete justiceiro no próprio coração, *Rodrigo Melo Franco de Andrade***,** a imagem da lucidez e do equilíbrio; *Sabóia de Medeiros***,** muito mais falado que presente, porque era difícil arrancá-lo de sua prodigiosa biblioteca; Alberto Campos, impiedoso no corte satírico; Aníbal Machado, boêmio-patriarca que fazia de sua casa um trepidante clube de intelectuais em sessão permanente; e tantos outros, que seria longo evocar (RDA, 1966, v. 85. Discurso do Ministro Vitor Nunes Leal, p. 411; grifado, além do próprio Rodrigo, nomes que frequentavam também o círculo de Carlos Medeiros e que, em algum momento, colaboraram com a causa do patrimônio).

Mas, se podemos encontrar mais facilmente os arquitetos que deram ao patrimônio os contornos que o configuraram por muito tempo, com os juristas há uma rede bastante difusa de atuação. Para além daqueles "defensores da causa" - fosse por conta de suas relações pessoais e do apoio dado ao amigo ou em razão dos postos que os vinculavam a ela – temos os agentes externos, como juízes, advogados de litigantes que contestavam os tombamentos, ou mesmo pareceristas e colunistas (em síntese, produtores de doutrina), que divulgavam seus entendimentos e interpretações acerca do tema. Em qualquer caso, fosse o lado em que estivessem – e nesse sentido as batalhas judiciais são ótimas fontes para compreensão desse campo -, o embate ou as discussões geradas inevitavelmente serviram para dar forma ao decreto-lei e, por isso, todos esses agentes têm sua importância como construtores da norma de preservação.

Para a compreensão da construção jurídica do patrimônio histórico e artístico brasileiro há, portanto, um grande manancial onde possíveis fontes podem ser manejadas. Para além das contribuições pessoais, temos os lugares institucionais, que representam um campo amplo a ser considerado: procuradoria, consultoria, assessoria jurídica do Ministério[138], bem como

[138] Não identificamos nos arquivos do IPHAN e nem na estrutura administrativa, analisada por meio de suas normatizações, uma assessoria específica para o IPHAN em seus primeiros anos. Como vimos acima (nota 130), a lei nº 378, de 1937, cria um Serviço Jurídico não somente para o IPHAN, mas para atender a todo o Ministério de Educação e Saúde – o que se justificaria pelo tamanho dos órgãos administrativos naquele momento. Somente a partir de 1985, época da SPHAN/Pró Memória (sendo SPHAN uma Secretaria), passamos a identificar na estrutura do próprio órgão de preservação a presença de uma Coordenadoria Jurídica (Portaria MinC 284, de 17 de julho de 1986 e Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986, que regulou as atividades da Advocacia Consultiva da União no Poder Executivo). De 1990 a 1994, único período em que o IPHAN abandona seus qualificativos de "histórico e artístico nacional" e passa a se chamar IBPC (Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural), pudemos identificar uma Procuradoria Jurídica assessorando a autarquia (decreto nº 99.602, de 13 de outubro de 1990). A partir de 1994, tornando-se Instituto – posição que se mantém até hoje – e com a reestruturação das carreiras dos quadros da AGU – Advocacia Geral da União -, ocorrida a partir de

os tribunais (nos votos de juízes e ministros). É necessário, portanto, que se façam recortes e escolhas.

Se pensarmos em função de uma base jurisprudencial, um recorte de cerca de vinte anos a partir de 1938, quando se dão os primeiros tombamentos, é suficiente para entendermos como se acomodou a norma em seu primeiro contato com o mundo dos fatos. Como veremos ainda neste capítulo, no período de menos de quinze anos não somente se fixou jurisprudência referente a artigo bastante polêmico do decreto de desapropriação – e o escolhemos para comparação pelas semelhanças com o decreto-lei nº 25 -, como também ocorreu sua alteração legislativa. Como reiteradamente afirmamos, os processos judiciais são fontes riquíssimas para entender parte desta construção, sobretudo porque trazem à luz um momento bastante significativo da norma, que é o seu encontro, em momento de disputa e contraditório, com a realidade para a qual foi feita. Os conflitos mostram claramente as tensões havidas e as argumentações de lado a lado na defesa de pontos de vista; agindo por provocação, o Judiciário é obrigado a dar resposta a todos que lhe procuram e, a partir disso, tende a movimentar várias vozes: proprietários, técnicos, advogados, procuradores e juízes, em ações que contribuem para fixar sentidos (ao menos temporariamente) definitivos. Dessa forma, consultá-los diretamente poderia trazer informações mais detalhadas sobre o processo jurídico de construção do patrimônio nos primeiros anos da atuação do IPHAN, sobretudo em razão de podermos identificar os dois polos dos litígios e as argumentações de lado a lado.

Dentro das várias mudanças sopradas pelo Estado Novo, o decreto nº 6, de 16 de novembro de 1937, foi o responsável por disciplinar a extinção da Justiça Federal e estabelecer os procedimentos para as causas em curso. Por meio dele, criaram-se, na capital, três varas de juízes de direito dos Feitos da Fazenda Pública, cuja competência era dada pelo parágrafo único do artigo 9º:

> A estes juízes compete exclusiva e privativamente, por distribuição alternada, processar e julgar os executivos fiscais e *os demais feitos em que a União Federal, no Distrito Federal*, ou a Fazenda Municipal, for interessada como autora, ré, assistente ou opoente, com recursos para o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de conformidade com as disposições da

2001 (medida provisória nº 2.229-43, que cria a carreira de procurador federal, fazendo competir a eles a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico das autarquias e fundações federais), o IPHAN passa a contar com o apoio da Procuradoria Federal. Pelo Regimento atual do Instituto (portaria nº 92, de 5 de julho de 2012), dentre os órgãos seccionais temos a Procuradoria Federal, que se divide em: a) Coordenadoria de Assuntos Jurídicos Administrativos (COJUR) e b) Coordenadoria de Assuntos do Patrimônio Cultural (COASP).

> Constituição Federal. (BRASIL, Decreto nº 6, de 16 de novembro de 1937. Grifo nosso).

A partir da competência estabelecida no decreto, foram escolhidas as três varas dos Feitos da Fazenda Pública (justiça estadual do Rio de Janeiro, onde se localizava a capital e a parte mais importante da burocracia federal na época em que o IPHAN foi criado) para realizar a pesquisa, onde, de início, nos deparamos com impedimentos de ordem prática. Um dos primeiros foi que este volume documental apenas recentemente começou a ser guardado de forma sistematizada[139], o que certamente resultou alguma dispersão. Depois, se levarmos em conta que a União era necessariamente uma das partes do processo – e considerando que isso atrai a competência da Justiça Federal para julgá-lo (nos períodos em que esteve constituída) – fica fácil compreender, a partir das extinções e ressurgimentos dessa Justiça, a dificuldade de localizar essas fontes documentais. Em 1937, como vimos, deu-se a extinção da Justiça Federal pela Constituição do Estado Novo; todavia, sua recriação parcial ocorreu em 1945 (apenas para a segunda instância, com o Tribunal Federal de Recursos) e a restauração completa somente após 1965, com o Ato Institucional nº 2. Com isso, a depender da estrutura vigente em cada período, e do tempo (variável) de tramitação de um processo, as causas poderiam ter sido iniciadas ou finalizadas na Justiça Estadual ou na Federal. Não há exatidão dos locais em que foram encerradas e, portanto, quem ficou responsável pela guarda dessa massa documental, acaso tenha sido preservada. O processo judicial referente ao tombamento do Arco do Teles, por exemplo, iniciado na Justiça Estadual, foi encontrado no arquivo da Justiça Federal[140], infelizmente com apenas outro caso, o do Mosteiro de São Bento (muito embora tenhamos notícias, pelas consultas realizadas no Arquivo Central do IPHAN, de outros processos judiciais no período).

No Arquivo da Justiça Estadual do Rio de Janeiro (Arquivo Geral do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro), os processos podem ser buscados a partir de alguns critérios e o primeiro deles é o nome das partes. Como então membro da administração direta neste período o IPHAN figurou nos polos da demanda apenas como União, o que basicamente

---

[139] No caso da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, são somente de 1987 as primeiras ações para a criação de unidades administrativas capazes de gerir toda a documentação produzida pelo Poder Judiciário estadual. De acordo com informações do site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, "em 1987, o Ato Executivo nº 17, de 21 de janeiro, instituiu grupo de trabalho para propor soluções de caráter técnico que viabilizassem a criação de um Arquivo Geral do PJERJ". Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/dir-gerais/dgcon/degea/resumo-da-historia-do-degea>. Acesso em: 28. mai.2018. No entanto, o Arquivo foi inaugurado, de fato, apenas em 2005.

[140] SEDAF – Seção de Gestão de Documentos e Autos Findos (Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro).

inviabilizou a busca a partir desse parâmetro (são inúmeras as causas trazidas por esse indexador: questões tributárias, desapropriações, contratos firmados pelo ente público; enfim, uma quantidade que tornou impossível seu uso). Outra possibilidade oferecida era a busca pelo nome da parte contrária e, ainda, pelo número da ação. Para a obtenção desses dados, foi necessário o uso de fontes auxiliares que indicassem quem estava na demanda judicial contra o IPHAN ou acionado por ele e, nesse sentido, o Arquivo Central do órgão de patrimônio, no Rio de Janeiro, foi de grande valia.

Inicialmente, pesquisamos quase todos os processos de tombamento que foram contestados na esfera administrativa[141] e isso foi possível porque pelo menos até o final dos anos 50[142], apenas os processos de tombamento que sofressem impugnações ou que não fossem iniciados pelo IPHAN deveriam ser apreciados pelo Conselho Consultivo.[143] A consulta às atas do colegiado neste período indicou-nos, dessa forma, quais casos enquadravam-se nessa condição, o que nos remeteu ao processo de tombamento de cada um deles. Vistos tais processos, pudemos ter acesso, em alguns dos casos, a outros dados, como o nome da parte e, eventualmente, ao número da ação judicial (nos casos em que os proprietários resolveram transpor a esfera administrativa e levar o caso ao Judiciário). Em posse dessas informações, fizemos a busca no Arquivo Geral do Poder Judiciário do Rio de Janeiro[144] e, infelizmente, embora a pesquisa tenha resultado no encontro de alguns autos com os mesmos litigantes inseridos como parâmetros, eles figuravam em outros tipos de ação, como inventário ou

[141] Foram eles: 23-T-38, Igreja da Lapa do Desterro (RJ), 52-T-38, Igreja da Penha (RJ), 53-T-38, Casa da Praça Condessa de Frontin (RJ), 56-T-38, Arco do Teles (RJ), 92-T-38, Casa Marquês de São Vicente (RJ), 131-T-38, Palácio Episcopal e Seminário de Olinda (PE), 133-T-38, Capela da Jaqueira (PE), 150-T-38, Prédio da Rua Riachuelo (RJ), 165-T-38 Casa à Av. Frederico Pontes (BA), 166-T-38, Palácio Imperial de Petrópolis (RJ), 178-T-38, Igreja Nossa Senhora do Rosário (RS), 183-T-39, Conjunto arquitetônico de São João Marcos (RJ), 361-T-46, sobrados na Praça Severiano de Rezende (MG), 367-T-47, Edifício da Fazenda do Capão do Bispo (RJ). Infelizmente, dentre os processos que sofreram contestação administrativa, não tivemos acesso a: 1-T-38, Matriz de São Pedro (RS), 54-T-38, Casa da Fazenda do Viegas, 194-T-39, Antigo Palácio da Praça Isabel e parque (RJ), 209-T-39, Capela das Laranjeiras (MA), 210-T-39, Portão da Quinta das Laranjeiras (MA), 523-T-55, Local da Batalha dos Guararapes, 530-T-56, duas casas na Rua Conselheiro Dantas (BA) e 537-T-57, Imóvel na rua do Jardim Botânico (RJ).

[142] A consulta às atas do Conselho Consultivo mostra que a partir de 1958 começam a ser apreciados pelo colegiado todos os tombamentos, não somente aqueles contestados ou que tivessem sido abertos por iniciativa de outro agente que não o IPHAN.

[143] Se olharmos o elevado número de tombamentos em 1938 e compararmos com a quantidade encaminhada para o Conselho (apenas doze), percebemos como era importante a decisão tomada nos quadros técnicos do então Serviço; aí residia, de fato, a instância decisória. O Conselho Consultivo, instância apta a dirimir conflitos, mas que na prática funcionava como legitimadora das decisões técnicas, pouco funcionou neste período. Apenas como ilustração: em 1938, ele se reuniu somente cinco vezes e, de 1941 a 1945, o Conselho não se reúne sequer uma única vez.

[144] Formalmente dividido em DEGEA (Departamento de Gestão de Acervos Arquivísticos), DIGED (Divisão de Gestão de Documentos) e SEGAP (Serviço de Gestão de Acervos Arquivísticos Permanentes).

execução fiscal; nenhum dos achados versava sobre tombamento. O estabelecimento de uma série documental, se considerados os processos judiciais, restou prejudicado.

Numa sondagem sobre as possíveis fontes a serem utilizadas, na inviabilidade dos processos judiciais, recorremos ao Arquivo Nacional – notadamente ao Fundo relativo ao Ministério da Educação e Saúde Pública – onde a pesquisa também se mostrou pouco promissora. Ao consultarmos as séries referentes aos anos de 1937 a 1939, bem como o ano de 1945 na busca por pareceres do consultor jurídico deste ministério, o que encontramos foram materiais dispersos, notadamente de pessoas solicitando matrículas no ensino público ou referente a cursos de regulamentação de profissões, como os dentistas. Nenhuma nota ou parecer emitido pelo consultor jurídico - considerando qualquer outro assunto de pertinência deste consultor, e não somente os ligados ao IPHAN - foi encontrado, sendo bem provável que a totalidade das questões jurídicas do órgão de patrimônio tenha mesmo se resolvido dentro de sua própria estrutura, por meio de decisões de Rodrigo – lembremos, um advogado – ou a partir de suas consultas, que nos surgem um tanto quanto informais, a seus pares e amigos. Pouquíssimo material referente ao IPHAN – e aqui não somente considerados os de cunho jurídico (estes inexistentes) foram encontrados nesta busca, o que também nos permite concluir como meramente residuais documentos do órgão de patrimônio encontrados ali (a exemplo, uma foto de vistoria, notícias sobre alguma exposição, uma notificação de tombamento, dentre poucos).

Dessa forma, ante a impossibilidade de termos séries documentais constituídas por processos judiciais ou pareceres internos – estes, que nos dariam outra possibilidade de reconstrução da formação jurídica da norma -, optamos por entender como foi se moldando o tombamento na prática jurídica a partir do que foi veiculado nas revistas de Direito. Essas revistas tiveram (ainda têm, em certa medida) imensa importância no meio jurídico, servindo principalmente aos advogados como ferramenta de trabalho, com as quais poderiam ter contato com as leis e os novos temas, os principais conflitos e a jurisprudência para cada tema em particular. Não obstante essa importância instrumental bastante reconhecida, Mariana Silveira (2013) na dissertação *Revistas em tempos de reforma: pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de direito* chama atenção para outra função destes periódicos: a que consagrava as páginas impressas como espaço para exposição de ideias de importantes juristas, que tomavam tais veículos como oportunidade de se colocarem e interferirem nos rumos das principais questões jurídicas que lhes eram contemporâneas. Embora ao governo de Vargas frequentemente se associe a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) –, fato é

que sua subida ao poder, já a partir de 1930, marca um momento de profunda transformação em várias de nossas leis: o Código de Águas (1934), o de Minas (1934), o Código Penal (1940), a tentativa de reforma do Código Civil, os Códigos de Processo Civil (1939) e Processo Penal (1941), bem como a criação ou modificação de várias outras leis, como a que tratou da desapropriação (1941), a lei de luvas (1934), dentre muitas outras. Ao estudar as revistas jurídicas deste período, Silveira (2013) defende que durante o Estado Novo, não obstante a ausência de discussões das leis no Parlamento (pelo seu fechamento), as revistas especializadas a seu modo serviram como espaço para debates acerca das transformações pelas quais o Direito passava[145]; havia, portanto, um importante papel público deste veículo de comunicação. Em meio à valorização de quadros técnicos que traçariam o destino do Brasil, especificamente no que se relaciona à produção de leis, os bacharéis ocuparam espaço privilegiado, em detrimento da casa legislativa, vista então como um lugar não mais capacitado para esse fim. A esse respeito, Francisco Campos[146], o ideólogo do Estado Novo, coloca:

> O parlamento [antes da Carta de 1937] era um órgão eminentemente político, cuja função não era uma função técnica, mas política: controlar o governo e servir de órgão autorizado de expressão da opinião pública. A legislação limitava-se a regular questões gerais e simples. Ora, a atividade parlamentar sofreu duas modificações radicais. A primeira delas no seu caráter representativo, ou como órgão de expressão da opinião pública. Com o vertiginoso progresso das técnicas de expressão e de comunicação do pensamento, o parlamento perdeu a sua importância como fórum da opinião pública, que hoje se manifesta por outros meios mais rápidos, mais volumosos e mais eficazes. [...]
> Por sua vez, mudaram as funções do governo: de negativas passaram a positivas. A legislação é hoje uma imensa técnica de controle da vida nacional, em todas as suas manifestações. A legislação perdeu o seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, *para assumir um caráter eminentemente técnico*. (2001, p. 54).

[145] "Apesar do contexto ditatorial em que se viveu a partir de 1937 (justamente o momento em que, como se pode ver a partir dos grandes códigos listados acima, dão-se os lances mais decisivos dessas reformas), o governo não se limitou a impor versões acabadas dessas leis, mas em boa parte dos casos, e notadamente nos textos de maiores relevância e complexidade, procurou mobilizar juristas, tanto na escrita dos projetos, quanto em 'reparos críticos' que pudessem aprimorar sua redação. Esses debates se deram, em grande medida, na arena pública. Todo amplo movimento de reformas legislativas do governo Vargas passou de maneira decisiva pelo impresso, em suas mais variadas formas. Entre os órgãos de imprensa que se inseriam em tais debates, um gênero se destacou: as revistas especializadas em direito" (SILVEIRA, 2013, p. 22). Um exemplo de publicação de lei para escrutínio, cujo debate de fato resultou alteração de parte do texto originalmente proposto, deu-se com o decreto-lei nº 3.365, de 1941, que tratou da desapropriação, como veremos ainda neste capítulo.

[146] CAMPOS, Francisco. *Diretrizes do Estado Nacional* in O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. pp. 39-71. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1056/601099.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 22. mai. 2018.

Evidentemente, a possibilidade ou liberdade para exposição de ideias neste canal deve ser matizada em razão do controle operado pela ditadura. Segundo prescrito na Constituição de 1937, a imprensa exercia uma função de caráter público, o que já permite compreender que inclusive as revistas produzidas e editadas por particulares ficavam sujeitas às intervenções do governo. Neste sentido, também abrigado na Constituição, estava o comando de que nenhum jornal poderia recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei (artigo 15, b), bem como a possibilidade de censura prévia para garantir a paz, a ordem e a segurança pública (artigo 15, a)[147]. Entendemos que as revistas, dentro das possibilidades do então momento vivido, puderam em algumas situações debater com certa dose de contraditório alguns temas importantes – como veremos, a desapropriação mais uma vez comprova a assertiva[148]. De qualquer forma, se devemos fazer a leitura dessas fontes tendo em vista as amarras ditatoriais, as revistas, ainda e acaso não houvesse nenhuma margem para a exposição contrária de ideias, podem ao menos servir para evidenciar como o governo fez a defesa (ou propaganda) de seus instrumentos legais e, para o que nos interessa, como o tombamento se inseriu neste contexto jurídico a partir, então, de uma ótica que penderia para a defesa das ações do ente estatal. Essa inserção do tombamento no meio, acompanhando a tradicional divisão dessas revistas, poderá ser vista a partir da construção jurisprudencial (e aqui os litígios se fazem presentes, ainda que não ingressantes pelo acesso direto aos autos) e pela construção teórica da doutrina e dos pareceristas.

Dentre as revistas do período, duas foram selecionadas como fontes de pesquisa para verificar a inserção do tombamento neste circuito de ideias e debates: a *Revista de Direito Administrativo* (*RDA*), principal fio condutor da análise que se propõe, e a *Revista Forense*. A *RDA* surgiu em 1945 como uma expansão da *Revista do Serviço Público,* de 1937, esta um destacado canal de veiculação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço

[147] Segundo Capelato (1999, p. 175), a imprensa era controlada não somente pela censura, mas também por pressões de ordem política e financeira. E coloca: "Por um lado, o autoritarismo do Estado Novo explica a adesão e o silêncio de jornalistas; por outro, não se pode deixar de considerar que a política conciliatória de Getúlio Vargas, aliada à 'troca de favores', também surtiu efeito entre os homens de imprensa".

[148] Para Mariana Silveira (2013, p. 23), "os juristas não se mantiveram inertes face às censuras a seus modos de agir e pensar, mas souberam articulá-las com questionamentos sobre suas teorias e suas práticas que eles próprios já vinham enfrentando". De fato, existiam muitas inquietações no Direito que vinham há um tempo incomodando advogados e que encontraram no Estado Novo o solo fértil para a transformação tão desejada. Além do espaço das revistas, cujo crescimento foi bastante significativo no período (ganhando em novos títulos e também em periódicos especializados), vários juristas estiveram presentes em comissões legislativas para a elaboração de diversas leis que foram criadas ou reformuladas no período, ocupando um lugar importantíssimo em virtude do fechamento das casas legislativas.

Público). No número inaugural da *RDA*, o presidente do DASP, Luiz Simões Lopes, apresenta o periódico:

> [...] Com o objetivo principal de divulgar estudos relacionados com a organização e o aperfeiçoamento dos serviços públicos, aquela revista [*Revista do Serviço Público*] não pode cuidar, com a atenção merecida, dos problemas jurídicos que constituem a base de toda organização administrativa.
> A Seção II da *Revista do Serviço Público*, intitulada *Revista de Direito Administrativo*, cuja publicação se inicia com o presente fascículo, cuidará especialmente de *assuntos jurídicos*.
> A nova revista se destina a todos quantos, no serviço público ou fora dele, se dedicam ao estudo e à publicação do direito. Publicará, em seções, trabalhos de caráter doutrinário ou informativo; exposições de motivos de leis e decretos; decisões dos tribunais e juízes de todo o país que *versem matéria regida pelo direito administrativo* ou que nele possa repercutir; exposições de motivos que servirem de fundamento a decisões administrativas de caráter geral; pareceres; informações produzidas em processos; comentários, crônicas, resenhas de caráter objetivo sobre as leis novas e as decisões judiciais ou administrativas, fazendo ressaltar, em confronto com a legislação ou a jurisprudência anterior, as repercussões e tendências do novo texto ou decisão; crítica e índice bibliográfico; textos de leis, de regulamentos e de instruções. (RDA, 1945, V1, nº1, s/p, grifo nosso.).

Como visto, a *RDA* passou a cobrir tudo aquilo que não coubera na revista-irmã (o que era muito, considerando que o próprio Direito Administrativo tem no período um amadurecimento bastante significativo). Embora tenha surgido depois da criação do decreto-lei nº 25 – o que nos deixa um vácuo a respeito de como teria tratado a novidade legislativa tão logo criada – o foi em tempo suficiente para cobrir os primeiros frutos jurisprudenciais a seu respeito. O periódico nos interessou principalmente pela especialização temática[149] – o Direito Administrativo – ramo promissor para estudo deste instrumento pela ótica do Estado, e cuja importância aumenta se considerarmos esses primeiros anos de aplicação da norma, quando outras vertentes do Direito que hoje também se ocupam do tombamento não estavam sequer em gestação[150]. Sobre a importância da *RDA* na difusão de normas e instrumentos do Direito Administrativo, assim se manifestou Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 14, grifo nosso):

> A concentração de grandes publicistas no Rio de Janeiro era natural: ao menos desde a chegada da Corte de D. João VI ao Brasil ali esteve o centro do poder nacional, ali se exerciam os cargos ministeriais, inclusive a magistratura no Supremo Tribunal Federal, e ali estavam sediadas as empresas estatais e as grandes concessionárias privadas. No Rio de Janeiro, surgiu em 1945, em torno do DASP [...] a *Revista de Direito Administrativo – RDA, que seria por décadas o grande veículo de vulgarização do publicismo*. É certo que, na década de 60, São Paulo também contava com seus publicistas ilustres, como Vicente Ráo, Miguel Reale,

[149] Também conforme Silveira (2013), nos anos 30 do século passado os periódicos de direito começaram a ser especializados conforme os variados ramos do Direito aos quais se dedicavam; entre nós, as primeiras revistas especializadas foram a *Revista de Direito Comercial* (1931) e *Revista de Direito Penal* (1933).
[150] Referimo-nos aqui ao Direito Ambiental e ao Urbanístico, como se verá no próximo capítulo.

> Mário Masagão, Ataliba Nogueira, Cretella Jr., Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles. Mas nada que se comparasse, em quantidade e influência nacional, aos reunidos no Rio de Janeiro.

Por sua vez, a *Revista Forense* foi fundada em Minas Gerais em 1904 por professores da Universidade Livre de Direito, tendo periodicidade mensal; em 1936, acompanhando a importante reforma de federalização das leis processuais, foi transferida para o Rio de Janeiro com o propósito de também ganhar abrangência nacional[151]. Trata-se de uma importante publicação do período, que conseguiu se estabelecer muito bem no mercado editorial – o que fez com que alçasse a marca de uma das revistas mais longevas do gênero, ainda hoje publicada. Diferente da *RDA*, a *Forense* não era uma revista especializada em qualquer ramo do Direito e, por isso, em suas páginas temos questões de Direito Civil, Penal, normas trabalhistas e, junto, as de Direito Administrativo. Todavia, à semelhança da *RDA*, a *Forense* teve como um de seus homens importantes Carlos Medeiros Silva, que dela foi redator-chefe de 1935 a 1965 (da *RDA* foi fundador, dirigindo-a até 1965)[152]. Já falamos sobre Medeiros, seus contatos com Rodrigo Melo Franco e, principalmente, sobre os importantes cargos que ocupou no governo varguista; pelos postos que ocupou, por sua proximidade com Francisco Campos, trata-se, evidentemente, de um importante personagem na construção do arcabouço jurídico daquele momento. Silveira (2013), na dissertação já mencionada, escolhe como principais fontes de sua pesquisa a *Revista Forense* e a *Revista dos Tribunais*, esta criada em 1912 e sediada em São Paulo, cuja longevidade e sucesso no empreendimento se comparam à primeira. Analisando comparativamente as duas, não obstante muitos pontos de contato (entre ideias e colunistas comuns a ambas), Mariana chama atenção para o fato de a *Forense* ter tido durante o período uma aproximação bem maior com o regime do Estado Novo:

> [...] enquanto a Revista Forense se mostrou mais receptiva aos projetos estatais e às críticas ao liberalismo, os editores da Revista dos Tribunais foram consideravelmente reticentes, quando não abertamente críticos, ao governo Vargas, além de terem imprimido ao periódico que animavam feições mais próximas à tradição liberal. (SILVEIRA, 2013, p. 44).

Em outro trecho:

> O caráter mais profundo e decisivo dos laços com o governo emerge quando se observa que diversos dos membros da redação da *Revista Forense* ocupavam

[151]Até a Constituição de 1934, não havia unidade das normas processuais no Brasil; dessa forma, cada um dos Estados adotava procedimentos próprios em suas respectivas jurisdições. O reflexo disso nas revistas de Direito era também a regionalização das mesmas, que normalmente focavam na jurisprudência dos tribunais estaduais do local onde eram sediadas.

[152] Apesar de não analisada aqui, importante registrar que Medeiros foi também redator da *Revista de Serviço Público* no período de 1944 a 1947.

> cargos na administração pública, notadamente em consultorias jurídicas de órgãos os mais diversos. (idem, p. 92).

Dessa forma, as duas fontes selecionadas para a pesquisa, *RDA* e *Forense,* têm alguma relação, cada uma à sua maneira, com o governo varguista, o que nos coloca como probabilidade maior, mas não exclusiva, entender o tombamento a partir de um ponto de vista ligado à construção e ao apoio associados a este governo. Sobretudo considerando a especialização do periódico, a *RDA* foi colocada como nossa fonte principal, lida em todos os seus volumes publicados trimestralmente desde sua criação; por sua vez, a *Forense* foi tomada como fonte subsidiária e nela a busca foi feita a partir de alguns indexadores[153] e como forma de complementar as informações colhidas na *Revista de Direito Administrativo.*

Seguimos no próximo item deste capítulo, bem como no capítulo seguinte, com o ingresso do tombamento nesses periódicos especializados. Evidentemente, em casos onde isso nos foi possível (como no tombamento do Arco do Teles), usamos os autos judiciais e outras fontes encontradas no Arquivo Central do IPHAN como complemento do conteúdo trazido pelas revistas impressas.

3.1 - O tombamento nas revistas jurídicas: doutrina e jurisprudência

Os primeiros tombamentos realizados pelo IPHAN começaram em 1938, já no ano seguinte à edição do decreto-lei nº 25. Neste ano, o órgão realizou 234 tombamentos, tendo sido apresentadas, em âmbito administrativo (portanto, para a revisão pelo Conselho Consultivo), apenas doze contestações. Em 1939, foram 48 tombamentos e apenas quatro contestações. No período abrangido entre 1938 e 1957, foram 604 bens tombados e, ao todo, 21 contestações administrativas. Percebe-se, pelos dados, um número relativamente baixo de contestações nesses primeiros vinte anos, sendo que a maioria delas, ao que tudo indica, teve seu fim na esfera administrativa, ou seja, a impugnação foi levada ao Conselho, este confirmou (ou não[154]) a posição dada pelo órgão técnico, e o bem foi definitivamente inscrito (ou definitivamente cancelado). Todo o procedimento, portanto, foi resolvido exclusivamente no âmbito de atuação do IPHAN (dentro do Poder Executivo). Dentre os

[153] Dentre os principais: tombamento, decreto-lei nº 25, atos administrativos, propriedade etc., bem como o nome de alguns personagens que sabidamente tiveram contato com Rodrigo Melo Franco e com questões envolvendo tombamento, como Prudente de Moraes Neto, Luiz Gallotti, Gabriel de Resende Passos, dentre outros.

[154] Apenas duas das vinte e uma impugnações foram acatadas e o tombamento não foi aperfeiçoado.

litígios do período, o tombamento do Arco do Teles, no Rio de Janeiro, assumiu grande repercussão ao extravasar a esfera administrativa e ingressar na judicial; ocupou também, dada a importância que lhe foi atribuída, páginas da *Revista Forense* em 1940 (volume 82) e o número de estreia da *Revista de Direito Administrativo*, logo em 1945.

O Arco do Teles, localizado na Praça XV de Novembro, no Rio de Janeiro, foi um dos primeiros tombamentos do IPHAN, em 1938. De propriedade particular, o ato foi impugnado administrativamente pelos proprietários, o que fez com que o processo fosse levado para a manifestação do Conselho Consultivo. Diferentemente da maioria das impugnações administrativas ocorridas no período compreendido entre 1938 a 1957, os proprietários do imóvel valeram-se do auxílio de um advogado e, muito provavelmente, talvez isso tenha contribuído para a distinção dos argumentos e fundamentos utilizados na impugnação. Na imensa maioria das contestações analisadas, o questionamento dizia respeito à falta de valor artístico ou histórico que determinado imóvel possuía, aliado a explicações e alertas sobre a necessidade de reformas futuras; no entanto, muitos dos que contestavam faziam questão de explicitar seu apoio à causa e à importância que uma medida como essa tinha para a preservação do patrimônio no país[155]. Nestes casos, não se questionava a lei em tese; trocando em miúdos, a justiça da lei não foi objeto de ataque. Assim não ocorreu no Arco do Teles, onde a impugnação administrativa trouxe fundamentos jurídicos, abordando a extensão do direito de propriedade e a defesa da obrigatoriedade de desapropriação para que o tombamento, quando compulsório, fosse efetivado. Em agosto de 1938, o Conselho Consultivo se reúne para apreciação do caso e decide pela manutenção do tombamento, brevemente contra argumentando a contestação:

> As arguições de natureza jurídica apresentadas pelo impugnante me parecem improcedentes. As limitações que o interesse social impõem [sic] ao direito de propriedade não repugnam ao sistema da nossa Constituição. E o interesse social pode assumir vários aspectos, que a lei ordinária, como a que criou o SPHAN, se encarrega de definir e regular, reformando outras, inclusive o Cód. Civil, nos pontos em que a lei mais nova colidir. (ACI-RJ, Processo 56-T-38, fl. 13, parecer de Afonso Arinos de Melo Franco).

Inconformados com a decisão do Conselho, os proprietários recorrem ao Poder Judiciário já no ano seguinte. Nesta sede, além de reiterarem o desrespeito ao direito de propriedade, os autores também afirmam que o imóvel não era um monumento histórico e artístico, chamando o Judiciário a decidir sobre a questão[156]. Esta ação sumária especial revestiu-se

[155] Numa época em que a discussão sobre patrimônio era restrita a uma elite muito pequena, provavelmente a prudência em declarar apoio à causa tenha se dado em razão da pouca abertura impingida pela ditadura.
[156] Petição inicial arquivada na Pasta 45, Caixa 08 da série Casos Judiciais. ACI-RJ.

de grande importância para o debate sobre o tombamento: não somente por ter sido uma das pioneiras, levantando assunto ainda inédito aos tribunais, mas também porque provocou a discussão sobre a constitucionalidade do decreto-lei nº 25, chegando até a mais alta corte judiciária do país. Provavelmente em função disso, as sentenças e acórdãos ganharam destaque na imprensa especializada; este é o caso da publicação na *Revista Forense* e na *Revista de Direito Administrativo*[157], esta última que teve na publicação de um dos acórdãos o acréscimo dos comentários de Vitor Nunes Leal.

A apreciação desse caso pelo Judiciário versou sobre duas grandes questões – nenhuma delas, notadamente, relacionada à novidade que o ordenamento jurídico trazia para a defesa do patrimônio histórico e artístico. A discussão, dessa forma, girou em torno da propriedade e de seus contornos – leia-se: e suas limitações – e do controle jurisdicional de atos discricionários. No primeiro ponto abordado, o debate dizia sobre a necessidade ou não de desapropriação em casos de tombamentos compulsórios (sem anuência do proprietário); no segundo, sobre o cabimento de dizer o Judiciário acerca do valor histórico ou artístico de um bem. Podemos dizer que, em essência, o órgão de patrimônio foi efetivamente vitorioso acerca da interpretação dada à propriedade – o que permitiu que os tombamentos fossem feitos sem desapropriação -; em relação à competência e ao poder que o IPHAN julgava possuir para dizer o que era patrimônio em instância definitiva, sofreu uma derrota em tese, embora no caso concreto o tribunal tenha ratificado o valor que o Instituto atribuíra ao imóvel.

A possibilidade de decidir sobre a presença ou não de valor cultural de um bem ingressa no Direito dentro de um recorte maior - e, de certa forma, ainda hoje problemático -, representado pela viabilidade de revisão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. O problema deste tipo de sindicância está intimamente ligado à tripartição de poderes: se cabe a cada um deles funções precípuas, como entender que um poder possa revisar atos pertencentes a uma esfera de ação que não a sua – neste caso, como saber os limites do Judiciário no controle de um ato administrativo, a partir dos quais a superação poderia indicar usurpação de um poder pelo outro?

[157]Além do acórdão aqui analisado e dos comentários de Vitor Nunes Leal, também outro acórdão, referente à mesma ação e proferido em plenária, em 17 de junho de 1942, foi publicado no mesmo volume da RDA. (v. 2, n. 1, 1945). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/860>. Acesso em 18 de julho de 2016.

Para provar se o Arco tinha ou não valor, muniram-se as partes de seus peritos. Pelo proprietário, o arquiteto Armando Stamile Genarino, cujas poucas informações de que dispomos nos mostram ter sido, nos anos 60, funcionário do Departamento de Engenharia Urbanística (Secretaria de Obras Públicas do Estado da Guanabara)[158], tendo colaborado, em momento anterior (1938-1948), na realização do Plano Diretor do Rio de Janeiro. O perito do juiz era Laurindo de Macedo, de quem sabemos apenas, por meio das páginas do processo judicial[159], ter sido funcionário federal (no momento em que foi chamado a atuar no caso, já aposentado). Pela União, o IPHAN pode contar com a ajuda do famoso historiador Pedro Calmon Moniz de Bittencourt, cuja biografia é bastante farta[160]: formado em Direito, ocupou cargos públicos e políticos, desenvolvendo ao longo de sua vida muitos trabalhos de cunho histórico. Em 1925, habilitou-se, por meio de concurso, para o cargo de conservador do Museu Histórico Nacional, tendo aí criado a cadeira de História da Civilização Brasileira. Foi membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), bem como do correlato Instituto em vários Estados. No momento em que foi chamado a ser perito, já gozava de bastante prestígio como historiador, ocupando a posição de orador oficial do IHGB.

Aos quesitos propostos pelas partes, as respostas de Laurindo Macedo e de Armando Stamile, peritos do juiz e do proprietário, respectivamente, coincidiam. Divergindo nas questões significativas, ou seja, as que buscavam justamente atestar (ou não) o valor do Arco, estava sempre o historiador Pedro Calmon. Enquanto os peritos do proprietário e do juiz disseram que o prédio era um atentado à estética urbana, Calmon traz ao processo cerca de cinco folhas (44 a 46 – e versos) que apontavam não somente que o Arco do Teles não era um "elemento decorativo arbitrário" (SEDAF, Apelação cível nº 7377, p. 44), mas que representava um raro documento do urbanismo brasileiro, qualificando-o, após longa explanação sobre sua importância, como um elemento de valor histórico-artístico.

A União, ré no processo, em suas razões finais – e por meio de seu procurador, Plínio de Freitas Travassos – alegou que o Conselho Consultivo era soberano para decidir sobre o valor histórico ou artístico de um bem e que, quando muito, a perícia somente poderia ser considerada se feita por historiadores e estes demonstrassem a inexistência de um fato histórico mencionado como argumento para o tombamento. Como vimos, o único historiador

[158] Conforme o Jornal Correio da Manhã, de 27 de junho de 1964. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=60595&url=http://memoria.bn.br/docreader#>. Acesso em 17 set. 2018.
[159] SEDAF, apelação cível nº 7377.
[160] Dentre outros: <https://ihgb.org.br/perfil/userprofile/pcalmon.html>. Acesso em 17 set. 2018.

a periciar o local era Pedro Calmon; Stamile era arquiteto e, sobre Laurindo Macedo, como fez questão de apontar o procurador, nem sequer constava dos autos sua profissão. E conclui:

> Não é, assim, possível admitir que um laudo sobre o caso em apreço, essencialmente técnico, em que assinou vencido justamente o único perito técnico, venha a prevalecer sobre a decisão do mencionado Conselho Consultivo, constituído de técnicos, ele que, nos termos do disposto no art. 46, §2º da Lei nº 378, de 13 de Janeiro de 1937, é composto de técnicos, entre os quais o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e dos diretores dos Museus Nacionais de coisas históricas ou artísticas. (SEDAF, apelação cível nº 7377, p. 106).

Em decisão de primeiro grau, o juiz, em consonância com os argumentos da ré, entendeu que seu perito, bem como o do autor, não eram técnicos especialistas no assunto, ao contrário do "abalizado" Dr. Pedro Calmon, que escrevera sua perícia com base em argumentos históricos, não tendo sido contrariado pelos demais; declarou com isso a improcedência da ação. Em sede de apelação[161], o Procurador Geral da República, Gabriel de Rezende Passos, defende a insindicabilidade dos atos administrativos, afirmando caber ao Judiciário apenas o exame de legalidade, retomando argumento que Rodrigo expusera na contestação administrativa:

> [...] parece evidente que o exame do ato administrativo de um órgão técnico como o SPHAN pelo Poder Judiciário não pode, em caso algum, abranger as razões puramente técnicas de decidir adotadas pelo órgão administrativo, ou, por outras palavras o que constitui o mérito da decisão administrativa. (SEDAF. Apelação Cível nº 7377, p. 150).

A decisão proferida na apelação marcou a posição favorável e unânime dos ministros, que entenderam que um ato administrativo poderia, sim, ser revisto em seu mérito pelo Poder Judiciário. Contrariando as expectativas do IPHAN, que buscava resguardar seu lugar de legitimidade na construção do patrimônio, o ministro Castro Nunes entendeu que:

> Essa possibilidade [de revisão dos atos administrativos] decorre da sujeição dos atos administrativos de qualquer natureza, e seja qual for a hierarquia da autoridade de que emanem, inclusive o Presidente da República, ao controle judicial, ao exame dos tribunais, quando provocados estes em forma regular. (SEDAF. Apelação Cível nº 7377, p. 238).

Ainda que a sindicância do ato pudesse ser feita, por ser tema tão delicado e atinente à divisão de poderes, houve alerta para o cuidado devido num controle deste tipo: "[...] também reivindico a legitimidade da apreciação do Judiciário, embora sob os mais discretos contornos[162] e a fim de evitar que sob a aparência de técnica se disfarcem o exagerado

[161] SEDAF. Apelação Cível nº 7377.

[162]Azevedo acrescenta em seu voto: "É que, embora na minha deficiente apreciação estética considere o atual conjunto como verdadeiro monstrengo, à moda de arlequim, vestido por metades diversas, seria irrecusável a existência de outro aspecto, o histórico, ainda que também desautorizadamente me parecesse mais valiosa a

arbítrio ou a injustiça notória [...]*".* (SEDAF. Ministro Philadelpho Azevedo. Apelação Cível nº 7377, p. 245, grifo nosso).

Em tese, portanto, o resultado da decisão tirou do IPHAN o lugar que pretendia se reservar como instância única a dizer sobre a construção do patrimônio histórico e artístico nacional. Isso foi motivo suficiente de preocupação para Rodrigo Melo Franco – manifestada algumas vezes -, que entendia o quanto essa decisão poderia fragilizar a posição do órgão como o lugar de consagração do patrimônio nacional. Por outro lado, no caso concreto e na prática, o acórdão representou a vitória do IPHAN, uma vez que prevaleceu no convencimento dos ministros o argumento de autoridade de que dispunha, aos olhos destes, apenas o ilustre historiador Pedro Calmon, perito designado pelo serviço de patrimônio[163]. De certa maneira, era como se o saber produzido no Instituto abalizasse apenas determinadas pessoas a tratar do assunto – notadamente pessoas de alguma forma relacionadas ao círculo do patrimônio (reforcemos: Calmon foi indicado pelo IPHAN para periciar a obra. Em momento futuro, ocuparia posição no Conselho Consultivo deste órgão). Neste sentido, o Judiciário ajudou a fixar a noção de patrimônio como algo dado apenas a especialistas – visão defendida pelo IPHAN – não obstante tivesse se reservado, após oitiva desses profissionais, o direito de dar a palavra final.

Perdida a batalha judicial quanto ao controle dos atos administrativos, o Serviço do Patrimônio tentou minimizar a derrota levando sua defesa às páginas da *Revista Forense* (Vol. 98, 1944). Rodrigo Melo Franco, advogado, não obstante ter trabalhado arduamente na construção da lei, curiosamente não ofertou qualquer colaboração às páginas das duas importantes revistas de Direito analisadas neste capítulo (ambas, inclusive, que tinham por editor seu amigo Carlos Medeiros). A tarefa coube a Prudente de Moraes Neto, que fez a defesa do patrimônio a partir de comentários tecidos ao acórdão. Em síntese, alegou que a questão exorbitava do Judiciário e transcendia "do campo objetivo da investigação das nulidades para o subjetivo e meramente opinativo de uma possível injustiça" (p. 588), concluindo com a comparação à situação do próprio Judiciário, segundo o qual muitas vezes também não se movia – isto é, não revisava seus próprios atos - para sanar injustiças que ele

documentação iconográfica [...]" e, continuando, "Todavia, não posso sobrepor pontos de vista personalíssimos, e, por certo, improcedentes, ao juízo mais autorizado dos órgãos administrativos e do eminente perito que firmou o voto vencido na vistoria – basta-me a segurança de que a providência foi inspirada por elevados e dignos propósitos para afastar a censura e o veto do Judiciário" (Apelação Cível nº 7377, p. 245-6).

[163]A escolha de um perito para defender a instituição, obviamente, seria feita a partir de critérios de afinidade e das possibilidades que seu parecer ofereceria para a defesa da causa.

mesmo dera causa (e aqui Prudente se referia aos requisitos para o cabimento de uma ação rescisória).

A publicação desse acórdão também foi feita na *RDA* (1945, V2, nº1, pp. 124-143) praticamente em sua inauguração e, à semelhança da *Revista Forense* e como era costume em algumas seções das revistas especializadas em Direito, a decisão também veio comentada; no caso da *RDA*, a missão coube a Vitor Nunes Leal. Os comentários sobre a decisão tinham por objetivo, para além de avaliar a possibilidade de revisão jurisdicional de tombamentos, verificando a existência ou não de valor histórico ou artístico, entender a possibilidade, de forma ampla, desse tipo de controle. O tombamento do Arco do Teles funcionou para o Direito como um caso paradigmático (frequentemente retomado, ainda hoje) sobre essa questão, em meio a uma jurisprudência que começava a dar sinais de mudança. Como ressaltou o comentarista, o tema era então bastante recente, com Tribunais que se alternavam entre recusa à discussão do mérito ou a um controle dos mesmos em bases ainda pouco sedimentadas; faltavam, na ocasião, teorias que descem conta do assunto[164].

Vitor Nunes, em sintonia com a tese vitoriosa, entendeu que o Judiciário poderia decidir sobre a existência de valor de um bem; sua explicação, contudo, chegou a mais detalhes do que as desenvolvidas pelos ministros em seus votos e merece ser colocada aqui. Primeiro, o jurista tenta circunscrever quais os possíveis motivos, previstos em lei, a ensejar a contestação administrativa contra a classificação de um bem como patrimônio nacional: ser a obra estrangeira e se enquadrar nos termos do artigo 3º do decreto-lei nº 25[165], ou não ter efetivamente valor cultural. No caso do artigo 3º, a refutação do tombamento deveria se basear em provas diversas e bastante objetivas; para a valoração cultural, em opiniões técnicas sobre esse valor, baseadas em provas positivas de autoria, datas etc. E prossegue seu raciocínio já em sede de revisão judicial:

---

[164] E aqui ele chama atenção para o trabalho do português Afonso Rodrigues Queiró – *A teoria do desvio de poder* -, que chegara recentemente aos periódicos brasileiros. Dentre os brasileiros, cita Seabra Fagundes, com o clássico *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, editado primeiramente em 1941, e Francisco Campos, com um de seus pareceres (*Os atos de governo e a teoria dos motivos determinantes*, da obra Pareceres, de 1936).

[165] "Art. 3º: Excluem do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira: 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuam sujeitas à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos".

> É evidente que, sendo contestado o valor histórico ou artístico do bem tombado, o julgamento exige um grau de conhecimento especializado, que não é necessário nas impugnações fundadas no art. 3º da lei, onde se cogita de motivos inteiramente estranhos ao valor intrínseco do bem. Mas a dificuldade técnica não é, por si só, um impedimento constitucional à competência revisora do Judiciário, porque este se pode valer do auxílio de peritos, como ocorre em muitos processos judiciais. E, se o valor histórico ou artístico de um bem for tão duvidoso que duas ou mais perícias de técnicos competentes cheguem a conclusões contraditórias, é o caso de indagar se, com relação a tal bem, há vantagem na imposição ao proprietário das severas limitações do decreto-lei nº 25. O que ocorrerá, nas questões relacionadas com a aplicação da lei do patrimônio histórico e artístico, é que os tribunais, embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, *se inclinarão a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado*. No próprio julgado que comentamos, o Ministro Filadelfo Azevedo aprovou as conclusões do Prof. Pedro Calmon e do Conselho do SPHAN, apesar da sua opinião pessoal, mas leiga, em sentido contrário. (RDA, 1945, V2, nº1, pp. 134-5, grifo nosso).

Vitor Nunes acrescenta outro argumento para a possibilidade de revisão desses atos – na verdade, uma proposição que não fora trazida em nenhum dos votos -, defendendo a ideia de que o ato de valoração não seria um ato discricionário. Para ele, a discricionariedade estaria representada tão somente pela ideia de conveniência e oportunidade (se conveniente tombar uma casa, ou desapropriá-la etc.), o que não se daria no caso da valoração. Esta seria uma atividade meramente de subsunção do fato à lei: as características de um bem dariam a ele, objetivamente, a valoração que o tornaria um bem patrimonial; evidentemente, descobrir tais características era assunto reservado a especialistas. Neste sentido, tece críticas ao decreto-lei nº 25, que deveria ter sido regulamentado, tanto como a própria norma previa, e no sentido de que esta regulamentação trouxesse parâmetros objetivos ou mais restritivos para a aferição dos valores a consagrarem o bem histórico e artístico[166].

Mesmo concordando e reforçando a ideia de sindicância do ato de tombamento pelo Judiciário – com isso tirando parcela de poder que o IPHAN pretendia se reservar -, de alguma forma, Nunes Leal também legitima o *locus* de poder e o discurso pregado pelo Instituto do Patrimônio. Em sintonia com o pensamento do IPHAN, Vitor Nunes traz ao mundo jurídico a ideia de patrimônio como algo dado, existente, apenas à espera de um reconhecimento, que se faria a partir de um olhar exclusivamente técnico; ao Judiciário caberia decidir ouvindo especialistas e esses, como vimos, eram representados em sua grande maioria pelos funcionários do IPHAN ou por pessoas que, de algum modo, orbitavam em torno ou se relacionavam com a instituição. Não podemos esquecer que o IPHAN de

[166] "E esses critérios, mais ou menos vagos – mas que exigem severidade no julgamento – deveriam ser melhor esclarecidos no regulamento a que alude o §2º do art. 4º e que jamais foi baixado. Se o legislador deseja limitar a apreciação do Judiciário nesta matéria, que lhe parece reclamar conhecimento especializado não presumível nos juízes, seja mais explícito no definir os critérios de julgamento, pois a tarefa de fixar esses critérios recai na zona discricionária do poder legislativo*"*. (RDA, 1945, V2, nº1, pp. 142).

alguma forma inaugurava um campo de atuação até então pouco explorado oficialmente e, junto a essa tarefa de propriamente preservar, também desenvolveu outra, a de construção do conhecimento sobre essa arquitetura ainda a ser descoberta. Exemplo disso são as Revistas do Patrimônio, que divulgavam os frutos das pesquisas produzidas por técnicos e colaboradores. Não à toa, a imagem de um local de produção de conhecimento também foi se aderindo ao Instituto, a *Academia Sphan*, para citar parte do título do renomado artigo de Mariza Veloso[167].

A segunda questão discutida no caso do Arco do Teles foi o direito de propriedade e a configuração de seus limites, levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal em virtude do questionamento feito à constitucionalidade do decreto-lei. O proprietário do imóvel aduziu que um tombamento, quando compulsório – isto é, onde houvesse discordância do proprietário – deveria necessariamente resultar em desapropriação, uma vez que o artigo 5º (k) do decreto-lei nº 3.365, de 1941, colocava dentre os casos de utilidade pública a preservação de bens de valor histórico ou artístico. Por sua vez, o IPHAN defendeu que a desapropriação era meramente uma faculdade, a ser manejada conforme a conveniência do órgão. Essa discussão abriu caminho para outra de maior amplitude, onde se buscou entender quais eram os limites que definiam a propriedade privada, abrigados na Constituição de 1937.

Diferentemente do que ocorreu no processo legislativo de construção do decreto-lei nº 25, onde curiosamente a discussão sobre as implicações do tombamento no direito de propriedade parece ter sido menos intensa do que se poderia imaginar, nos tribunais ela foi, a partir deste caso, bastante acalorada e, pela importância que assumiu, teve os votos publicados na mesma edição em que o foram os comentários de Vitor Nunes Leais sobre controle de discricionariedade[168].

A União pautou sua defesa argumentando que a então Constituição (1937) deixava às leis ordinárias a definição do conteúdo e dos limites do direito de propriedade (artigo 122, 14), sendo que o decreto-lei nº 25 não era outra coisa senão uma dessas leis ordinárias. O Procurador-Geral da República, Dr. Gabriel de Rezende Passos, prosseguiu defendendo que:

---

[167] SANTOS, Mariza Veloso Motta. *Nasce a Academia Sphan.* In: **Revista do Patrimônio.** Brasília: Ministério da Cultura / IPHAN. Nº 24, 1996, pp. 77-96. Também da autora é a tese *O Tecido do Tempo*: a ideia de patrimônio cultural no Brasil. 1992. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Antropologia.
[168] RDA, 1945, V2, nº1, pp. 100-23.

> A defesa do patrimônio histórico e artístico acarreta certa limitação ao uso da propriedade, no sentido de que o proprietário dela não pode abusar, a ponto de aniquilá-la, mutilá-la ou, por qualquer maneira, fazer com que ela perca o valor que a levou a ser tombada.
> Essa limitação, porém, é feita no interesse público, e redunda numa servidão estabelecida pela lei. (RDA, 1945, V2, nº1, p. 103).

O relator, ministro Castro Nunes, teceu seu voto considerando a ligação entre desapropriação e perda de propriedade, relação que implicaria o grau máximo de restrições (justamente, a perda); outras restrições existiriam, mas por não serem totais – caso do tombamento, em que o proprietário não perderia o domínio de seu bem -, não dariam lugar à desapropriação e à consequente indenização. Para Nunes, as indenizações para restrições menores existiriam apenas quando expressamente previstas (este era o caso da ocupação temporária, indenizável excepcionalmente por ressalva do legislador). Contudo, apesar do estranhamento, essas limitações e a nova conformação que a propriedade passava a ter era expressão mundial, presente em diversos outros países.[169] O ministro Orozimbo Nonato, discorrendo sobre a "tendência socializadora" (RDA, 1945, V2, nº1, p. 112) que dominava o Direito naquele período, apontou suas referências e o sentido que daria a seu voto: *"*É à luz da concepção constitucional da propriedade – direito relativo em que vive muito daquilo a que Duguit chamou dever social – que, a meu ver, deve a questão dos autos ser solvida[170]*"* (RDA, 1945, V2, nº1, p. 113).

Dois ministros defenderam ser inconstitucional o tombamento compulsório sem a respectiva desapropriação: Laudo de Camargo e Octavio Kelly, que argumentaram, em síntese, que o decreto-lei não vinha apenas definir os contornos do direito de propriedade; antes, invadia-o, elidindo assim o próprio direito. O ministro Philadelpho Azevedo, embora não tenha participado da discussão no plenário, fez questão de manifestar sua opinião em outra fase do processo, detalhando o assunto ao matizar, como poucos o fizeram, os graus e tipos de restrição que a propriedade poderia ter:

> Sem embargo de prestigiar o conceito relativo de propriedade, imposto pela força benéfica do fator socializante, não aceitaria grave restrição do domínio sem razoável contra-prestação, *ainda quando não se atingisse a necessidade de*

[169]"Estão nas tendências contemporâneas refletidas nas legislações de todos os povos restrições extensas, desconhecidas da concepção clássica do direito de propriedade, com base no Código Civil Francês, restrições que o espírito jurídico vai consentindo e que, como observa Brugi, vão crescendo de dia para dia por efeito de uma maior valorização do interesse público". (RDA, 1945, V2, nº1, p. 108).

[170] Não há maiores detalhamentos que se seguem ao trecho transcrito; apenas ao final de seu voto, coloca: "O que, a meu ver, retira ao decreto a balda de inconstitucional, é a própria concepção de propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo desse direito definição, e, pois, limitação em lei ordinária". (idem).

> *desapropriação pela perda completa das faculdades dominicais*. (Apelação Cível nº 7377, p. 244, grifo nosso).

Na sequência, seus argumentos se revelam, pela primeira vez dentre os votos, bastante parecidos à contemporânea discussão sobre a natureza jurídica do tombamento, em que a doutrina busca entendê-lo a partir das comparações às limitações administrativas e às servidões:

> É que por se tratar de restrição sem caráter genérico, antes a alcançar preferencialmente alguns imóveis e até certos bairros ou ainda toda uma cidade morta, considero essencial a redistribuição coletiva do prejuízo, segundo a fórmula desenvolvida em longo voto, que proferi acerca da responsabilidade do Estado pelos atos danosos decorrentes de força maior. (Apelação Cível nº 7.377, p. 244).

Assim, parte da discussão tratou de estabelecer se esse grau de restrição imposto pelo tombamento era apenas uma limitação a ser suportada pelo proprietário (tese vitoriosa) ou se as limitações trazidas eram tão grandes que poderia se considerar que o direito de propriedade restava aniquilado com o tombamento; somente neste caso, a perda implicaria desapropriação.

A essa altura, cabem alguns comentários a respeito das transformações pelas quais passava o direito de propriedade entre nós; transformações que podem ser remontadas a momento que antecede ao período aqui estudado, repousando na virada do século XIX para o XX. Entre 1903 e 1909, a capital do país passava por inúmeras remodelações urbanas, com intervenções de natureza embelezadora e sanitária. Figuras marcantes do período foram o prefeito e engenheiro Pereira Passos e o famoso médico sanitarista Oswaldo Cruz, responsáveis pela transformação do Rio de Janeiro colonial e arcaico numa cidade inspirada nas ruas de Paris, bonita, atraente e higiênica. Esta transformação por óbvio implicou uma série de desapropriações, num processo contra o qual, segundo Cantisano (2018), uniram-se proprietários e inquilinos - estes formados por uma camada pobre e marginalizada, que acabou sendo expulsa para zonas mais distantes da cidade ou, perto, ocuparam precariamente seus morros, certamente não sendo beneficiados pelas transformações havidas. Dentre as resistências já estudadas por nossa historiografia – notabilizadas sobretudo no episódio conhecido como a Revolta da Vacina – houve também o recurso ao Poder Judiciário, tanto por parte dos proprietários das casas e cortiços quanto pelos inquilinos. Os últimos, ainda segundo Cantisano (2018), litigaram tomando por argumento o direito à inviolabilidade do domicílio, justamente porque não poderiam fundamentar-se no direito de propriedade, do qual não eram titulares. Por outro lado, os proprietários – e esses nos interessam aqui –

também recorreram aos tribunais, normalmente defendendo um conceito absoluto de propriedade e se revoltando contra as tendências "ultra coletivistas do governo" (CANTISANO, 2018, p. 20). "Entretanto, no início do século XX, o direito de propriedade no Brasil já apresentava traços de uma transição direcionada a uma nova ideia de propriedade, cada vez mais limitada pelo que as autoridades entendiam ser o *bem, a utilidade e a necessidade* públicos" (idem, p. 21)[171]. Neste contexto, os interesses da coletividade vinham, na fala das autoridades, contrapostos aos abusos de proprietários.

Ao que se segue a esse cenário de transformações tem sido reportado o surgimento do conceito de função social da propriedade entre nós, cuja adoção em âmbito constitucional tem sido atribuída, ainda que não expressamente usando esses termos, à Constituição de 1934[172]. No entanto, é preciso avaliar em detalhes tais assertivas. Para Cantisano (2018, p. 27), ao "invés de um conceito 'socialista' de propriedade, coletiva ou administrada pelo Estado, a arquitetura jurídica das reformas urbanas pode ser inserida em um processo de transformação do pensamento jurídico brasileiro que apontava em direção à ideia de que a propriedade possui uma função social". A introdução do conceito de função social da propriedade no Brasil tem sido atribuída à influência do publicista francês Léon Duguit (1859-1928). Para ele,

> [...] a propriedade é uma instituição jurídica formada para atender a uma necessidade econômica, como as demais instituições jurídicas, e que necessariamente evolui com essas mesmas necessidades econômicas. Em nossas sociedades modernas, a necessidade econômica à qual a instituição jurídica da propriedade veio atender está passando por uma transformação profunda; portanto, a propriedade como uma instituição legal deve ser transformada. A evolução ainda está em curso no sentido socialista. Ela é determinada por uma interdependência mais estreita dos diferentes elementos sociais. Por isso mesmo, a propriedade se torna socializada, se assim se pode dizer. Isso não significa que se torne coletiva no sentido das doutrinas coletivistas[173], mas significa duas coisas: primeiro, que a propriedade individual deixa de ser um direito do indivíduo [direito subjetivo] para se tornar uma função social e, em segundo lugar, que se tornam cada vez mais

[171] Ainda segundo Cantisano (2018), os juristas da segunda metade do século XIX já entendiam que o direito de propriedade não era absoluto, tendo limitações. Cita Teixeira de Freitas que, responsável por redigir o primeiro código civil brasileiro, apresentou a propriedade como um direito absoluto, não obstante tenha deixado registrado que as restrições que harmonizavam o direito de propriedade com "as exigências do bem social" (p. 24) ficariam a cargo das leis de polícia, termo de que se vale.

[172] Artigo 113, 17: "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou collectivo, na fórma que a lei determinar", inserido no Capítulo II, Dos Direitos e das Garantias Individuais. Antes de oferecido o texto substitutivo, o original contemplava expressamente a locução "função social": "a propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo". (BRASIL, **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte –** 1933/1934. Vol. XII, 1936, p.271 Apud MALDANER, 2015, p. 72-3).

[173] Em outros trechos da obra, Duguit reitera que o uso do termo socialista se dá em razão da falta de outro que melhor cumprisse o papel, salientando não haver nenhuma adesão a qualquer partido socialista. O objetivo era essencialmente marcar a oposição entre um sistema jurídico que se fundava sobre a ideia de direito subjetivo da pessoa e o que se fundava sobre a ideia de uma regra social que se imporia ao indivíduo.

> numerosos os casos de destinação de riquezas às comunidades, que devem ser legalmente protegidas. (1912, p.148)[174].

"A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário, ela é a função social do detentor da riqueza"[175] (DUGUIT, 1912, p.158, tradução livre): eis aqui, para Duguit, a síntese da transformação pela qual passava o conceito jurídico de propriedade, que deixava para trás uma concepção puramente individualista do Direito, tão marcadamente inserida na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, bem como no Código de Napoleão, de 1804. Ainda, o sistema jurídico cristalizado nestes dois documentos descansaria sobre a concepção metafísica (abstrata, não amparada em fatos) de direito subjetivo, em oposição ao sistema que delineava, elaborado sobre bases realistas, a partir da experiência e dos fatos. Para o autor, o conceito de direito subjetivo estava impregnado de artificialismos e precariedade, longe do realismo que entendia ideal, do que decorria a própria dificuldade em conceituá-lo[176]. Como noção que implicaria sempre uma vontade em face de outras, necessariamente estabeleceria uma hierarquia entre elas; seu caráter metafísico (qual vontade seria hierarquicamente superior?) se associava, ainda, a uma concepção individualista[177] da sociedade e do direito objetivo (a regra de conduta). Por sua vez, a noção de função social, que defendia, estaria ancorada numa concepção puramente realista e, tanto por isso, deveria superar o metafísico conceito de direito subjetivo:

> O homem não tem direitos; a coletividade, tampouco. Mas todo indivíduo tem na sociedade uma certa função a cumprir, uma certa tarefa a executar. E esse é precisamente o fundamento da regra de direito que se impõe a todos, grandes e pequenos, governantes e governados.

---

[174] No original: "[...] la propriété est une institution juridique qui s'est formée pour répondre à um besoin économique, comme d'ailleurs toutes les institutions juridiques, et qui évolue nécessairement avec les besoins économiques eux-mêmes. Or, dans nos sociétés modernes le besoin économique auquel était venue répondre la propriété institution juridique se transforme profondément; par conséquent la propriété comme institution juridique doit ele-même se transformer. L'évolution se fait encore ici dans le sens socialiste. Elle est encore déterminée par une interdépendance des différents éléments sociaus de plus em plus étroite. Par là même, la propriété se socialise, si je puis ainsi dire. Cela ne signifie pas qu'elle devienne collective au sens des doctrines collectivistes; mais cela signifie deux choses: d'abord que la propriété individuelle cesse d'être um droit de l'individu pour devenir une fonction sociale, et en second lieu que les cas d'affectation de richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégés, deviennent de plus em plus nombreux".

[175] "La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; ele est la fonction sociale du détenteur de la richesse", no original.

[176] Algumas das definições que Duguit fornece para direito subjetivo: "[...] é o poder que corresponde a uma vontade de impor-se como tal a uma ou várias vontades, quando se quer algo que não está proibido pela lei" (p.10) ou, tomando a definição de Jellinek, "[...] um poder de querer, ou o poder de impor aos demais o respeito de sua vontade" (idem) e, por fim, de Ihering, "os direitos são interesses juridicamente protegidos"; (idem, tradução livre).

[177] Concepção que também seria completamente estranha à realidade: para Duguit, a ideia de homem natural, isolado, com direitos anteriores à sociedade era pura ficção; como ser social, o homem teria sempre vivido em sociedade.

> E esta também, propriamente, uma concepção de ordem realista e socialista, que transforma profundamente todas as concepções jurídicas anteriores [...]. (DUGUIT, 1912, p. 19-20)[178].

Desdobrando sua explanação, Duguit chega à materialização deste entendimento sobre o direto de propriedade:

> O proprietário, ou melhor, o possuidor de uma riqueza, tem, pelo fato de possuir tal riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre esta missão, seus atos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou a cumpre mal, se, por exemplo, não cultiva sua terra ou deixa arruinar sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino. (DUGUIT, 1912, p. 21)[179].

Alisson Maldaner (2015) em sua dissertação *De expressão a conceito: função social e função social da propriedade no Brasil de 1870 a 1934* traz, a partir de uma perspectiva histórica, a forma como os conceitos de função social e função social da propriedade foram se moldando no Brasil, notadamente a partir do final do século XIX até os debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte de 1934, quando, de forma bastante reservada e, inclusive, não com esses termos expressa, a ideia ganha assento constitucional. Desse recorte se vale o autor para demonstrar que a categoria função social e função social da propriedade não nascem com a Constituição de 1934[180], mas que estavam presentes em discursos anteriores. Especificamente quanto à função social da propriedade, Maldaner entende que

> Ela [a teoria de Duguit] foi usada muito mais como suporte retórico do que como substrato de uma discussão teórica sobre a natureza e o conteúdo dos direitos, servindo, inclusive, para a defesa de concepções do direito rechaçadas por Duguit. Não se trata de diminuir a importância da teoria deste autor, um dos primeiros (e o mais conhecido) a de fato teorizar acerca da função social da propriedade, mas apenas de reconhecer que o debate brasileiro não estava alinhado com suas ideias,

---

[178] No original: "L'homme n'a pas de droits; la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine foction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands e petits, gouvernants et gouvernés.
Cela est aussi propremente une conception d'ordre réaliste et socialiste, qui transforme profondément toutes les conceptions juridiques antérieures [...].

[179] No original: "Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de proprétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse as maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est legitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination".

[180] Para Maldaner (2015, p. 6), "Seu conceito carregava a marca de seu tempo, e estava claramente associado ao aporte no Brasil das teorias de base organicista, especialmente a de Auguste Comte [uma das inspirações de Duguit, conforme este mesmo declarava], que extraíam a categoria função da Biologia e a utilizavam na análise do 'corpo' social. Aqui, 'função' indica qual é o papel, tarefa e/ou obrigação de determinado 'órgão', e 'social' indica que se dá em relação à sociedade como um todo". Contudo, para Maldaner, é a partir dos anos 20 que o conceito começa a se revestir de um papel transformador, "atribuindo-se à propriedade (ao capital privado, de modo geral), a função social de conduzir a nação ao desenvolvimento". (idem, p. 7).

> tendo chegado a uma solução conceitual muito distante daquela proposta pelo autor. (MALDANER, 2015, p. 6).

Nesse sentido, se em Duguit temos que a propriedade *é* uma função social, na maioria dos autores brasileiros a leitura será a de que ela *possui* uma função social – o que implicará sua descrição a partir das limitações que o direito de propriedade (ainda um direito subjetivo) pode acomodar. Para Maldaner (2015, p. 67), "Duguit e sua teoria da propriedade-função social são lembrados muito mais para reforçar a necessidade de se abandonar uma perspectiva extremamente individualista do direito de propriedade, que para instituir um sistema de direito objetivo, como queria o autor francês"[181]. Esse amoldamento da teoria de Duguit entre nós também se cristalizou na Constituição de 1934, onde os debates pouco se vincularam a seus escritos: não houve no processo constituinte uma discussão mais consistente do que de fato seria o conteúdo deste direito (MALDANER, 2015)[182], o que certamente nos faz remontar à baixa discussão travada no processo legislativo que deu origem ao decreto-lei do tombamento e suas imbricações com o direito de propriedade, já abordada neste trabalho.

Voltando para o que especificamente é tratado nesta tese, a fundamentação do tombamento a partir da função social da propriedade nos parece mais fortemente uma associação contemporânea, não expressamente formulada ou até mesmo desenvolvida nas origens deste instrumento. De fato, o que as fontes da pesquisa nos indicaram foi notadamente a justificação do tombamento sobretudo a partir da superioridade do interesse público (ou variantes que parecem ter sido colocadas indistintamente, como interesse social ou coletivo), que deveria ser garantido por uma atuação do Estado quando houvesse conflito com interesses individuais ou particulares. A referência à função social (ou dever social, como às vezes mencionado) foi feita sempre de forma genérica, sem maiores remissões à teoria de Duguit e sobretudo sendo tratada a partir de reflexões sobre o quanto de limitação o instrumento trazia ao direito de propriedade, justamente porque ainda entendido como um

---

[181] Uma interessante constatação no trabalho de Maldaner é de que, embora Duguit seja considerado o "pai da função social da propriedade" entre nós, fato é que as referências que apareceram sobre o autor na imprensa (em pesquisa realizada na base da Hemeroteca Digital Brasileira, em periódicos de diferentes tipos e no período que se estendeu de 1900 a 1929, um ano após sua morte) estão muito mais ligadas a outros temas (separação de poderes, questões atinentes ao funcionalismo público, liberdade de reunião e opinião, dentre alguns outros) do que propriamente à função social da propriedade.

[182] "Mesmo ante a falta de debate sobre seu conteúdo, na maior parte das vezes, a função social da propriedade (bem como outras medidas de caráter 'socializante') é defendida como um sinal irrefutável dos tempos modernos, de modo que a Constituição, de uma forma ou de outra, deveria incorporar a concepção moderna da propriedade, admitindo sua orientação conforme o interesse coletivo. Era esse o caminho para o progresso". (MALDANER, 2015, p. 69).

direito subjetivo (a ser conformado e limitado) e não como uma função social. Neste sentido, a propriedade foi tratada como tendo uma função social e não como sendo função social[183].

Ainda sobre o tombamento, de qualquer maneira chama atenção ver que um instrumento tão novo na ordem jurídica, parte de um tema maior – a propriedade, que passava por significativas mudanças desde a virada do século -, tenha tido numerosamente poucas publicações nas revistas analisadas. Talvez seja interessante, pra compreender essas razões, estabelecer paralelo com outro instrumento, detentor de características que o habilitam à comparação, motivo pelo qual elegemos a desapropriação que, frequentemente associada ao tombamento, é também uma forma de intervenção do Estado na propriedade.

3.2 – Quanto vale? A desapropriação e o *quantum* indenizatório

Quase do mesmo período do decreto-lei nº 25, de 1937, foi editado o decreto-lei nº 3.365, de 1941, dispondo sobre a desapropriação por utilidade pública. A desapropriação não era um instrumento desconhecido: podemos vê-la como parte das medidas necessárias para a construção das ferrovias e para as reformas urbanas, como as do Rio de Janeiro da virada do século XIX para o XX, acima citadas. Desapropriação é, como o tombamento, instrumento de intervenção do Estado na propriedade; no entanto, foi normatizada já de início tendo como contrapartida a necessária indenização[184]. O fato de tê-la previsto, contudo, não tornou o instrumento imune a ataques e questionamentos – que se refletiram numa série de processos

[183] Ao falar sobre as transformações do Direito durante o governo varguista e, mais notadamente sobre o direito de propriedade, Pedro Batista Martins assim escreveu no artigo *Getúlio Vargas e a Renovação do Direito Nacional*: "Para o Sr. Getúlio Vargas, que, na tarefa da reestruturação jurídica do país, não reconhece a existência de domínios fechados à intromissão do Estado, tem sido sempre possível a conciliação *dos direitos subjetivos com os interesses fundamentais da comunidade.* A propriedade não é hoje um direito que o indivíduo possa exercer apenas para satisfação de interesses egoísticos. Quem a deixa de explorar integralmente, extraindo dela as utilidades que pode produzir, terá traído a economia nacional, interessada no florescimento de novas riquezas, e deverá, por isso, decair da proteção do Estado, que não pode sancionar o exercício anti-social dos direitos, qualquer que seja a sua natureza, o seu conteúdo e a sua finalidade". (Forense, 1940, v. 84, p.265, grifo nosso).

[184] Vejamos: Constituição de 1934, art. 17: "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, *mediante prévia e justa indenização*. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior". Constituição de 1937: "Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, *mediante indenização prévia*. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício". Um pouco antes do período estudado, já prescrevia a primeira constituição do Brasil republicano (1891): "Art. 72, § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, *mediante indenização prévia*".

judiciais -, sobretudo tomando como mote o ônus imposto ao proprietário em razão dos parâmetros estabelecidos para calcular a indenização devida. O artigo 27, parágrafo único, do decreto-lei nº 3.361, de 1941, estabelecia que as propriedades sujeitas ao imposto predial teriam o *quantum* de indenização fixado entre dez e vinte vezes o valor locativo, "deduzida previamente a importância do imposto e tendo por base esse mesmo imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação". Inúmeras foram as demandas judiciais que questionaram o teto estabelecido como máximo, dizendo que ele não representaria a justa indenização; em terrenos que se valorizavam pelas remodelações das áreas urbanas, não foram poucos os que defenderam que a observância desse limite superior resultava em perdas para o proprietário. Jurisprudência e doutrina se dividiram, com argumentos para ambos os lados: a favor da desconsideração do teto, dizia-se que em muitos casos ele não atenderia ao sentido próprio do termo indenizar, que é tornar *indene*, isto é, deixar livre de perda ou dano, preceito contido na Constituição. Afirmava-se, também, que o decreto-lei nº 3.361 trouxe como inovação uma posição mais ativa do juiz na definição desse *quantum*, o que não se coadunava com a rigidez dos limites impostos. Favoráveis a que se respeitassem as balizas da lei, juristas alegavam que todas as constituições anteriores à de 1937 empregaram o termo "*indenização"* ao mesmo tempo em que leis infraconstitucionais adotavam limites e que isso jamais teria dado motivo a alegações de injustiça. Reforçando essa posição, acrescentavam que o momento não mais assegurava o direito de propriedade em toda sua plenitude, tendo a Carta de 1937 deixado a definição de seu conteúdo ao legislador ordinário (como vimos, mesmo argumento usado para justificar a viabilidade do tombamento). Apontavam também para a clareza e para o texto da lei, que era expresso e que, portanto, não poderia ser ignorado. Neste sentido, Carlos Medeiros Silva, em comentários à apelação nº 2.276 (RDA, 1945, V1, nº1) cita texto de Paula Batista:

> Em nenhum caso, porém, é permitido negar execução ou alterar o sentido de uma lei clara por ser a sua letra rigorosa, dura e desarrazoada, e não se lhe poder atribuir um motivo justo e razoável; porquanto a ignorância dos verdadeiros motivos da lei não a faz decair de sua força e autoridade, e por muito que o intérprete presuma de si, deverá convencer-se de que, neste caso, a falta é antes sua do que do legislador (RDA, 1945, V1, nº1, p. 98).

Uma das principais razões dos limites máximos que a lei estabelecia era dar ao poder público a previsibilidade de gastos a serem empenhados nos processos das reformas urbanas. No final dos anos 30, as remodelações na capital do país (e em outros lugares, como São Paulo, com o Plano de Avenidas de Prestes Maia) se intensificam, como se vê nas palavras de Henrique Dodsworth, prefeito do Distrito Federal durante o Estado Novo, ao falar sobre a

grandiosidade da obra da Avenida Presidente Vargas, que resultaria "na demolição das quadras edificadas compreendidas entre as ruas Visconde de Itaúna e General Câmara, de um lado, Senador Euzébio e São Pedro, de outro. Ao todo 525 prédios, incluindo quatro Igrejas, seis Bancos, o Edifício do Paço e um Mercado*"*. (DODSWORTH, 1955, pp. 5-6)[185]. Saber exatamente o quanto se gastaria num plano com essas dimensões era condição fundamental para que fosse, de fato, concretizado.[186]

A proposta de Dodsworth para a capital federal sofreu um imprevisível revés com a publicação, para recebimento de sugestões, do anteprojeto que resultaria no decreto-lei nº 3.361, tratando da desapropriação por utilidade pública. Anterior a ele – norma na qual o plano para a Avenida Getúlio Vargas havia se ancorado – vigia o decreto nº 4.956, de 9 de setembro de 1903, que, além de não conferir amplos poderes ao juiz no arbitramento do *quantum* indenizatório, ainda trabalhava com valores objetivos, que fixavam esta quantia em patamares máximos e mínimos, o que o anteprojeto da lei de desapropriação, nessa primeira versão, não mais previa. Reformada tal prescrição – e considerando que o decreto-lei nº 3.361 deveria ser aplicado inclusive para as desapropriações já em curso – os valores despendidos pelo poder público da capital federal com as desapropriações não poderiam mais ser estimados para fins de quantificação do plano. Some-se à perda da previsibilidade a possibilidade de serem significativamente majorados sem a existência do teto máximo. Ante a essa possibilidade, Dodsworth (1955) relata ter sido necessário dirigir-se reiteradas vezes ao Presidente da República, ao Ministro da Justiça e à Comissão de Estudo de Negócios Estaduais, para transmitir pareceres elaborados pela prefeitura e "defender pontos de vista sem cuja adoção anular-se-ia o esforço já tão penosamente despendido – cerca de quarenta anos depois da abertura da Avenida Central [...]". (DODSWORTH, 1955, p. 7).

A essa campanha por alterações no anteprojeto se juntaram, conforme narrativa do então prefeito, várias entidades dos Estados, juristas ilustres (e cita expressamente Philadelpho Azevedo que, como vimos, entendia a necessidade de indenização para os casos de tombamento), o Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, o Clube de Engenharia etc.. Como forma de contribuir e resolver o problema que o decreto-lei certamente causaria

[185] E, para além dessa grandiosa obra, ao menos outras quatro de vulto haviam sido programadas para 1941, conforme o próprio Dodsworth (1955, pp. 4-5): Avenida Brasil, duplicação do Túnel do Leme, conclusão da Esplanada do Castelo e demolição do Morro de Santo Antonio.

[186] *"Aos trabalhos de engenharia precederam os estudos relativos às questões de direito e de finanças, uns e outros sujeitos a esforço obcecado da administração municipal para resolvê-los, a fim de evitar o malogro do plano de obras* [..."]. (DODSWORTH, 1955, p. 6).

para a construção da Avenida Getúlio Vargas, a Comissão do Plano da Cidade entregou ao Ministro da Justiça os fundamentos para sua alteração:

> De nada valem, todavia, os planos e a faculdade de desapropriar, se o método a adotar para as avaliações dos imóveis for o de perícias, pois os obstáculos frequentes das discussões intermináveis e inseguras das avaliações das propriedades pelo sistema de perícias retardarão consideravelmente a execução da desapropriação.
> Além de obstar a Administração Pública de ter uma estimativa orçamentária prévia e segura sobre o vulto da desapropriação que um determinado plano de urbanização pode acarretar, bem como a sua viabilidade econômica, pois ficará ao arbítrio de um perito estranho à sua organização, tem o grande inconveniente das delongas judiciais, apontado acima. [...]
> Seria conveniente manter o método da lei de 1903 modificando apenas os coeficientes de modo a atualizá-los. Será mais técnico e mais rápido, além disso constitui um hábito com o qual o público já se amoldou. (DODSWORTH, 1955, pp. 9-10).

A posição da prefeitura do Distrito Federal também se reforçava com parecer de seu procurador-geral, Dr. José Saboia Viriato de Medeiros, onde afirmava que a

> [...] modificação profunda introduzida no modo de fixar o preço ou valor da indenização pelo novo decreto que é, neste particular, de um liberalismo radical, com prejuízo grave da ação da autoridade expropriante, e, no caso da Prefeitura do Distrito Federal, subverte completamente o vasto plano de urbanização projetado e encetado por V. Ex.ª. [o presidente Getúlio Vargas]. (DODSWORTH, 1955, pp. 25-6).

Quase um ano após a publicação do anteprojeto para apreciação, é editado o decreto-lei nº 3.361 que, se por um lado manteve o ativismo maior dado ao juiz no arbitramento da indenização, por outro, acatou as sugestões acima expostas, recuperando da norma de 1903 a existência de parâmetros máximos e mínimos na definição da quantia indenizatória; alterou, contudo, o intervalo, que em 1903 estava entre 10 e 15 vezes o valor locativo e que passava então a ser representado por 10 e 20 vezes do mesmo valor (artigo 27, parágrafo único). Posta a lei, não demorou para que os tribunais fossem abarrotados por demandas a ela relacionadas; inicialmente, proprietários questionavam a existência do teto máximo, alegando que o mesmo figurava injustiça na grande maioria dos casos. Em desdobramentos futuros, outros pontos foram atacados.

Na briga entre proprietários e poder público, nos mais diversos casos de desapropriação que ocorriam pelo país, o lastro das justificativas de juízes que davam ganho da causa à administração pública – garantindo os valores pré-fixados - era construído a partir do conceito de interesse público e de função social da propriedade. Em sentido contraposto - e não desconsiderando a existência do interesse público, até mesmo argumentando a partir

dele -, um desembargador rebateu os argumentos do juiz de primeira instância e do perito nomeado, defendendo a superação do teto máximo legal:

> Influenciado por idêntico ponto de vista, foi, sem dúvida, o honrado assistente técnico da apelada, o que o levou a querer justificar em seus esclarecimentos em fls. 95, cuja conclusão foi totalmente adotada, que, 'para o caso do terreno devemos levar em conta que o preço não pode ser o adotado com caráter de negócio, e sim visando a obra de caráter público e de seu benefício para a população urbana, na qual a Prefeitura desprende vultoso capital'. Não há, entretanto, razões nas afirmações acima transcritas. Se é certo que a propriedade já não se considera como sendo direito absoluto, o direito subjetivo do proprietário, e sim representando a função social de detentor da riqueza a que ela corresponde, *não é menos certo que com essa concepção o direito de propriedade inviolável continua assegurado pela Constituição*, e o Estado somente pode exigir o seu sacrifício, por necessidade ou utilidade pública legalmente verificada e mediante prévia indenização.
> [...]
> Dentro destes termos, estritos, estabelecidos pela própria Constituição, é que a desapropriação pode ser legalmente imposta, e, assim, *a invocação da necessidade ou da utilidade pública não justifica senão estritamente a expropriação, e jamais poderá servir de pretexto para impor ao proprietário o sacrifício maior, de privá-lo de parte da indenização que a mesma Constituição lhe assegura em tal caso***,** o que a tanto equivale pagar pela coisa desapropriada quantia inferior àquela que efetivamente corresponde ao seu justo valor. (Apelação nº 2276. Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Voto de Henrique Fialho, redator. p. 101-2, grifo nosso)[187].

Nesse sentido, o voto do desembargador não desconsiderou a existência do interesse público, mas argumentou, com base nele, que ao Estado competia unicamente o poder de desapropriar – que, por si, já era um ato de império e uma imposição de vontade justificada por esse interesse superior. Indo além, impunha ao proprietário um ônus que não lhe cabia, transformando a desapropriação em confisco.

Importa dizer que os argumentos foram se somando, lado a lado, e marcando uma jurisprudência nunca antes dividida quanto ao tema. Vários juristas constatavam o fato, e creditavam-no na conta das valorizações urbanas trazidas pelas reformas embelezadoras, que faziam o preço dos imóveis (ou terrenos) atingirem patamares jamais vistos. A situação foi se arrastando, mas por fim houve a pacificação da jurisprudência, que sedimentou o entendimento de que os mínimos e máximos poderiam ser desconsiderados[188].

---

[187] *In* Revista de Direito Administrativo (RDA), 1945, V1, nº1.

[188] "Vozes autorizadas pronunciaram-se pela intransponibilidade, dentre as quais destacamos a do Desembargador Seabra Fagundes, Carlos Medeiros Silva, autor do anteprojeto, e Eurico Sodré, para só citar os mais eminentes como juristas e especialistas no assunto. Todavia, é sabido que o princípio da transponibilidade do máximo legal acabou por se impor como definitivo". (Comentários ao Recurso Extraordinário nº 9.296 in RDA, 1947, V. 10, p. 86). Neste mesmo comentário, foi citado o acórdão da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, publicado na Revista Forense, vol. 108, pág. 512, que se

Assim, seis anos após intensa aplicação[189] do decreto-lei nº 3.365 pelo poder público e a grande mobilização dos litígios levados aos tribunais, chegava-se, de certa forma, à pacificação jurisprudencial que tendeu a equilibrar entre o poder público e o particular, ainda que momentaneamente, ônus e bônus decorrentes do processo de urbanização. Também deste período é a Constituição de 1946, que trouxe inovação ao prescrever que o pagamento das indenizações, além de prévio - como já estabelecido na Carta de 1937 -, deveria ser também em dinheiro, ainda retomando do texto constitucional de 1934 o adjetivo "justa" para qualificar indenização. A pacificação dos tribunais quanto ao artigo 27, sem que tivesse havido alteração da lei, vez ou outra permitiu que este tema fosse rediscutido, até que em 1955, quase quinze anos após a edição do decreto-lei, foi protocolado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 466, de autoria do deputado federal Bilac Pinto, visando alterar a norma que versava sobre desapropriação por utilidade pública. Na exposição de motivos, o parlamentar trouxe vários dos problemas discutidos nos tribunais nos anos de aplicação da referida lei; especificamente sobre o parágrafo único do tão polêmico artigo 27, confrontado com a nova Carta de 1946, assim arguiu:

> O inciso nº 16 do art. 141 da Constituição, ao assegurar ao expropriado 'justa indenização[190]' concede a este um direito que não pode ser restringido pelo legislador ordinário.
> A rígida fórmula legal de estimativa do valor dos imóveis urbanos, sujeitos ao imposto predial, não constitui processo adequado para a fixação do valor real do bem a ser desapropriado que deverá constituir o *quantum* da sua justa indenização. (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 466, de 1955. Disponível em <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em 05. jun. 2018).

Ao atacar outros pontos conflituosos da lei, como a imissão na posse em caso de urgência, Bilac expressou o desafio que se estendia a todo quanto discutido:

> Foi grande a dificuldade que defrontamos para estabelecer o ponto de equilíbrio entre os interesses do Poder Público e do particular desapropriado.
> Não estamos seguros de ter encontrado a fórmula mais feliz de harmonização do conflito dos direitos sociais e individuais que surge quando o Estado tem necessidade de imitir-se provisoriamente na posse do bem desapropriado.

---

tornou o caso paradigmático. Infelizmente, da publicação constou apenas a ementa, com o que não pudemos saber detalhes do caso.

[189] Podemos, para citar casos expressivos do período que resultaram em inúmeras desapropriações, lembrar as remodelações urbanas para a construção das Avenidas Presidente Vargas e Brasil, no Rio de Janeiro – bem como de algumas outras áreas centrais na capital do país -, e as grandes reformas ocorridas em São Paulo, como a originada a partir das ideias de Prestes Maia e seu Plano de Avenidas, concebido em 1930, com implantação nas décadas que se seguiram.

[190] Como citado, a Carta de 1946 retoma o adjetivo "justa", que qualificava o termo indenização, e que já estivera presente na Constituição de 1934, mas que, provavelmente para não macular de inconstitucional muito do que pretendia o Governo de 37, fora excluído da Constituição do Estado Novo.

> Contamos, por isso mesmo com a colaboração dos parlamentares e dos órgãos técnicos das duas casas do Congresso, no sentido de aperfeiçoar neste e em outros pontos, o nosso projeto, a fim de que ele possa atender plenamente aos altos objetivos que tem em vista. (Arquivo da Câmara dos Deputados. PL nº 466, de 1955. Disponível em <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em 05. jun. 2018).

Antes mesmo da revogação expressa do artigo 27, mas logo após a pacificação jurisprudencial, outros temas começam a ser trazidos, numa nova queda de braços onde proprietários mostravam seu descontentamento quanto a diversos ônus que iam além daquele dado pelo teto indenizatório. Foram, dentre outros, o questionamento de quem arcaria com os honorários advocatícios; o momento a ser considerado para mensuração do valor de indenização (se na expedição do decreto expropriatório ou na fase propriamente executória, portanto em tempo futuro e quando, fatalmente, o imóvel estaria valorizado); possibilidade de apreciação e mensuração de danos causados pelo ato expropriatório; indenização também pela perda dos fundos de comércio, dentre outros tantos ligados ao problema da divisão da conta - primeiro somente dos prejuízos, depois também dos lucros – originados pelas remodelações urbanas. Muitos desses pontos foram também pauta do PL nº 466, que foi convertido na Lei nº 2.786, de 21 de maio de 1956, e que promoveu a revogação de vários artigos ou parágrafos do decreto-lei nº 3.365 – inclusive o parágrafo único do artigo 27 – também incluindo algumas inovações, todas elas suavizadoras das restrições que o Estado impunha ao particular.

É interessante analisar como em tão pouco tempo o assunto movimentou o meio jurídico, envolvendo primeiramente tribunais, ministros e juristas e, por fim, legisladores. Se considerarmos apenas as *Revistas de Direito Administrativo*, desde 1945, quando temos seu primeiro volume, até 1956, ano de edição da lei que altera grande parte dos pontos controversos da norma de 1941, constatamos cerca de 190 artigos publicados sobre o tema[191], dentre opiniões de juristas e sentenças ou acórdãos significativos. Diferentemente, o tombamento teve no período apenas cinco publicações – duas na *Revista Forense*[192] e três na *RDA*[193]. Desses cinco artigos, quatro deles trataram do mesmo tombamento - o Arco do

[191] Número que deve ser considerado levando-se em conta que a revista era trimestral.
[192] O primeiro deles, o volume 82, de 1940, que trouxe a sentença de primeiro grau, e o segundo, o volume 98, de 1944, trouxe a decisão referente à possibilidade de julgamento de atos discricionários pelo Tribunal, com os comentários de Prudente de Moraes Neto.
[193] Os anos 40 tiveram apenas dois artigos publicados sobre o assunto e, nos anos 50, somente um (na RDA de 1958, volume 52, quase ingressando na década seguinte). Os anos 60 e 70 foram os mais profícuos, com 16 publicações (dez na década de 60 e seis na de 70). O interesse pelo assunto diminui nos anos seguintes: anos 80, três publicações; década de 90, cinco. A partir de 2000, apenas duas trataram diretamente do assunto.

Teles (dois na *RDA* e dois na *Forense*) -, e o quinto, de 1958, foi a publicação do parecer do Consultor Geral da República, A. Gonçalves de Oliveira, acerca do tombamento do Parque Lage. Se comparado à desapropriação, por que o tombamento teria aparecido tão timidamente em revistas como essas?

É importante ressaltar que, para além das páginas dos periódicos, a desapropriação também era assunto recorrente em publicações monográficas, o que não vemos no caso do tombamento. A esse respeito, Carlos Medeiros Silva nos dá um importante retrospecto, publicado na seção "Bibliografia" da *Revista de Direito Administrativo V. 2, n. 2, de 1945* (pp. 924-26)*:*

> 1. A legislação de 1903 sobre desapropriação despertou a atenção dos estudiosos e a bibliografia jurídica nacional foi enriquecida com algumas obras notáveis sobre o assunto. À obra de Solidônio Leite, "Desapropriação por utilidade pública, La ed., 1903, 2.a ed., 1921, seguiram-se as de F. Whitaker, "Desapropriação", 2.a ed., em 1926, a de Eurico Sodré, "A desapropriação por necessidade ou utilidade pública", 1928, e a de Celso Espínola, "Desapropriação por necessidade ou utilidade pública", 1930, e a de Luís Antônio da Costa Carvalho, "Do direito da desapropriação", 1933. Além destes, outros trabalhos de menor tomo, versando o instituto, foram produzidos, sem contar as referências nas obras de direito administrativo e de direito civil (p. 924).

Em seguida, passa a falar das publicações após a edição da então nova norma, o decreto-lei nº 3.361, de 1941:

> 2. A nova lei, de 1941, tem tido a mesma fortuna. Seabra Fagundes, em 1942, editou sólida obra, recomendável tanto pela segurança dos critérios preconizados para a exegese do direito novo, como pela documentação produzida a propósito das questões versadas ("Da desapropriação no direito brasileiro", Rio, 1942, 506 págs.). Manuel de Oliveira Franco Sobrinho publicou "Desapropriação por utilidade pública", e J. de Oliveira Cruz, "Da desapropriação", ambos em 1942. 3 . Eurico Sodré apresenta agora uma segunda edição de sua apreciada monografia, atualizada com a legislação e a jurisprudência." (idem).

Entendendo o cenário e a reverberação das discussões sobre a desapropriação nos meios jurídicos – com o que agora temos elementos comparativos -, voltemos ao tema principal: o tombamento.

3.3 – O pouco discutido tombamento

Se a desapropriação foi pauta frequente – inclusive se comparada a outros temas publicados na *RDA* -, o mesmo não se diz sobre o tombamento. Pode-se falar num desinteresse do tema para o Direito? Não sem dissonâncias internas, que apareceram sobretudo em votos vencidos

nos autos do Arco do Teles, rapidamente firmou-se, quanto ao tombamento, entendimento de que a limitação ocasionada pelo instrumento era suportável pelo proprietário quando não lhe esvaziasse completamente o conteúdo do direito de propriedade, e a questão intervenção estatal *versus* direito de propriedade rapidamente se acomodou no período estudado[194]. Num sentido oposto, ainda que já de partida as indenizações fossem devidas para os casos de desapropriação, isso não bastou para que discussões sobre esse montante fossem afastadas dos Tribunais, onde partes litigaram por um tempo até que o teto máximo fosse derrubado. O autor do decreto de desapropriação, Carlos Medeiros Silva, tratou do tema numa das publicações feitas na *RDA*, intitulada *A desapropriação por interesse social:*

> Propriedade e desapropriação são dois pratos da mesma balança cujo fiel é o interesse público. Este é que deverá ditar, em cada caso, a preponderância de uma ou de outra. Mas a noção do interesse público varia no tempo e no espaço. À medida que o Estado liberal cede o lugar ao Estado intervencionista, à proporção em que é chamado a desempenhar tarefas até então deixadas à iniciativa privada, a noção do interesse público se amplia.(RDA, 1952, V29, p. 3).

E após longa explanação, conclui:

> O conceito da propriedade como função social, sujeita às limitações impostas em lei, visando ao bem comum, introduzido na Constituição de 1934 e reproduzido nas posteriores, não encontra nos tribunais, *em se tratando de desapropriação*, qualquer ressonância. A partir de 1943 se vem acentuando a tendência de repudiar todas as restrições legais à indenização, a fim de que ela seja a mais completa possível, contra o Estado.
> O critério do valor locativo para a avaliação dos imóveis urbanos, estabelecido em 1855, revigorado em 1903 e reproduzido na lei que rege as desapropriações, baixada em 1941 (decreto-lei 3.365, de 21-6-41), e cujo anteprojeto tive a honra de redigir, foi posto à margem pelos Tribunais. Este mesmo critério vigorou, com assentimento do Supremo Tribunal Federal, em época em que o interesse social não tinha ainda assumido posição preponderante em face do individual. *Assistimos, assim, a uma verdadeira contradição. Enquanto as Constituições e as leis se impregnam do interesse coletivo, os seus intérpretes judiciários se esforçam em dar ao interesse individual, em tema de desapropriação, uma proteção que ele jamais teve*. (RDA, 1952, V29, p. 7, grifos nossos).

No caso do tombamento, o fiel da balança parece rapidamente ter encontrado o equilíbrio, e o entendimento acerca da ausência de indenização como regra foi cristalizado logo a partir dos primeiros julgados, sobretudo o do Arco do Teles que, por ter sido discutido no plenário da Suprema Corte, era recorrentemente evocado quando demandas novas surgiam com

[194] Quanto à revisão do ato de tombamento (isto é, decidir se o bem tinha ou não valor histórico ou artístico), vimos que os tribunais reservaram para si essa função, o que fez com que a diligência do Instituto do Patrimônio fosse sempre mantida. No entanto, a ideia de técnica que permeava todo o processo de construção desse acervo cultural serviu para assegurar ao órgão de patrimônio dose suficiente de soberania em suas decisões, que efetivamente só seriam abaladas em razão de erro quanto aos fatos, coisa que parece não ter acontecido nesses primeiros anos.

idêntica causa de pedir. Em trecho do mesmo artigo citado acima, Carlos Medeiros afirma que a ideia de que o interesse social deveria prevalecer sobre o individual era pacífica entre os doutrinadores do período (à exceção dos casos de desapropriação, como ele chamava a atenção). Talvez fosse exagero – ou tentativa de angariar credibilidade à sua própria ideia - ampliar este entendimento para a totalidade de juristas contemporâneos seus (por que a desapropriação seria exceção?). Lembremos que as discussões sobre a propriedade, no caso do Arco do Teles, foram intensas e com votos discordantes. Especificamente para os casos de tombamento, temos indícios (dados pelo baixo número de contestações administrativas) de que os tribunais possivelmente não tenham sido tão intensamente demandados sobre o assunto, o que fez com que rapidamente a jurisprudência se firmasse no sentido que tomou. Por sua vez, ainda que eventualmente numerosos, é possível que muitos dos casos levados a julgamento não tivessem dado ensejo, pelo assunto discutido, como veremos, a novos debates sobre tombamento e direito de propriedade. Não esquecendo que a movimentação do Poder Judiciário se dá por provocação das partes, quais teriam sido os possíveis motivos para a baixa mobilização desse poder?

Voltando ao caso das desapropriações – e retomando os números dados por Dodsworth (1955) – temos que o então prefeito do Distrito Federal informou que, apenas para o caso da Avenida Getúlio Vargas, 525 prédios haviam sido demolidos (e, portanto, em sua grande maioria - à exceção daqueles cujo domínio pertencesse ao Distrito Federal -, desapropriados). Somam-se a este montante desapropriações para outras obras de remodelação em curso no RJ, também citadas pelo prefeito, bem como inúmeras outras que aconteciam em locais em acelerada transformação no período, da qual São Paulo é um grande exemplo. Retomando também os números trazidos quanto aos tombamentos, a medida foi aplicada, em 1938, para 234 bens; entre 1938 e 1957, 604, quantia levemente superior, em vinte anos, às desapropriações ocorridas somente na capital federal em tempo consideravelmente menor (em menos de quatro anos, as obras da Avenida Getúlio Vargas já estavam concluídas). Não nos foi possível saber quantas desapropriações ou tombamentos se judicializaram ou a porcentagem de demandas resolvidas em seara administrativa. Um dado, contudo, já é evidente: a possibilidade quantitativamente maior de desapropriações terem impactado o Judiciário (o que, como visto, ocorreu).

Claro que podemos considerar que o tombamento de cidade ou conjunto urbano é um número que se multiplica: para cada conjunto ou cidade tombados, são centenas de imóveis também protegidos pelo tombamento. Quantos proprietários poderiam ter sido contra a

medida? Todavia, a praxe que se adotou era a de que a notificação deveria ser encaminhada ao prefeito e, após sua ciência e anuência (ou decurso do prazo para a última), o conjunto urbano estaria tombado; o processo não previa a anuência de um a um dos proprietários de imóveis envolvidos. O tombamento do conjunto urbano de Ouro Preto, por exemplo, tem início e se conclui rapidamente em 1938, com a anuência do prefeito nos seguintes termos: "[...] a Prefeitura está pronta a colaborar com o Serviço do P.H.A.N., do qual espera a continuar a merecer os favores que vem periodicamente sido feitos à Cidade de Ouro Preto". (ACI-RJ, Processo 70-T-38, grifo nosso). Como vimos, Ouro Preto teve um processo de patrimonialização anterior ao tombamento: antes do reconhecimento pelo IPHAN de seu conjunto, havia sido elevado a monumento nacional e, num recuo temporal maior, desde a transferência da capital para Belo Horizonte, vinha passando por um processo de ressignificação que buscava atribuir-lhe o caráter de cidade histórica. Tal processo simbólico teve efetivos desdobramentos materiais, com várias restaurações empreendidas ao final dos anos vinte e também durante o período de existência da Inspetoria dos Monumentos Nacionais. Para uma cidade cuja economia caminhava a passos lentos, que deixara de ser capital do Estado[195], não haveria ali perdas com as mesmas cifras daquelas existentes em áreas como a da então capital federal, onde as reformas urbanas em prática valorizavam como nunca os terrenos envolvidos nos planos, impondo aos desapropriados perdas futuras significativas. Tanto por isso, a pressão de proprietários empobrecidos tenderia a ser efetivamente menor do que em lugares onde o solo rapidamente se valorizava. O tombamento, na cidade mineira, era uma renovação do reconhecimento e a possibilidade – vista nas palavras do prefeito – de colaboração material com a preservação do lugar. Evidentemente com isso não se quer afirmar conflitos ou discordâncias inexistentes nesses primeiros anos - e eles muito provavelmente surgiram no controle e vigilância diários empreendidos pelo IPHAN, que se reservava funções típicas do poder municipal na normatização do uso do solo e da estética das construções. No entanto, se esses dissensos

[195] Segundo Lia Motta (1987, p. 110), "Esvaziada economicamente, a cidade foi usada como matéria-prima para um laboratório de nacionalidade, deixando as populações que lá moravam subordinadas a esta visão idealizada, não sendo elas sequer motivo de referência". No mesmo sentido, SANT'ANNA (2015, p. 165): "Essas cidades foram escolhidas [refere-se às mineiras Diamantina, Serro, Tiradentes, São João del Rei, Mariana e Outro Preto], entre outras do mesmo estado e do mesmo período, porque foram percebidas como obras de arte excepcionais, verdadeiras 'relíquias da civilização do ouro' [...] e também porque estavam imersas em tal estado de estagnação econômica, que o seu tombamento aparentemente em nada as abalaria, ao contrário, as resguardaria numa possível mudança de realidade. Vale lembrar que os arquitetos que formavam a base do SPHAN eram pessoas comprometidas com a ideologia dos CIAMs e, consequentemente, com o urbanismo moderno. Assim, jamais lhes ocorreria tombar cidades em franco desenvolvimento ou em posição central na economia, cujas necessidades de reestruturação urbana para melhor adaptação a essas demandas pudessem ser tolhidas ou constrangidas por um tombamento muito amplo".

chegaram ao Judiciário – o que efetivamente não temos como saber pelas fontes consultadas – certamente em vinte anos não passaram pelos filtros das revistas jurídicas consultadas e, portanto, não puderam dar corpo a uma doutrina que poderia ser construída nesses canais de informação.

São João del Rei também nos permite compreender a potencialidade de conflitos surgidos nos tombamento de núcleos urbanos. O processo de reconhecimento desta cidade (ACI-RJ, 68-T-38) é contemporâneo ao de Ouro Preto (ACI-RJ, 70-T-38), tendo se concluído muito rapidamente, já em março do mesmo ano (1938). Em 1946, contudo, é iniciado o processo de tombamento isolado de um sobrado de seu núcleo urbano, na Rua Marechal Deodoro, nº 12 (ACI-RJ, 361-T-46). Apesar de já incluído na proteção dada pelo tombamento do conjunto, o reforço se fez em virtude de imensa pressão para destombamento e demolição do imóvel. Transbordando o conflito específico do tombamento deste sobrado, o que o processo nos revela é uma intensa campanha - que contava com prefeito, moradores e a imprensa local -, contra o tombamento de grande parte da área protegida em São João del Rei. Numa disputa de forças com o IPHAN, parte da cidade brigava pelo direito de dizer o que poderia ser descartado e, ao revés, do que seria tido como patrimônio, num processo inflado sobretudo pelo aquecimento da economia e modernização local, em relação à qual, desde meados dos anos 30, os jornais já davam pistas:

> Quem observa São João del Rei do presente, tendo conhecido a São João del Rei do passado, nota uma transformação geral, que pode parecer evolução, se o observador para, apenas, na contemplação do físico das coisas. O aformoseamento da cidade, o desaparecimento das vielas do passado, o banho de atualização nas suas ruas batidas pelos séculos, pode encantar aos olhos sedentos de renovação[196].

Do período também é o aumento da instalação de indústrias, notadamente de setores tradicionais, como o têxtil - Fábrica de Tecidos Matosinhos S/A (1936), Tecelagem Dom Bosco Ltda. (1937), Fiação e Tecelagem São João (1947), além de outras já existentes antes dos anos 30 -, de calçados, sabão etc. (TAVARES, 2012). O tombamento, em 1938, foi recebido de forma bastante amistosa, segundo Tavares (2012), tanto pelos moradores, párocos, quanto pela própria imprensa. Contudo, a lua de mel não demorou a encontrar seu termo, com o fim catalisado principalmente pelos pedidos (não atendidos) por restaurações

[196] O Correio, 9 de julho de 1932, nº 301. Matéria: Melhoramentos locais; editorial Apud TAVARES, 2012, p. 23. O mesmo autor (p. 19) cita matéria do jornal Diário do Comércio (8 de dezembro de 1942) que coloca São João del Rei como uma das cinco cidades mais desenvolvidas do Estado de Minas Gerais, precedida por Belo Horizonte, Juiz de Fora, Uberaba e Uberlândia.

na cidade e, principalmente, pela ação fiscalizatória e punitiva do IPHAN frente às remodelações urbanas e descaracterizações do casario tombado.

Com a abertura do processo de tombamento do imóvel na Rua Marechal Deodoro, o IPHAN pretendia reafirmar, frente às ameaças de demolição que o rondavam, que sobre ele incidiam os efeitos do tombamento dado a todo o conjunto. Houve intensa mobilização, com a Associação Comercial angariando forças e se unindo à imprensa numa campanha que tomou os jornais (sobretudo o Diário do Comércio), envolvendo a cidade e pintando o IPHAN, seus técnicos e seu principal instrumento de ação, o decreto-lei nº 25, com as cores da arbitrariedade[197]. Além da campanha e de pedidos diversos, endereçados a pessoas que poderiam ter influência sobre Rodrigo Melo Franco (como carta endereçada a Gabriel Passos), tentativas foram feitas diretamente ao Presidente da República, Getúlio Vargas, que ouvindo a repartição de patrimônio, decidiu por ratificar-lhe o parecer pela manutenção do tombamento. Ainda que com embargo judicial da obra de demolição do sobrado, solicitada pelo IPHAN ao Procurador da República, a vitória da causa local – e, ao revés, uma derrota para o órgão de patrimônio – foi conseguida por meio da imensa mobilização que se deu na cidade. Aqui, a decisão sobre o tombamento – notadamente sobre redução e definição do perímetro do conjunto a ser protegido – fez-se por vias políticas, e não jurídicas.

Dos dois casos acima retratados, algumas reflexões afloram. Como vimos, a notificação de tombamento foi recebida sem contestação; para Ouro Preto, inclusive com palavras de intenso agradecimento pelo ato. Para além de outras questões, não podemos esquecer todo o complexo sistema de centralização federativa no período, com interventores nos Estados e prefeitos que não eram eleitos, mas indicados pelo poder central e, com isso, a sujeição em cadeia à figura hierarquicamente superior do Presidente e aos projetos que emanavam da União. Não à toa todo o imbróglio desenrolado em São João del Rei ganha corpo em 1946,

[197] De acordo com o Diário do Comércio (28 de abril de 1946) apud TAVARES, 2012, p. 109: "A cidade ou o seu povo tem todo o direito de reclamar e gritar contra os excessos que vem caminhando o tombamento da cidade por parte do SPHAN. A lei que instituiu o SPHAN é de 30 de novembro de 1937, sendo, portanto, uma lei de ditadura. Não tem assim sanção popular a dar-lhe validade plena. E entre os grandes absurdos que a lei contém está a de conceder poderes ao seu diretor para tombar cidades, e o que foi feito com S. João em fevereiro de 1938. [...] Um ato desses, assinado na noite da ditadura, se pretende estagnar na claridade democrática de 1946, uma cidade de 5 mil prédios, 30 mil habitantes. [...] Ao protesto e a [sic] resistência, povo de São João! A cidade tem 233 anos e o SPHAN tem apenas 8". O mesmo jornal, um mês depois (24 de maio de 1946), atenua as críticas à instituição e a seu quadro de funcionários, mas não poupa a lei de tombamento: "Certamente, os funcionários do Sphan e, sobretudo, o seu digno diretor, apenas estão executando um decreto-lei que tem o nº 25, e é de 30 de novembro de 1937, 1º ano da ditadura getuliana. O que é preciso é modificar o ditatorial decreto-lei, não permitir a um departamento governamental excessiva intromissão em propriedade particular, não deixar todo o julgamento de obras de arte e de história a cargo de alguns senhores, que moram nas capitais e pouco conhecem o nosso interior e sua história antiga". Apud TAVARES, 2012, p. 128.

já fora do período do Estado Novo, com a desqualificação do órgão e principalmente da lei, a qual se atribuía a condição de ser resquício da ditadura e, portanto, carente de legitimidade no novo cenário democrático.

Por outro lado, se não temos como precisar os conflitos que se judicializaram, temos como saber sobre aqueles que se dirigiram diretamente ao Conselho Consultivo especificamente contra a decretação de tombamento, isto é, os conflitos em instância administrativa: enquanto no período até 1957 foram efetivados os tombamentos de 604 bens (considerando aqui as cidades e conjuntos urbanos como um bem isoladamente), somente 21 contestações administrativas foram encaminhadas ao colegiado, o que revela um baixo número de insurgência. Evidentemente é possível que a contrariedade fosse reclamada diretamente ao Judiciário – o que aconteceu, para citar um exemplo, no caso da Fazenda São Bernardino, em Nova Iguaçu[198]. No entanto, esse caminho muito provavelmente não deve ter sido a regra, sobretudo tendo em vista as maiores dificuldades de acesso aos tribunais se comparadas às vias administrativas. A consulta à série "Casos Judiciais" no Arquivo Central do IPHAN pode dar algumas pistas de demandas levadas a juízo, embora deva ser trabalhada com ressalvas[199]. Assim, se as impugnações administrativas diziam respeito ao tombamento propriamente dito, grande parte dos casos judiciais de que se tem registro decorreram não propriamente de contestações ao tombamento (isto é, à declaração inicial do órgão de que o bem representava um patrimônio), mas sim de outras situações decorrentes dele. Esses são os casos de litígios envolvendo proprietários de áreas envoltórias ao bem tombado ou situações onde o conflito surgiu tempos após a efetivação do tombamento – normalmente quando os proprietários, não obstante em muitas dessas situações tivessem anuído com o tombamento, resolviam fazer obras, acréscimos ou modificações em sua propriedade.

[198] Processo IPHAN 432-T-50. Disponível em: <http://acervodigital.iphan.gov.br/xmlui/>. Acesso em 04. fev.2019. Na defesa que RMFA envia ao procurador, ele cita outro caso, julgado na mesma vara e pelo mesmo juiz: o Engenho do Capão do Bispo. Não tivemos acesso a este processo de tombamento, mas sabemos, pelas palavras de Rodrigo no caso de Nova Iguaçu, que o IPHAN saiu vencedor.

[199] No caso de peças ou informações sobre os processos judiciais, não parece ter sido observado o mesmo rigor que o dispensado à guarda dos processos de tombamento (estes, fontes produzidas pelo próprio IPHAN). Os documentos encontrados são normalmente residuais – peças de contestação e iniciais, publicação de uma ou outra sentença etc. ou até mesmo apenas um mero registro de que a ação existiu. É possível, também, que muitos dos casos judiciais existentes não tenham sequer deixado registros no Arquivo do IPHAN: a exemplo, consultando o processo de tombamento do sobrado em São João del Rey (ACI-RJ, processo 361-T-46), vemos que a questão foi judicializada; a situação, contudo, não aparece na lista de "Casos Judiciais" disponível no Arquivo. Apenas como informação, considerando tudo o que foi acima descrito, de 1939 a 1969 vemos registrado no índice da série "Casos Judiciais" 33 ações nos tribunais (número a que se soma ao menos um, referente ao já citado caso do sobrado em São João Del Rei).

Percorrendo a lista de "Casos Judiciais" listados no arquivo central do IPHAN, pelo menos nos primeiros vinte anos não se observa uma correspondência entre demanda judicial e contestação administrativa, à exceção do tombamento do Arco do Teles e do Mosteiro de São Bento, no Rio de Janeiro. Aprofundando a pesquisa e analisando alguns desses casos, percebemos que muitas dessas demandas de fato não diziam respeito à contestação do ato de tombamento em si – o que ficou restrito e solucionado no Conselho Consultivo – sendo muitas das situações conflitos em áreas envoltórias (que, assim, não traziam à lide o proprietário do bem propriamente tombado) e também casos de obras irregulares, normalmente realizadas já com o tombamento aperfeiçoado.

Um desses casos, o do Outeiro da Glória, no centro do Rio de Janeiro, a situação de um único bem tombado (o Outeiro) envolveu alguns proprietários do entorno. Tombado sem contestação pela Igreja[200], as ações judiciais ocorreram principalmente em razão do inconformismo de proprietários do entorno, que lutaram por construir acima do gabarito fixado pelo IPHAN. Numa das ações[201], de 1955, a União é autora do processo – como aconteceu em tantos outros casos onde o tombamento foi desrespeitado – e ingressou com ação por entender que o proprietário não observara o limite de dez andares que havia sido estabelecido para as construções da área envoltória. A questão da visibilidade do bem protegido foi intensamente debatida, tendo Rodrigo Melo Franco dirigido ao perito contratado pela União uma série de emendas ao laudo que produzia – sem querer constrangê-lo em seu ponto de vista, conforme afirmou, mas em razão de um interesse público a ser preservado – também em suas palavras[202]. Outros proprietários do entorno também litigaram em virtude do tombamento do Outeiro – e esse é o caso do Banco Americano de Crédito, em 1953. Ao contrário do primeiro litígio, onde o IPHAN perde (ao menos na primeira instância), aqui temos a informação de que em duplo grau o IPHAN sagrou-se vencedor da lide.

Também nos anos 50 a discussão sobre área envoltória acaba mais uma vez levando o IPHAN aos tribunais – dessa vez, como réu. O tombamento do Mosteiro de São Bento, no Rio de Janeiro, concluiu-se rapidamente em 1938, tendo sido efetivada a inscrição no Livro

[200] Neste caso, houve anuência tácita em virtude de não terem os religiosos se manifestado, no tempo estipulado, expressamente contra ou a favor do tombamento.
[201] ACI-RJ, Série "Casos Judiciais", Pasta 51, Caixa 9
[202] Em resposta, o perito contratado – que de fato alterou algumas de suas respostas iniciais – envia para apreciação suas considerações e questiona se havia outras mudanças, que seriam feitas apenas dentro do possível, de modo a preservar seu ponto de vista imparcial. (idem).

do Tombo em virtude de ausência de contestação no prazo assinalado (ACI, Processo 9-T-38). Nos anos 50, já alguns anos após tombado, os monges resolveram construir nova edificação no terreno do mosteiro e nisso encontraram óbices junto ao Serviço de Patrimônio, que entendeu que os prédios novos prejudicariam a visibilidade da edificação principal. Em primeira instância[203], o juiz dá ganho ao IPHAN e recomenda ao proprietário que, uma vez sentindo-se ferido em seus direitos, recorresse à desapropriação.

É interessante observar ações judiciais como estas e qual o potencial que teriam para interferir ou provocar mudanças no tombamento: nos casos de áreas envoltórias, eventual derrota do IPHAN, embora evidentemente pudesse comprometer a plenitude de sua proposta de preservação, não punha por terra seu núcleo central, aquele mais ligado ao bem propriamente tombado. Em situações assim, o tombamento do bem estaria mantido e as perdas poderiam ser, de alguma forma, laterais; em todo caso, a depender da situação, o órgão de patrimônio ainda tinha como opção a extensão do tombamento aos imóveis vizinhos. Nos casos em que se constatavam obras irregulares ou onde o proprietário desejasse modificar o bem tombado, a situação era bastante favorável ao Serviço de Patrimônio (e, assim, à manutenção de sua lei de proteção): primeiro, porque nessas situações a decisão de tombamento já estava dada e, em muitos casos, prescrito[204] inclusive o prazo para contestá-las, tanto nos aspectos indenizatórios quanto nos efeitos do tombamento sobre o bem. Além disso, o que nesses tipos de ação se discutia não era a ratificação ou não do tombamento pelo órgão judiciário (cuja carga de subjetividade é bastante grande e, portanto, complexa para os tribunais), mas situações claramente proscritas pela lei (não alterar, não demolir etc.). Os juízes, aqui, concordando ou não com a valoração do bem, estavam adstritos a parâmetros mais rigidamente fixados, o que garantia, inclusive, certa segurança para que o órgão de patrimônio encampasse a empreitada e se lançasse ativamente à lide.

Por outro lado, se analisamos algumas notificações de tombamento que foram contestadas, também podemos buscar entender como aquelas em que o tombamento se efetivou sem qualquer percalço foram recebidas. Sem pretensão de abarcar todo o conjunto desses

[203] ACI-RJ, Série "Casos Judiciais", Pasta 54, Caixa 9.

[204] Levemos em consideração o prazo dado pelo decreto nº 20.910, de 20 de janeiro de 1932, que estipulava em seu artigo 1º que "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

processos e, da mesma forma, sem rigores estatísticos, selecionamos vinte oito exemplares[205] distribuídos nos vinte primeiros anos, cujos bens foram inscritos no Livro do Tombo. Há, nos processos analisados, dentre as anuências tácitas (que ocorriam pela não contestação no prazo legal) e as expressas, um número superior das últimas (dezoito contra dez). As anuências expressas nos sugerem algumas coisas. Em primeiro lugar e em alguns casos, a crença de que o IPHAN participaria materialmente (e necessariamente) da preservação do bem tombado – o que, pela lei, dava-se em caráter subsidiário ao dever imposto ao proprietário e, ainda, em virtude do orçamento disponibilizado, não raras vezes muito aquém das expectativas de ambas as partes. Em segundo lugar, ao lado da satisfação em anuir com a medida protetiva e a disposição em colaborar com o órgão, também havia a incerteza do que exatamente representaria o tombamento, sobretudo os direitos e deveres dele decorrentes. Nesse sentido:

> A Casa de Garibaldi, objeto desta correspondência, acha-se em péssimo estado de conservação, podendo se dizer quase em ruínas. Adquiri-a, entretanto, por circunstâncias especiais e terei que fazer despesas bastante elevadas para pô-la em condições de ser habitada. Acresce ainda a circunstância de serem muito limitados os recursos de que disponho para isso, dado os parcos vencimentos que percebo como funcionário municipal. Isto posto, desejaria que Vossa Senhoria obsequiosamente *me informasse quais as obrigações impostas ao proprietário de uma casa tombada nesse Serviço e se não seria possível um auxílio ou subvenção para a conservação da mesma* ou mesmo para fazer os reparos mais urgentes de que carece. (ACI, 97-T-38, grifo nosso).

A dúvida também se expressou numa espécie de "anuência condicional"; este é o caso de uma proprietária que assim respondeu à notificação do órgão: *"*[...] tenho o prazer de vos comunicar que nada tenho a opor relativamente a esse registro, *uma vez que tal inscrição não importe em qualquer prejuízo ou cerceamento dos direitos de proprietário* do referido

[205] Cerca de 5% dos bens tombados no período, escolhidos entre bens da Igreja e de propriedade particular, visto que os bens públicos eram tombados de ofício, sem oportunidade para contestação. Foram eles: 18-T-38, Igreja do Rosário e São Benedito dos Homens Pretos (Rio de Janeiro – RJ), 20-T-38, Igreja Nossa Senhora Mãe dos Homens (Rio de Janeiro, RJ), 22-T-38, Igreja São Francisco da Penitência (RJ), 97-T-38, Casa de Garibaldi (RS), 70-T-38, Conjunto urbano de Ouro Preto (MG), 75-T-38, Bom Jesus do Matozinhos (Congonhas); 22 igrejas (passos ou oratórios) em Ouro Preto; 5 igrejas ou capelas (Mariana) e ainda Igreja em Ouro Branco e Cocais (MG), 97-T-38, Palácio Farroupilha (RS), 111-T-38, Igreja de São Francisco de Assis (Ouro Preto – MG), 115-T-38, Casa a Rua Carlos Gomes (Salvador – BA), 161-T-38, Palácio dos Príncipes (Museu Nacional da Imigração e Colonização) (Joinvile – SC), 167-T-38, Casa na Rua Borba Gato, nº 7 (Sabará – MG), 171-T-38, Igreja São Francisco de Assis (São João del Rey – MG), 187-T-38, Igreja de Santa Rita (Uberaba – MG), 224-T-40 Matriz de Oeiras e Piracuruca (PI), 235-T-40, Igreja Santo Alexandre e Colégio dos Jesuítas (Belém – PA), 269-T-41, Engenho Embiara (Cachoeira – BA), 315-T-42, Antigo Palacete Azul (Belém – PA), 347-T45, Engenho D'Água (Ilhabela – SP), 348-T-48, Igreja Nossa Senhora do Carmo (Itu – SP), 351-T-45, Cidade do Rio Pardo (RS), 361-T-46, Sobrado Rua Marechal Deodoro, nº 12 (São João del Rey – MG), 429-T-50, Casa da Fazenda do Leitão (Belo Horizonte – MG), 432-T50 Igreja da Ordem 3ª do Carmo e outras (Angra dos Reis – RJ), 460-T-52, Casa de Santos Dummont (Petrópolis – RJ), 485-T-53, Trechos de Sabará (MG), 517-T-55, Casa de José Paccini (São Sebastião – RJ), 520-T-55, Matriz e dois sobrados (Santana de Parnaíba – SP), 585-T-58, Casa Rua Quintino Bocaiuva, 145 (Niterói – RJ) e 536-T-57, Paraty (RJ).

imóvel, à signatária ou aos seus sucessores [...]*".* (ACI-RJ, Processo 167-T-1938[206], grifo nosso). Fazendo o IPHAN o próprio juízo de valor acerca do que poderia representar *"*prejuízo ou cerceamento dos direitos do proprietário*"*, o bem foi automaticamente inscrito no Livro do Tombo.

A correspondência enviada pelo IPHAN por ocasião do tombamento consistia basicamente em dois documentos: o primeiro, uma espécie de protocolo, onde o proprietário deveria dar ciência da notificação, e a notificação propriamente dita. Esta era bastante sucinta e normalmente apenas citava, além do nome como o bem tombado era conhecido (com endereço e nome dos proprietários), alguns artigos do decreto-lei nº 25 que se aplicavam à espécie (o livro do tombo onde seria registrado e a possibilidade de contestação), como indica o modelo abaixo:

> Tenho a honra de levar ao vosso conhecimento, para os fins estabelecidos no art. 5º [variável de acordo com o tipo de tombamento: se compulsório, ex officio ou voluntário] do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que foi determinado, no Livro do Tombo a que se refere o art.º 4º, nº 2 [variável, de acordo com a classificação dada], do citado decreto-lei, da seguinte obra [...] de vossa propriedade: [nome dado a obra, a exemplo: Palácio da Farroupilha], situada em [cidade e Estado].
> Aguardando vossa resposta anuindo à presente notificação, nos termos do artº 7º do mesmo Decreto-lei, subscrevo-me atenciosamente. (ACI-RJ, 97-T-38, grifo nosso).

De forma geral, havia pouca variação em relação ao modelo acima; nos casos dos bens privados, por exemplo, citava-se expressamente a possibilidade de impugnação e o prazo de quinze dias para tanto; normalmente, nada a mais. Junto aos documentos – e lembrando que os artigos da lei eram apenas citados, mas não transcritos – não parece que era costume anexar cópia do decreto-lei nº 25, em sua totalidade ou apenas nos trechos citados e mais diretamente ligados ao caso, como mostra a resposta do proprietário de um imóvel na Rua Carlos Gomes, em Salvador:

> De minha parte, porém, muito agradeceria o envio do decreto lei que regulou a matéria sob vossa direção, como, com o maior prazer, me prontifico a colaborar, no que estiver ao meu alcance, por vosso intermédio, para salvaguarda e defesa do nosso honrosíssimo patrimônio nacional (ACI-RJ, Processo 115-T-1938).

Concorrendo com o período ditatorial e a eliminação de dissensos que períodos assim promovem – seja nos tribunais ou na imprensa, dentre muitos outros onde o silêncio se impõe -, o relativo desconhecimento sobre direitos e deveres envolvidos nos tombamentos também parece ter potencializado, em relação aos proprietários, uma inércia nesses primeiros anos;

[206] Trata-se do tombamento de um sobrado em Sabará, MG.

soma-se a isso o fato de que muitos tombamentos recaíam em áreas pouco valorizadas – muito pelo contrário, lugares onde a economia desaquecida funcionou exatamente como garante da preservação - o que tirava parcela significativa do impacto de eventuais perdas econômicas sentidas se comparado às áreas de grande valorização. Nas desapropriações, as perdas decorrentes da intervenção do poder público serviram como motor para as recorrentes idas ao Judiciário, mobilizando, com isso, os debates no meio jurídico. Os famigerados limites máximos e mínimos haviam existido por muito tempo, sem nunca terem impactado tão intensamente os tribunais, como se deu nos anos 40, época das remodelações urbanas na capital. As impressões de juízes e desembargadores ilustram fartamente a situação de valorização das áreas sujeitas a estes processos: *"*Mas essa mesma injustiça das soluções em concreto, que se não verificava no domínio da lei anterior, que já adotava o mesmo critério, só se verifica agora por causa da extrema valorização dos terrenos*".* (RDA, 1946, V. 5, p. 170)[207]. Em outras situações, a constatação de que o próprio decreto expropriatório era suficiente para valorizar os terrenos (que se beneficiariam, após as obras, das melhorias trazidas) são bastante conclusivas:

> É que, divulgado o plano de um serviço, todos os terrenos vizinhos dão logo um salto no valor, efeito da perspectiva do melhoramento que lhes vai aproveitar. À medida que a execução do plano avança para a realidade os valores vão crescendo; e de tal modo que, se as indenizações atenderam aos novos preços do local, falharão as previsões de ônus, os quais podem atingir cifras insuportáveis. (RDA, 1953, V. 34, p. 216)[208].

Em outro julgado: *"*Sabemos o que ocorreu com as desapropriações realizadas para reformas urbanas, no Rio e em São Paulo. Publicado o decreto, anunciada a abertura de ruas novas ou alongamento das antigas, o valor subia astronomicamente". (RDA, 1951, V. 24, p.243).

Essa queda de braços entre poder público e proprietários pela distribuição de bônus e ônus resultantes dos processos de reforma urbana mostra que o período ditatorial não foi empecilho para que uma parte dos que se julgaram prejudicados tentasse garantir seus direitos. Isso reforça a ideia de que o tombamento de fato não impactou, ao menos da mesma forma e inicialmente, os proprietários que tiveram seus bens reconhecidos como patrimônio nacional. Importa, sobretudo, ver que as ações existentes não mobilizaram profundamente o Judiciário e nem tampouco o canal de exposição de ideias que as revistas jurídicas

[207] Embargos no Recurso Extraordinário nº 6185. STF. Voto do Ministro Castro Nunes.
[208] Recurso Extraordinário nº 12775. Voto do Ministro Nelson Hungria.

representavam, a ponto de causarem um debate mais profundo ou mesmo eventuais transformações da norma durante este período inicial.

Se as pontes com o Legislativo estavam fechadas pela óbvia razão do não funcionamento deste poder durante toda a ditadura varguista, aquelas feitas com o Judiciário se resolveram sem grandes impactos para a continuidade do instrumento jurídico de proteção do patrimônio. Não obstante a sempre cuidadosa diligência de Rodrigo Melo Franco em acompanhar os casos submetidos a este controle externo, fato é que o Judiciário parece ter confirmado a ação do Serviço de Patrimônio, que de alguma forma teve a liberdade de construir os sentidos materiais e dar o caráter processual à norma a partir de sua própria experiência interna.

Rapidamente, ao menos na arena pública de discussão especializada que as revistas jurídicas representavam, a jurisprudência parcamente arregimentada e baseada exclusivamente no paradigmático tombamento do Arco do Teles se impôs. No período de vinte anos, esse tombamento foi praticamente o único a ganhar o espaço das revistas e das discussões que nelas ocorriam. Todavia, ainda que único, recebeu grande atenção dos editores (lembremos que o acórdão e a sentença, no caso da *Forense*, vieram não meramente publicados textualmente, mas também acompanhados de comentários de importantes juristas). A *RDA*, inclusive, o retoma quando de sua inauguração, em 1945, muito embora a decisão fosse anterior[209]. Todavia, outros casos não passaram por esses fóruns de discussão, como o processo judicial do Mosteiro de São Bento e os do Outeiro da Glória (bem como outros que eventualmente tenham existido), que poderiam ter trazido à discussão temas novos e espinhosos, como o das áreas envoltórias (que não havia passado despercebido por ocasião do processo legislativo e que a partir do final dos anos 50, como veremos, emerge como importante tema de litígio ligado aos efeitos do tombamento).

Enfatizamos aqui os motivos dessa busca por arestas e conflitos que possam ter escapado à administração, adentrando o Judiciário ou mobilizando a opinião jurídica fora da instituição de preservação: no caso do Poder Judiciário, a avaliação de um poder externo, com pessoas cotidianamente longe das discussões e dos compromissos assumidos pelo órgão de patrimônio, representava uma significativa possibilidade de lugar para confirmação ou modificação da lei. Vimos como esse contato entre lei e mundo dos fatos, submetido à apreciação de juízes, foi altamente producente na reformulação de pontos centrais no

[209] Na *Forense*, havia sido publicada em 1944.

decreto-lei de desapropriação: o Legislativo chegou só ao final, tendo ratificado toda a produção majoritária de sentidos que os magistrados e doutrinadores conferiram à norma. No caso do tombamento, essa análise, no limite do que as fontes encontradas nos permitiu concluir, recaiu sobretudo na relação de tombamento e direito de propriedade (consequentemente, no tema da indenização pelo ato administrativo). Essa foi a questão principal que precisou ser ancorada para que o órgão pudesse seguir com suas ações.

Afirmar que os conflitos relativos ao tombamento não mobilizaram doutrinadores e magistrados não significa dizer que eles foram inexistentes, mas sim que possivelmente impactaram de forma mais contundente outras esferas – nos anos iniciais, a administrativa. Foi a partir de ações internas ao governo – mas fora da instituição de patrimônio – que a lei ganha seu primeiro revés no período: a possibilidade de cancelamento do tombamento (ou destombamento, como se popularizou), como vimos, instituída por um decreto-lei[210]. Para além de instituída, manejada em conflitos onde o Governo entendeu - também amparado na mesma noção de interesse público que servira como lastro para o tombamento -, que a medida de proteção não deveria subsistir em face de outro interesse com o qual concorria. Exemplos são os destombamentos do Campo de Santana e das igrejas de São Pedro dos Clérigos, de São Domingos e de Bom Jesus do Calvário, demolidas para construção da Avenida Getúlio Vargas.

Assim, se na relação do poder público com a esfera privada a lei foi no início prontamente sustentada pelos tribunais, em questões onde internamente o governo demostrou interesses concorrentes, frequentemente o IPHAN – e Rodrigo – tiveram que se empenhar no

[210] Trata-se do decreto-lei nº 3.866, de 1941, visto no capítulo anterior. Em âmbito federal, foram poucos os casos em que foi utilizado; o primeiro deles, uma igreja no rio Grande do Sul, cujo cancelamento ocorreu em virtude de pressão do padre diretamente sobre Getúlio Vargas. No entanto, foi notório o uso do expediente em bens significativos para o IPHAN, como o Campo de Santana e a Igreja de São Pedro dos Clérigos, no Rio de Janeiro, em razão do interesse do governo na construção da Avenida Getúlio Vargas. O cancelamento do tombamento da cidade de São João Marcos pode ter sido um dos principais motivadores para a criação do decreto-lei nº 3.866: o tombamento do conjunto urbanístico teve início em 1938, a partir de pedido de um morador, que recorreu ao órgão na tentativa de salvar a cidade das consequências do represamento do Ribeirão das Lajes, proposto pela Light Company para melhorar o abastecimento de energia da então capital federal. Antes de encaminhado ao Conselho, os órgãos governamentais envolvidos (Ministério da Educação e Saúde, Serviço de Águas e Esgoto do Distrito Federal, Secretaria de Viação e Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro) foram ouvidos e, não obstante as afirmativas de que o represamento era necessário, o Conselho deliberou por tombar a cidade, em 1939, como forma de poupá-la da destruição. No ano seguinte, o decreto presidencial nº 2.269, de 3 de junho, autoriza a desapropriação para que o represamento fosse realizado e, como forma de conciliar os interesses, especifica que a Igreja Matriz, acaso viesse a desaparecer, fosse reconstruída à semelhança e de acordo com orientações do IPHAN. Dessa forma, embora não o tenha explicitado, a consequência do decreto foi o cancelamento do tombamento, uma vez que tenta salvar (e não propriamente a partir dos efeitos que se espera do tombamento) apenas a Matriz, deixando no esquecimento todo o restante da cidade, igualmente tombada. (ACI-RJ, 183-T-38).

convencimento acerca de suas ações; em alguns casos, foram exitosos; noutros, sucumbiram o desejo pela preservação e, no limite, parte da força do decreto-lei nº 25. Nos anos 60, as ações de tombamento parecem ter transposto os tribunais e ingressado de forma mais significativa nas páginas da *RDA*; novas questões jurídicas passaram a ser formuladas ou rediscutidas e o tombamento ingressa como objeto de interesse para novos ramos que surgiam no Direito, como veremos no capítulo que se segue.

CAPÍTULO 4

O LUGAR DO TOMBAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao final dos anos 50, vários dos problemas enfrentados internamente pelo IPHAN, bem como outros que circulavam normalmente restritos a fóruns e tribunais, começam a ingressar de forma mais acentuada no ambiente de discussão pública e especializada das revistas jurídicas. Enquanto nos anos 40 e 50 do século passado o tombamento foi tratado em apenas três publicações na *Revista de Direito Administrativo,* os anos 60 e 70 tiveram dezenove pautas voltadas ao tema, sendo dez da década de 60.

O Rio de Janeiro, neste período, havia perdido a condição de capital da República, transferida para Brasília, cidade formalmente inaugurada no dia 21 de abril de 1960. A mudança, com a transferência de toda a alta burocracia do Estado para o planalto central, surtiu alguns efeitos no Serviço de Patrimônio, que ficara no Rio de Janeiro, distante das cortes superiores. Rodrigo Melo Franco ilustra a nova situação em carta de 1962 enviada ao correspondente voluntário Ismael Cruvello Cavalcanti, mostrando sua preocupação com as decisões judiciais e o impacto que poderiam causar no tombamento:

> Tive um grande desgosto com a notícia da decisão desfavorável à nossa causa e fiquei tanto mais apreensivo em face do ocorrido quando soube do acórdão que foi unânime, tendo como relator um juiz prestigioso da reputação do Ministro Pedro Chaves[211]. Além disso, por já não contar mais esta diretoria com assessor jurídico, nem ter meios de corresponder com os procuradores da República, estou na ignorância do cabimento ou não de embargos ao referido acórdão, temendo, de qualquer maneira, os efeitos dele sobre o desfecho final das demais questões semelhantes, de Petrópolis, pendentes de julgamento. Receio mais que tudo, que sobre as respectivas conclusões venha a se firmar jurisprudência nefasta à proteção do acervo arquitetônico do Brasil, prevalecendo sobre a que se construíra graças ao acórdão do Supremo, de que foi relator o Ministro Vilas Boas, na questão do edifício Mendes Campos, na proximidade da Igreja da Glória do Outeiro. (ACI-RJ, Série "Casos Judiciais", Pasta 61, Caixa 11 – Posição dos Casos Judiciais).

A essa dificuldade operacional juntou-se o aumento do número de litígios – bem como de sua diversidade - e sentenças e acórdãos que desafiavam a estabilidade jurisprudencial firmada na década anterior. As publicações também demonstraram muito claramente uma situação que não era nova, mas que passou a ser mais constante: o embate entre interesses divergentes surgidos no âmbito interno do Governo onde, notadamente por meio dos

[211] Infelizmente, a carta de Rodrigo não oferece maiores pistas para identificação da decisão judicial citada; em consulta ao site do STF, dentre aquelas em que foi relator o citado ministro Pedro Chaves, não encontramos nenhuma que se refira a um caso de tombamento.

pareceres da Consultoria-Geral, vimos o Serviço de Patrimônio muitas vezes preterido em seus anseios.

Muito provavelmente em virtude das demandas que se intensificavam, ao chegar os anos 60, o tombamento aumenta sua presença nos periódicos jurídicos: além do crescimento quantitativo de publicações, também elas se diversificaram tipologicamente, dentre acórdãos, pareceres e, pela primeira vez, textos doutrinários produzidos sem a vinculação a qualquer tipo de consulta (caso dos pareceres), o que revela por si maior interesse sobre o tema. Ainda que a discussão envolvendo a natureza da intervenção do Estado (se limitação parcial, se retirada completa do direito de propriedade, e o que isso implicava em termos indenizatórios) tenha permanecido como tema nas pautas publicadas, outras questões surgiram, como o conflito de competências federativas, notadamente entre as municipais e as da União. No final dos anos 60 e início dos 70, como vimos no Capítulo 1, a preservação do patrimônio expande suas fronteiras e, ao transbordar do órgão federal, passa a ser acolhida, também, dentro da estrutura dos Estados; os órgãos municipais, por sua vez, surgiram de forma mais consistente apenas ao final dos anos 80 e, sobretudo, pós-Constituição de 1988. Na década de 60, contudo, o conflito que se instaura envolveu principalmente a União e os municípios – que ainda não tinham suas estruturas de preservação -, e decorreu não da assunção de novas competências preservacionistas pelos entes municipais, mas sim em razão da estipulação, pelo IPHAN, de áreas envoltórias aos bens tombados. Essa questão, como vimos, suscitou controvérsias já no processo legislativo e em conflitos judiciais que varreram os anos 50, mas nunca haviam ingressado como objeto de interesse nas pautas das publicações jurídicas analisadas. Mais precisamente desde meados dos anos 40 e mais vigorosamente nos 50, as áreas de entorno haviam sido uma grande preocupação para o IPHAN em casos como o do Mosteiro de São Bento e do Outeiro da Glória – sobretudo o último – com a judicialização da questão e, com isso, o tratamento do conflito em esferas externas ao órgão. Se no caso do Mosteiro o Serviço de Patrimônio sagrou-se mais facilmente vitorioso (a área envoltória era de propriedade da própria ordem de São Bento, que desejava, anos após o tombamento, construir novas edificações), casos como o do Outeiro da Glória – entre vitórias e derrotas – envolviam propriedades distintas da do bem propriamente tombado, requisitando do IPHAN um esforço maior para garantir que o entorno desses bens fosse preservado e, mais, para que o próprio conceito de vizinhança fosse compreendido e acolhido pelos tribunais.

As discussões que surgiram nos autos do processo dos imóveis envoltórios ao Outeiro da Glória migram, nos anos 60 e nos impressos, para Petrópolis, com prédios sendo construídos na vizinhança do Museu Imperial. As publicações veiculadas pela *Revista de Direito Administrativo* mostram que a disputa entre IPHAN, municípios e proprietários foi bastante acirrada, com vitórias e derrotas de parte a parte – mas talvez com maiores derrotas para o órgão de patrimônio. Mostram, também, que a jurisprudência sobre tombamento, tímida e ainda baseada somente no caso do Arco do Teles, começa a aumentar e se diversificar[212].

A judicialização de casos como os do Outeiro da Glória, no Rio de Janeiro, do Museu Imperial, em Petrópolis, e de outros que surgiram, implicou para o IPHAN ter que assistir a discussões de mérito realizadas nos tribunais acerca do conceito de vizinhança, constante do famoso artigo 18 do decreto-lei nº 25. De acordo com Motta e Thompson (2010), o conceito foi assumindo novos sentidos ao longo do tempo: de vizinhança e sua correlação à visibilidade - na literalidade constante da lei -, para entorno e ambiência, que possui caráter mais amplo, tanto no que se refere à demarcação geográfica (não mais restritivamente o que está junto, vizinho ao bem tombado), quanto no sentido da proteção, que passa a considerar além de prejuízos meramente visuais, também os decorrentes de alteração do espaço, da arquitetura e volumetria envoltórios ao edifício tombado. Num sentido estrito de prejuízo à visibilidade do bem e de vizinhança somente como algo imediatamente adjacente, declarou o Ministro Ribeiro da Costa (Agravo de Instrumento nº 26.603 in: RDA, 1964, v. 76, pp. 252-60): "Também não se trata de prédio vizinho, contíguo ao Museu Imperial. O prédio está situado a uma distância de cerca de cem metros ou mais daquele edifício". (p. 255, grifo nosso). E continua:

> A licença [para construir no entorno] não podia deixar de ser concedida. Não impedia a construção a visibilidade. Houve diligências e até o eminente Sr. Ministro Afrânio Antonio da Costa, que relatou o caso no Tribunal Federal de Recursos, se dirigiu ao local e foi visitá-lo (idem, p. 255).

[212] Num dos acórdãos que chega ao Supremo Tribunal Federal, o então ministro Vitor Nunes Leal, comentarista para a RDA do paradigmático caso do Arco do Teles, mostrava como a questão, passados quase trinta anos da prática de tombamentos, era ainda assunto exíguo nas cortes. Ao conhecer dos embargos (com o que o Recurso Extraordinário poderia ser apreciado – e o que era de todo interesse para o IPHAN), conclui: *"*Quando se trata de questão que vem todos os dias ao Tribunal, o confronto, para efeito da Lei nº 623, pode ser estabelecido com base em pormenores, pois a abundância jurisprudencial**,** por hipótese, permitirá essa discriminação. Quando se trata de questão de grande relevo, envolvendo problema constitucional, *e que vem raramente ao Tribunal* [aqui ele se refere a questões envolvendo tombamentos], é preciso verificar, segundo penso, se há questão básica, em torno da qual se possa ver a divergência, desprezados os pormenores. É de todo interesse público que o Supremo Tribunal Federal se defina em face de tais problemas que envolvem matéria constitucional*". (*STF, Agravo de Instrumento nº 26.603 *in* RDA, 1964, v. 76, pp. 252-60, grifo nosso).

O Ministro Afrânio da Costa teceu suas impressões sobre a visita – baseadas em cálculos de distância e efetivo impedimento à visualização do bem - em voto no julgamento do agravo em mandado de segurança nº 19.958 (RDA, 1968, v. 93, pp. 379-81), concluindo da seguinte forma:

> Essa história de dizer "vizinhança" e aplicar esta palavra dentro do perímetro, se fosse no campo estaria bem; mas, dentro do perímetro urbano que vizinhança é essa? O que se vê aí é a imposição de um capricho.
> Dou-me muito com o Dr. Melo Franco e admiro muito a sua dedicação à causa pública. Mas estamos sujeitos a excesso. Acho que, no caso, não se justifica essa atitude [demolição de alguns andares do prédio]. Muito bem ponderou o relator quando disse que o patrimônio histórico devia entrar numa delimitação para se saber o que é vizinhança. (RDA, 1964, v. 76, p. 380).

O trecho final da citação acima talvez explique bem parte da origem dos litígios nessas áreas de entorno, decorrentes do não detalhamento do perímetro envoltório no momento do tombamento. A obra *Entorno de bens tombados*, de Motta e Thompson (2010), mostra como se deu a evolução do conceito e como as discussões havidas nos tribunais foram importantes neste processo de modelagem e atribuição de significados. Veja-se, contrariamente ao que defendia os Ministros Ribeiro da Costa e Afrânio Antonio da Costa nas citações transcritas acima, interpretações que davam outro sentido ao conceito de vizinhança e visibilidade, em consonância com o que pretendia o IPHAN:

> No caso dos autos, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional não foi ouvido para a construção do edifício e sustentou, convincentemente, que ficava prejudicado o monumento histórico e artístico do Outeiro da Glória, na sua visibilidade, com a obra em questão. *Evidentemente, não se trata da simples visibilidade física, mas da visibilidade de um ponto de vista estético ou artístico, porque está em causa a proteção de um monumento de arte: a igreja histórica integrada num conjunto paisagístico*. A opinião do Serviço do Patrimônio Histórico é, a este respeito, mais valiosa que a própria inspeção pessoal do juiz, que não esteja preparado para trabalho dessa natureza". (voto do Ministro Vitor Nunes no Recurso Extraordinário nº 41.279, STF, in: RDA, 1966, v. 84, p. 163, grifo nosso).

Essa discussão, presente não apenas nos autos judiciais, mas também em pareceres internos do governo (como o do Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa – *RDA* 1968, v. 93 e 1969, v. 97), explicitavam insuficiências na lei de tombamento, onde não eram claros nem os conceitos que os técnicos do patrimônio entendiam como ideais e nem tampouco o processo a ser seguido na formalização dessas áreas envoltórias.

Junto a essas discussões de mérito – importantes na atribuição de sentidos aos conceitos presentes no artigo 18 -, Carlos Medeiros Silva, em parecer já de 1972 (RDA, v. 108, pp. 429-41) feito a pedido de incorporadora que desejava construir no entorno do Parque da

Tijuca, apontou para problemas processuais que recaíam sobre imóveis nessas condições (notadamente ausência de notificação ao proprietário de imóvel definido como vizinhança, bem como falta de publicidade decorrente da não averbação de tombamento de bens públicos no registro de imóveis). No entanto, nos textos publicados na *RDA*, dentre acórdãos e pareceres, o que se mostrou como grande foco de tensão foi de fato o conflito entre a competência da União para preservar o patrimônio e a dos municípios, a quem cabiam normas de postura[213] e de ordenamento do solo, com a expedição de licenças para construir e demolir. Por muito tempo – pelo menos até o final dos anos 70, quando se começa a pensar mais sistematicamente sobre isso -, a conclusão dos tombamentos não vinha acompanhada da respectiva definição do entorno do bem tombado; essa ausência, embora não de forma exclusiva, certamente resultou em conflitos entre a União e os municípios, que frequentemente autorizavam obras em lugares que o IPHAN, *a posteriori*, reivindicava como entorno, dando origem, nos tribunais, às discussões sobre o que competia a cada um. Exemplo disso se extrai do Agravo de Instrumento nº 26.603 (RDA, 1964, v. 76, pp. 252-60), em que o STF discutiu construções ao redor do Palácio Imperial:

> Antes da concessão da licença, a Prefeitura Municipal, *que é a autoridade competente para expedir o alvará de licença*, não tinha recebido provocação alguma do Serviço acima referido [IPHAN] no sentido de delimitar os gabaritos naquela zona. (p. 255, voto do Ministro Ribeiro da Costa, grifo nosso).

No mesmo acórdão, o Ministro Vitor Nunes Leal profere voto em sentido contrário, entendendo a competência do IPHAN para decidir sobre a preservação do patrimônio em detrimento do que se reservava ao município na normatização do uso do solo:

> Está neste caso a proteção do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, problema contemplado na Constituição. *A competência para definir e regular essa proteção foi dada ao legislador federal*. É, pois, um dos casos de limitação dos poderes dos Estados e municípios. Pelo artigo 18 da Constituição, os Estados têm poderes de auto-organização e autogoverno, salvo quando a Constituição dispuser em contrário, como, por exemplo, nas matérias que a Constituição, expressa ou implicitamente, atribui à União, como é o caso. O mesmo se dirá, com mais forte razão, dos Municípios, que não são beneficiados, como os Estados-membros, pela chamada reserva de poderes. (idem, p. 257, grifo nosso).

É interessante colocar que, nesses conflitos, nem sempre município e União litigaram entre si. Houve situações em que o município foi acionado pelo proprietário, sobretudo por cancelar uma licença – após protestos do IPHAN – anteriormente concedida; em outros casos, IPHAN e proprietário compunham os polos da lide sem a presença do município. No

[213] Segundo Hely Lopes Meirelles (1983, p. 74), ao tempo das Ordenações do Reino, a expressão "posturas municipais" servia para designar todos os atos normativos emanados da municipalidade.

entanto, a tese da distribuição das competências assinaladas (proteção do patrimônio e posturas municipais) entre os entes federativos acabava suscitada pelos próprios magistrados na tentativa de solução do conflito, com decisões bastante heterogêneas[214].

Dentre as publicações, também são interessantes os pareceres do Consultor-Geral da República. A Consultoria-Geral da República havia sido criada em 1903 pelo decreto nº 967; já no Governo Vargas, as atribuições conferidas ao Consultor-Geral passaram a constar do decreto nº 22.386, de 24 de janeiro de 1933 e, dentre elas, temos: *"*Art. 2º, 1. Emitir pareceres sobre as questões jurídicas submetidas ao seu exame pelo Presidente da República e Ministros de Estado". Consultando os pareceres produzidos por este órgão[215], é comum encontrarmos pedidos para que determinada lei fosse apreciada ou dúvidas envolvendo conflito de interesse entre dois ou mais ministérios, encaminhadas por um dos Ministros ou diretamente pelo Presidente da República; era, como o nome indica, um órgão consultivo com atuação extrajudicial. Não obstante a inovação legislativa que o decreto-lei nº 25 representou no ano de 1937, só em 1958 será feito o primeiro parecer da Consultoria-Geral da República sobre tombamento, o do Parque Henrique Lage, elaborado pelo Consultor-Geral A. Gonçalves de Oliveira. Se nos primeiros anos de aplicação do decreto-lei nº 25 (ou até mesmo no momento de sua elaboração) Rodrigo recorreu a seus contatos mais próximos (como o fez com Milton Campos, Pedro Baptista Martins e Carlos Medeiros Silva, como vimos), as questões levadas à Consultoria-Geral mostram, além da institucionalização dos procedimentos, também a complexidade que a questão do tombamento passava a ter em relação a ações internas do governo federal. Além disso, como nos mostra essa produção, revelam um novo lugar de discussão, aparentemente nem sempre receptível a compreender as questões a partir dos anseios dados pelo órgão de patrimônio.

Dentre os primeiros pareceres, dois deles foram feitos pelo Consultor-Geral Adroaldo Mesquita da Costa para o caso das áreas envoltórias de Petrópolis – refletindo a importância que o problema assumia naquele momento. No primeiro, de 1968 (*RDA*, v. 93, pp. 379-81), o questionamento é feito diretamente pela presidência da República, junto ao relato de novo

[214] Na maioria dos casos, não temos como saber o resultado final relacionado ao mérito, porque dispomos apenas de algumas sentenças ou acórdãos veiculados nas revistas, sem o acompanhamento do processo até seu termo. Em outras situações, as discussões eram de ordem processual e, por elas, podemos apreender apenas parte do mérito discutido em determinadas fases do processo.

[215] O decreto nº 22.386 também dispunha: "Art. 14. Os pareceres do Consultor-Geral serão publicados em volumes, com índices alfabéticos, e contendo, na forma do art. 11, a súmula das decisões proferidas sobre cada um". Tais publicações foram também pesquisadas porque representam, como os Tribunais e as revistas jurídicas, importantes lugares para a produção de sentidos jurídicos conferidos ao tombamento.

caso envolvendo construção em área envoltória[216]. Adroaldo Mesquita entendeu que, não aceitando a construção de um novo edifício com o parâmetro dos anteriores (obtidos graças à decisão judicial), o órgão de patrimônio deveria, sob pena de exigência despropositada, iniciar ação para demolição dos existentes, o que também era uma medida de graves consequências, com desalojamentos e indenizações para várias famílias. Com seu entendimento formado sobre o que era área envoltória – visão que se distanciava bastante da concepção do IPHAN -, retoma o voto que o Ministro Afrânio Antonio da Costa havia dado no julgamento do agravo em mandado de segurança nº 19.958, concluindo seu parecer:

> Entendo que as obras projetadas – com relação a dois edifícios, já concluídos – não prejudicam a visibilidade do Museu Imperial, de modo a ensejar a aplicação do artigo 18, do decreto-lei nº 25, de 1937. Não basta que a construção esteja na vizinhança da coisa tombada, é necessário que a mesma impeça ou reduza sua visibilidade. Essa vizinhança não está – nem poderia estar – delimitada matematicamente. Está, entretanto, condicionada ao prejuízo da visibilidade da coisa tombada. Se esse prejuízo não existir, também inexiste a possibilidade de aplicação do artigo 18 do decreto-lei nº 25, de 1937. (RDA, 1968, v. 93, p. 381).

Enquanto o parecer de órgão interno ao governo entendia por inadequadas as atribuições do IPHAN em definir as áreas envoltórias, o Serviço de Patrimônio brigava no Judiciário por entendimento bastante diverso. Não se conformando com a posição do Consultor-Geral, o Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico, presidido por Renato Soeiro - que então também sucedia Rodrigo Melo Franco na presidência do IPHAN -, encaminha pedido de reexame ao Consultor-Geral, que não altera seu entendimento e conclui:

> [...] não pretendi subestimar a valiosa contribuição dos técnicos no que concerne ao conceito de vizinhança e visibilidade, nem mesmo retirar ao judiciário a possibilidade de se manifestar sobre o mérito em causa. [...] Entretanto, como já existe ação cominatória proposta pela própria União, visando a discutir exatamente o problema ora em foco, deixo a cargo do Excelentíssimo Senhor Presidente da República a solução do caso, através das seguintes opções [...]. (RDA, 1969, v. 937, p. 381).

As opções eram dar sequência à ação cominatória, impedindo a continuação da obra, ou manter o parecer anterior, implicando desistência da ação – o que foi acolhido pelo Presidente da República, representando uma derrota para o IPHAN, que envidava esforços (como se vê, agora dentro e fora do Governo) na definição de conceitos como vizinhança e

[216]A prefeitura de Petrópolis, sem ouvir o IPHAN, havia autorizado a construção de dois prédios com gabaritos superiores ao que o órgão entendia por adequado; a pedido deste, cancelou a licença para construir e, com isso, o processo judicial teve início. Reconhecido o direito do proprietário em juízo, este conclui a edificação dos andares excedentes ao que o IPHAN permitira. Neste momento, em terreno vizinho a estes edifícios, foi pleiteada a construção de novo prédio, também com gabarito superior ao que o IPHAN julgava adequado, motivo pelo qual a autorização foi indeferida.

também por reservar para si a possibilidade de aplicação dos preceitos do artigo 18, independentemente das escolhas municipais.

A Consultoria-Geral da República também se manifestou em outros casos importantes no período, como o do tombamento do Pico do Itabirito e do Parque Henrique Lage. Esses, contudo, não trouxeram novidades jurídicas para o tema, muito embora tenham ampliado nos tribunais e nas revistas o interesse pelo assunto. De forma geral, continuaram trabalhando a ideia de tombamento como limitação, própria da conformação do direito de propriedade e, por isso, não indenizável, ao passo que a desapropriação – devida justamente pela perda do domínio -, deveria ser indenizada pelo poder público. A questão não foi tratada a partir de aprofundamentos mais teóricos, com estudos detalhados acerca desses tipos de intervenção; os termos limitação e servidão, por exemplo, eram usados muitas vezes tendo o mesmo sentido. No caso do Parque Lage, o Consultor-Geral Antonio Gonçalves de Oliveira[217] manifestou-se apreciando recurso do Banco do Brasil, que desejava que o tombamento do parque fosse cancelado ou que houvesse sua desapropriação (RDA, 1958, v. 52, pp. 434-6). Baseado nos acórdãos publicados na *Forense* sobre o Arco do Teles, entendia que o tombamento não implicava necessariamente a desapropriação, o que foi acatado pelo Presidente da República. A situação, com isso, foi apenas provisoriamente resolvida, visto que em 1960 outros promitentes compradores pleitearam o cancelamento do tombamento – pedido analisado por Consultores-Gerais que sucederam Gonçalves de Oliveira e que, a partir de posição diversa, indicaram o cancelamento do tombamento. Após concretização desta medida,

> [...] em 4 de abril de 1961 ressurge o brilhante Diretor do Patrimônio Histórico, [e] faz ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República um apelo, aventando solução de caráter alternativo: restabelecer-se o tombamento do Parque Henrique Lage, ou, no caso de ser isto inviável, o Conselho Consultivo da DPHAN [encarecia] a conveniência da desapropriação do imóvel (RDA, 1961, v. 65, p. 315, parecer do Consultor-Geral da República Caio Mario da Silva Pereira).

O parecer do Consultor-Geral Caio Mario da Silva Pereira (RDA, 1961, v. 65) trouxe solução que dava novas nuances à questão da indenização, vista normalmente apenas como contrapartida pela retirada completa do domínio (a implicar desapropriação). Comparando a lei brasileira ao direito francês, concluiu que entre nós não se contemplava indenização pelo prejuízo que recaía sobre o valor econômico do bem (indenização, portanto, não vinculada apenas à completa retirada do domínio), mas que os princípios tutelares da propriedade

[217] Também redator da *Revista Forense* (1936-1955) e *RDA* (1945-1960).

poderiam permitir indenização ao proprietário se o tombamento lhe trouxesse algum prejuízo, devendo, evidentemente, ser estabelecida essa relação de causalidade entre o ato administrativo e a perda de valor[218].

A discussão ocorreu também no tombamento do Pico do Itabirito, situação que foi entendida como completo esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade[219]. Três artigos sobre o Pico foram publicados na *RDA*, sendo todos eles pareceres (1962, v. 67; 1964, v.76; 1965, v. 82). O primeiro era de autoria de Carlos Medeiros Silva, então diretor da revista, que teceu suas considerações a pedido da concessionária da lavra; também contratado pela concessionária, temos o parecer do advogado Reginaldo Nunes e, por fim, o parecer do Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, que argumentou que o direito de lavra daquela jazida era pré-existente ao tombamento, com o quê este não poderia subsistir sem que houvesse a devida indenização. Aqui, a tese sempre defendida continuava a oscilar apenas entre dois polos: desapropriação com indenização pela perda completa do direito de propriedade, e tombamento sem indenização, visto como mera limitação do conteúdo do direito de propriedade. O parecer de A. Mesquita da Costa ainda nos mostra algo interessante: nos *consideranda* do Presidente, onde explica os motivos pelos quais não tombaria o Pico, fica clara a sua opção em abraçar outro interesse, também considerado público:

> Considerando que a mina do Itabirito é das poucas bem estudadas e em condições de rápida e eficiente exploração;
> Considerando que o douto parecer do Sr. Consultor-Geral da República deixa bem claro o direito à indenização que possuem os proprietários e arrendatários da mina;
> Considerando que as condições atuais das finanças públicas não permitem assumir novos encargos e, principalmente, de natureza não reprodutiva;
> Considerando, finalmente, que se trata de uma opção entre um fato econômico de efeito certo e conhecido e um ato administrativo [tombamento] de resultados controversos, embora valiosos... (RDA, 1965, v. 82, p. 341).

[218] O local foi desapropriado na metade dos anos 60, com o que foi possível a manutenção do tombamento. Embora não tenhamos encontrado fontes que nos indicassem a continuidade dessas discussões, o resultado (desapropriação) nos aponta que, no caso, deve ter havido entendimento de que este tombamento atingia de forma substancial o direito de propriedade – entendimento este que não inovava nas teses até então defendidas sobre tombamento e indenização.

[219] Neste caso, a exploração de minério de ferro do pico resultaria na própria extinção do marco geográfico e, assim, restava verificada a hipótese de indenização pela desapropriação que deveria ser feita, visto que o tombamento eliminaria por completo o conteúdo do direito de propriedade. No entanto, a forma como o pico foi tombado – permissão para lavra no sopé do morro – indica que o IPHAN estava atento a esta tese e de que concedeu a possibilidade como forma de manutenção de parte do conteúdo deste direito, o que poderia permitir, se entendido como restrição parcial da propriedade sem completa supressão de seu conteúdo econômico, a manutenção do tombamento.

E com essas justificativas não mantém o tombamento, contrariando a decisão do Conselho Consultivo. Diferentemente do que ocorreu com o Parque Henrique Lage, onde o governo sustenta a medida protetiva por meio da desapropriação e restabelecimento do tombamento, no Itabirito ficaram evidenciadas movimentações internas no governo e a presença de outros interesses frente aos quais a preservação do patrimônio normalmente sucumbiu, tal como já havia ocorrido nos anos 40, com imóveis na Avenida Getúlio Vargas e o caso de São João Marcos.

Com um tratamento mais geral do tombamento, a *RDA* publicou artigo de Miguel Reale, um parecer de 1987 publicado em 2012 (RDA, v. 261, pp. 255-66, *Tombamento e preservação do patrimônio histórico e cultural*). A partir dos anos 90, o periódico trouxe outros pareceres, nestes casos, com particularização de um ou outro aspecto do tombamento: em 1997 (RDA, v. 208, pp. 386-94) Maria Sylvia Zanella di Pietro discorreu sobre as implicações do tombamento, a licença para construir e o direito adquirido; Antônio José de Mattos Neto, professor da UFPA, abordou a competência legislativa municipal sobre meio ambiente (RDA, 1998, v. 214, pp. 129-44).

Ao final dos anos 70, novos ramos do Direito começam a surgir e, ao colocarem o meio ambiente, os processos de participação e a urbanização em suas pautas, inevitavelmente passaram a olhar para o patrimônio cultural e o tombamento, o que se deu com um aprofundamento até então inexistente. Assim, com o Direito Ambiental, o Urbanístico e em certa medida o Processual (notadamente a partir dos estudos do processo coletivo), não será somente no espaço do Direito Administrativo que encontraremos as discussões e formação de uma doutrina sobre tombamento e patrimônio cultural. Passaremos, portanto, a analisar a contribuição desses ramos e seus autores, não sem antes olhar, como complemento ao que foi visto a partir das *RDAs* quanto ao Direito Administrativo, como as obras gerais deste ramo do Direito – outras fontes para além dos periódicos, cuja importância é inegável – acolheram o tombamento em seus volumes.

4.1 – A construção doutrinária: as obras gerais de Direito Administrativo

Somando-se aos pareceres que constaram da *RDA*, em 1973 se publica pela primeira vez nesta revista um texto doutrinário sobre tombamento[220] não necessariamente escrito por

[220] Texto de José Cretella Júnior, como veremos na sequência.

solicitação de qualquer das partes do conflito jurídico (função dos pareceres, produzidos em órgãos públicos de natureza consultiva ou por juristas contratados pela parte interessada). Ainda que pouco numerosa, não se pode deixar de dar a devida atenção ao surgimento desse tipo de publicação sobre o assunto aqui tratado. Pondo de lado a questão de ser a doutrina fonte do direito ou não[221], há que se reconhecer seu papel de relevo[222], sobretudo por constituir importante balizador para firmação de entendimentos em vários campos e, dentre eles, o das decisões judiciais. Segundo Reale (2004, p. 177):

> A bem ver, os modelos doutrinários ou dogmáticos envolvem as fontes de direito desde a emanação das normas, isto é, desde o momento da produção de modelos jurídicos prescritivos, até o momento de interpretação desses modelos, os quais representam o 'conteúdo significativo' produzido ou revelado pelas fontes.
> [...]
> Sendo assim, a lei, que é a fonte mais geral do Direito, não pode atingir a sua plenitude de significado sem ter, como antecedente lógico e necessário, o trabalho científico dos juristas e muito menos atualizar-se sem a participação da doutrina.

Para além disso, ver juristas se debruçando sobre o tombamento em suas reflexões teóricas nos permite pensar na importância que o assunto poderia estar ganhando – e, de fato, a leitura do periódico nos mostra que publicações sobre o tema tendem a aumentar em quantidade e diversidade a partir dos anos 60. Nas décadas seguintes, os escritos doutrinários – descolados de uma produção parecerista – estão presentes na *RDA:* em 1973 (v. 112, pp. 50-68), temos texto de José Cretella Júnior, intitulado *Regime Jurídico do Tombamento,* e na edição de 1985 (v. 161, pp. 1-6), Hely Lopes Meirelles traz a questão sob um de seus aspectos: *Tombamento e indenização.* Já em 2003, Toshio Mukai (RDA, v. 234, pp. 33-41) publica artigo intitulado *Degradação do Patrimônio Histórico e Cultural*, para citar alguns dos autores que abordaram o assunto. Se não é possível fugir à constatação de que o tema,

---

[221] Para Reale (2004, p. 140) fontes do direito são "os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa". E continua: "para que se possa falar, por conseguinte, de 'fonte de direito', isto é, de fonte de regras obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção" (idem, p. 141). Com isso, o jurista fixa a noção essencial: "toda fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) [...] só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder [...]" e conclui: "À luz desse conceito, quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de poder: o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade". (idem, p. 141). Assim, para Reale – bem como para diversos outros juristas, muito embora a partir de outros argumentos – a doutrina não é fonte do direito, "pelo simples fato de que ela não se desenvolve numa estrutura de poder, que é um requisito essencial ao conceito de fonte" (idem, p. 176).

[222] Ainda com Reale (2004, p. 176): "O fato de não ser fonte do direito não priva, todavia, a doutrina de seu papel relevantíssimo no desenrolar da experiência jurídica. Na realidade, sua função é de outra natureza, como se depreende do confronto entre o que é produzido pelas fontes e o que é revelado pela doutrina".

comparativamente a outros, continuou suscitando interesses moderados, podemos entender que de alguma maneira aumentava seu espaço dentro do Direito.

De forma geral, a produção doutrinária no âmbito do Direito Administrativo no Brasil começa a tomar corpo somente a partir de meados dos anos 30[223], notadamente impulsionada pela demanda que o ramo sofreu com o Estado interventor de Vargas e as medidas por ele tomadas, dentre elas o fortalecimento do Poder Executivo e a estruturação da administração pública e de suas carreiras burocráticas. Ainda que o decreto-lei nº 25 tenha surgido ao final dos anos 30, na categoria das obras gerais[224] notaremos sua presença somente a partir da década de 60, então com o trabalho isolado de Hely Lopes Meirelles e, de forma mais consistente, somente nos anos 80. Aqui, contudo, há explicação complementar para esta ausência, que não repousaria somente na falta de um interesse mais acentuado do Direito pelo tema até o período referido, como justificamos em relação à *Revista de Direito Administrativo*. Trata-se, também, de uma característica dos próprios manuais de Direito Administrativo[225]: considerando a periodização estabelecida por Fernando Dias Menezes de Almeida (2015) ao estudar a formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil, temos que, se no Império e Primeira República as ideias nucleares dos administrativistas estavam pautadas na relação da administração com os indivíduos, bem como na relação dos poderes entre si, desenvolvidas principalmente em razão da constituição de uma identidade nacional (no caso do Império), e pela "necessidade de reformulação de instituições de um Estado já consolidado quando da passagem para o modelo republicano (a qual tende a preocupações com aspectos mais operacionais da máquina estatal)" (p. 263), no período após 1930, com a maior complexidade da administração, tais linhas temáticas passam a não ser mais tão acentuadas, perdendo sua importância como critério ordenador. Ainda com o autor, a

[223] Segundo Araújo (2000, p.165), no período entre a República, quando identifica o início desta produção, até a Constituição de 1934, ela é "senão pobre, algo titubeante".

[224] Por obras gerais nos referimos àquelas que tratam de um ramo do Direito em sua totalidade, sem detalhamento de um conteúdo específico, de que são exemplos os manuais (de Direito Administrativo, de Direito Civil etc.); o termo é usado, portanto, em oposição a obras monográficas.

[225] Importante registrar que houve o devido cuidado para consultar a primeira edição de cada um dos manuais e autores tratados neste item e no seguinte. Quando o acesso à primeira edição não foi possível, a precaução foi a de consultar edições próximas à primeira, acrescida do critério de estar vivo o autor da respectiva obra no ano da edição consultada. Explicamos: há no Direito a tradição em atualizar obras e tratados que são referência, mesmo quando seu autor já tenha falecido. Não obstante, na maioria das vezes, ser feita escolha criteriosa dos juristas que elaborarão as atualizações – o que faz com que a qualidade dos escritos seja mantida -, a opção por trazer a obra ao tempo presente não nos parece das mais recomendáveis: além da perda e confusão das temporalidades e autorias, também julgamos ser impossível pensar "à maneira do autor" princípios, regras e instrumentos inexistentes no contexto em que a obra original foi publicada.

estruturação das obras gerais deste período (pós-1930 até 1988) passa a ter uma padronização de assuntos e temas:

> Quase todas as obras contêm capítulos – não necessariamente em uma mesma ordem – sobre conceito do direito administrativo, história do direito administrativo, noção de administração (por comparação com outras funções do Estado), organização administrativa [...], atos administrativos (incluindo, por vezes em capítulos à parte, contratos), poder de polícia, serviços públicos (com abordagem conceitual mais geral, além dos serviços públicos em espécie e da concessão), bens públicos e funcionários públicos. Em época um pouco mais avançada no tempo (a partir dos anos 1950), fazem-se presentes com mais intensidade capítulos sobre responsabilidade do Estado, controle da administração e processo administrativo (em geral no sentido de processo disciplinar). (ALMEIDA, 2015, p. 265-6).

Instituições de Direito Administrativo, de Themístocles Brandão Cavalcanti (1938, 2ª edição), *Direito Administrativo*, de Tito Prates da Fonseca (1939), *Curso de Direito Administrativo*, de Mario Masagão (1960), *Tratado de Direito Administrativo* (1966), de José Cretella Júnior, *Princípios Gerais de Direito Administrativo* (1969), de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para citar algumas dessas importantes obras, apresentam a estrutura acima descrita, evidentemente com variações de um ou outro tema e com tratamento mais aprofundado para temas considerados importantes no momento da escrita de cada um deles; em nenhum o tombamento está presente. Este poderia constar, considerando sua natureza, de capítulos que tratassem do ato administrativo (entraria como uma espécie de) ou do poder de polícia (tido por seu fundamento); em autores mais contemporâneos, muitas vezes o vimos abrigado no capítulo que trata das intervenções do Estado na propriedade privada, macrotema que comporta as desapropriações, servidões, requisições, limitações administrativas e o tombamento, que ingressa normalmente de forma autônoma, como espécie de intervenção, ou categorizado como servidão ou limitação, a depender dos argumentos do autor. Na obra de Cretella, dividida em volumes, um deles é reservado para "polícia administrativa", onde, dentre outras abordagens, são tratadas a desapropriação, requisição e servidões administrativas; o conceito de limitação administrativa não chega a ser desenvolvido - tal como fará Hely Lopes Meirelles em momento muito próximo - e tombamento não vem sequer mencionado[226].

[226] "*Entre as limitações ao direito de propriedade enumeram-se, entre outros, os seguintes casos: direito de desapropriação pelo Estado, direito de requisições, medidas de polícia a respeito do direito de construir, servidões impostas por motivos de defesa nacional*". (CRETELLA JÚNIOR, 1967, p.119). Como afirmamos, note-se que ainda não há, no autor, a conceituação de limitação administrativa tomada em sentido mais particular – em outras palavras, com o sentido técnico-jurídico de restrição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, que condiciona exercício de direitos ou atividades às exigências do bem estar social (MEIRELLES,

Dentre os administrativistas que produziram seus manuais ou cursos, certamente Hely Lopes Meirelles foi o primeiro a trazer maiores insumos para a construção de uma doutrina sobre tombamento[227]. De sua experiência profissional – tanto na magistratura quanto na docência – nasceram as obras *Direito Municipal Brasileiro* (1957) e *Direito de Construir* (1961), cujos conteúdos ingressariam em grande parte na posterior obra *Direito Administrativo Brasileiro,* de 1964[228].

É importante ressaltar que, dentro das posturas reconhecidas por Fernando Menezes de Almeida (2017) na doutrina brasileira do século XX, Hely Lopes se enquadra naquela que corresponde a "a um direito administrativo operacional"[229] que "via de regra envolve formulações sistematizadoras da prática do direito, por vezes importando afirmações dogmáticas, tendentes não ao questionamento científico, mas à decidibilidade de problemas concretos". Como demonstrou o autor, essa postura apresenta forte propensão de ganhar

1961). Limitações ao direito de propriedade (note-se que ele especifica a limitação administrativa da qual trata: a da propriedade), tal como adotado pelo autor no início do trecho transcrito, assume a forma de gênero onde cabem a desapropriação e a servidão, por exemplo. Não há, neste texto, a limitação administrativa como espécie. Na obra de Themístocles Brandão Cavalcanti (1938), também está abordado o poder de polícia e, dentre suas variadas manifestações, o da polícia de construções. É aqui que tratará das restrições impostas à propriedade, notadamente quanto às questões de higiene (as de estética, segundo ele, eram secundárias e apenas excepcionalmente utilizadas, como no caso da implantação do plano Agache, na capital federal).

[227] É notória a contribuição de Hely Lopes Meirelles ao Direito Administrativo brasileiro: nascido em 1917, em 1942 se formou em Direito pela Universidade de São Paulo. Após curta experiência na advocacia privada, em 1949 ingressou na magistratura, posto que ocupou até sua aposentadoria, em 1965. De sua carreira profissional, podemos destacar duas atividades que impulsionaram suas reflexões acerca do tombamento: evidentemente, o exercício da magistratura, em razão dos aportes que eventuais casos fatalmente lhe trariam, mas, sobretudo, sua atividade docente, tanto na Associação Paulista de Municípios, quanto na Escola de Engenharia de São Carlos, cargo que assumiu quando atuou na comarca da referida cidade e onde lecionava disciplinas de interesse para os engenheiros.

[228] As obras citadas são frequentemente invocadas pelos autores do Direito Urbanístico como referências iniciais para a construção deste ramo no Direito brasileiro. A exemplo, coloca José Afonso da Silva (1981, p. 68): "Coube, sem dúvida alguma, a Hely Lopes Meirelles empreender os primeiros ensaios jurídicos da matéria urbanística entre nós. Devem-se a ele as primeiras manifestações em torno do Direito Urbanístico, inicialmente em capítulos de seu Direito Municipal Brasileiro (1957; atualmente [1981] em 3ª edição, em que desenvolveu ainda mais o tratamento científico da disciplina), depois em seu Direito de Construir (1ª edição, 1961; 2ª edição, 1965; e a 3ª edição, 1979, em que ampliou ainda mais os estudos de Direito Urbanístico, procurando dar sistematização atualizada à matéria) e em seu Direito Administrativo Brasileiro (1964; agora [1981] em 6ª edição; e desde a 3ª edição, desenvolveu bastante a matéria urbanística, inclusive com capítulo especial sobre proteção ambiental cultural e natural". O próprio Hely, contudo, não defendia em seu tempo a autonomia deste ramo: "Não vamos a esse extremo de admitir uma disciplina jurídica autônoma [o Direito Urbanístico] para o estudo e sistematização das limitações urbanísticas, porque as consideramos uma das espécies do gênero 'limitação administrativa', sujeita às regras peculiares do Direito Administrativo e do Direito Municipal, e aos princípios mais amplos do Direito Constitucional, que autoriza o condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social" (MEIRELLES, 1961, p. 113).

[229] Segundo Eurico de Andrade Azevedo (Retrato de Hely Lopes Meirelles in: RDA, 1996, V. 204, p. 127), Hely "trazia no sangue o amor ao direito e a convicção de que o direito existia para resolver os conflitos humanos. Não compreendia o direito como um conjunto de concepções teóricas que servissem a elucubrações científicas; para ele o direito estava a serviço do homem, como instrumento da paz social e da realização da justiça. Daí por que suas obras tiveram o êxito que todos conhecemos. Sem esquecer os princípios básicos e os ensinamentos doutrinários, seus livros visaram sempre apresentar solução para os problemas existentes".

adeptos na administração pública, sobretudo porque lhe dá segurança em relação a dispositivos normativos, orienta como proceder face à ausência de lei (tão frequente, na época, em relação às normas de Direito Administrativo) e também à forma de agir do ente estatal. Este foi, portanto, o principal papel desempenhado pela doutrina de Hely Lopes Meirelles, que influenciou por muito tempo não só administrativistas, mas também aqueles que lidavam na prática com problemas jurídicos apresentados à Administração.

Em *Direito de Construir* (1961)[230], ao se aproximar de toda a questão envolvendo as construções na cidade e, obviamente, a relação desse fato com as normativas do poder público, Hely pode se deparar com a figura do tombamento (neste caso, materializada nos bens imóveis ou conjuntos urbanos). Segundo Eurico Azevedo (RDA, 1996, V. 204, p. 129), neste livro

> o autor aprofundou o estudo das limitações urbanísticas; distinguiu-as das restrições legais e convencionais de vizinhança; examinou com proficiência os problemas de zoneamento urbano e os decorrentes da pré-ocupação do bairro; defendeu a possibilidade de preservação da estética urbana, e tudo isso tendo como base a função social da propriedade.

Na obra em análise, o tombamento vem apresentado no item referente às limitações urbanísticas (dentro de "limitações administrativas em espécie"). De forma sucinta, o autor descreve os principais efeitos do tombamento (proibição de demolição, mutilação e destruição da coisa, ou de intervenções sem autorização do IPHAN), bem como assuntos mais específicos e que haviam movimentado os tribunais (como nos mostrou a *RDA*), a exemplo de como se definia juridicamente o conceito de visibilidade que, para Hely, era

> Bastante amplo, indo além do obstáculo à percepção ótica da paisagem ou da obra protegida. A modificação adjacente, a diferença de estilos arquitetônicos, o afeiamento dos arredores, quebrando a harmonia do conjunto, ou diversificando o ambiente natural que compõe o panorama ou emoldura a obra que se visa proteger, podem prejudicar a visibilidade, na acepção legal embora não a impeçam inteiramente, nem se anteponham à frente dos bens tombados. Daí a limitação estender-se não somente às edificações, mas aos anúncios, cartazes e ao que mais puder obstacular a vista ou contrastar com o ambiente natural ou a obra artística protegida. (MEIRELLES, 1961, p. 149).

Em seu *Direito Administrativo Brasileiro* (1975, em sua 3ª edição), o tombamento aparece em dois momentos: no capítulo sobre o *Domínio Público,* juntamente com florestas, fauna,

[230] Apesar de não ser uma obra geral, como as que estamos tratando neste tópico, *Direito de Construir* é trazido aqui porque grande parte das reflexões nele presentes serão transportadas para seu *Direito Administrativo Brasileiro,* que terá inúmeras edições e que influenciará na escrita de manuais e cursos de diferentes autores.

espaço aéreo, jazidas, terras públicas etc. e no capítulo sobre *Intervenção na propriedade e no domínio econômico.* No primeiro caso, a intenção é mostrar que o poder regulatório do Estado (assim o chama) não seria exercido somente sobre bens de seu próprio domínio, mas também sobre coisas e locais particulares de interesse público; neste caso, como bens de interesse da comunidade – aqui ingressa o patrimônio histórico e artístico nacional -, estariam sujeitos ao domínio eminente do Estado.

Em *Direito de Construir* (agora considerando as edições de 1961, a primeira, e de 1983, a quarta), tombamento está inserido, como citamos, no Capítulo IV - *Limitações Administrativas ao Direito de Construir*. Em *Direito Administrativo Brasileiro* (1975), na segunda menção que é feita ao instrumento, ele vem inserido no capítulo *Intervenção na propriedade e no domínio econômico,* no subtítulo *Intervenção na propriedade.* Neste último caso – cronologicamente intermediário entre as duas edições de *Direito de Construir* - é curioso que o tombamento entra como forma de intervenção, mas não exatamente como limitação administrativa, visto que as formas de intervenção ali descritas pelo autor são a desapropriação, servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitação administrativa *e* o tombamento. Ele vem classificado, portanto, como uma categoria à parte e diferente das demais; não é servidão, não é limitação administrativa. Ele é outra coisa e este deslocamento fica claro no trecho abaixo, onde se coloca não ser possível estabelecer, *a priori,* seu caráter geral ou individual, característica essencial para definir o conceito de limitação administrativa, diferenciando-a de outras formas de intervenção, a exemplo da servidão:

> O tombamento tanto pode acarretar uma *restrição individual* quanto uma *limitação geral*. É restrição individual quando atinge determinado bem – uma casa, por exemplo – reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos. (MEIRELLES, 1975, p. 577, grifo do autor).

O mesmo trecho acima, no entanto, consta exatamente igual na 4ª edição de *Direito de Construir* (1983, p. 120), muito embora neste caso continue inserido no capítulo *Limitações Administrativas ao Direito de Construir*, constituindo uma espécie delas (a urbanística). Se a restrição dada pelo tombamento pode ser individual ou geral, como indica o trecho, torna-se um desafio justificar o instrumento no capítulo sobre as limitações administrativas, classificadas pelo autor como de caráter geral. Na 1ª edição da obra, em 1961, o trecho citado acima não aparece – o que pode indicar uma dose de certeza, naquele momento, de onde se

encaixaria o tombamento. Este rearranjo no texto antecipa a grande dificuldade que o tombamento e sua natureza jurídica oferecem ao Direito Administrativo, visto que, sem a análise do caso concreto, é bastante difícil entendê-lo como restrição geral e abstrata ou particular e concreta e, portanto, alocá-lo como limitação ou servidão[231]. Ao final, contudo, o principal motivo dessas classificações diz respeito a compreender, em cada caso, sobre a necessidade de indenização (servidões, por seu caráter individualizado e concreto, devem ser indenizadas; limitações, por sua generalidade, não[232]), o que também se mostra bastante complexo em relação ao tombamento, sobretudo porque nele não se pode tirar do caráter geral ou individual da restrição a existência ou não de dano. Se tomarmos essas duas obras de Hely - *Direito de Construir* em suas edições de 1961 (1ª edição) e de 1983 (4ª edição) -, e *Direito Administrativo Brasileiro* (1975, 3ª edição), podemos perceber como o tema da indenização se arrastava ainda claudicante. O trecho abaixo é de *Direito de Construir* em sua 4ª edição:

> O tombamento, em princípio, não obriga a indenização alguma, salvo se as condições de conservação da coisa acarretarem despesas extraordinárias para o proprietário, *ou for impedida a utilização do bem*, casos em que deverão ser suportadas pelo Poder Público, ou realizada a desapropriação do bem tombado. [...] Mas é de se advertir que a desapropriação da coisa tombada constitui exceção, e só se justifica quando impossível sua permanência em mãos do proprietário particular, com pleno atendimento de sua destinação desejada pelo Poder Público, *ou quando as restrições necessárias à preservação do bem impedirem a sua normal utilização pelo proprietário ou reduzirem substancialmente o seu valor econômico, pois o Poder Público não pode causar prejuízo ao particular*. (MEIRELLES, 1983, P. 121, grifo nosso).

Na obra de 1975, *Direito Administrativo Brasileiro,* o conteúdo é quase o mesmo do trecho acima, com exceção das partes grifadas, aqui ausentes. Já em *Direito de Construir,* na sua 1ª edição (1961), a necessidade da indenização é vinculada à classificação do tombamento como limitação administrativa, mas, ainda com isso, admite-se a exceção:

> O tombamento, *como limitação administrativa de caráter urbanístico ao uso da propriedade privada*, em regra, não exige indenização por parte do Poder Público ao particular que continua a deter e usufruir a coisa tombada, salvo se sua conservação e restauração exigirem gastos extraordinários excedentes dos de sua normal utilização. [...]. Convém advertir, ainda, que o tombamento não se confunde, nem exige, comumente, a desapropriação da coisa considerada de valor

[231] A respeito dessa dificuldade, veja-se trecho em Bandeira de Mello (1981, p. 180): "Curioso que mesmo Alessi, sempre tão preciso, após implantar excelentes raízes teóricas para distinguir limitações à propriedade e servidões administrativas [...] acaba por considerar o tombamento para patrimônio como limitação, contraditando nisto suas lições anteriores". Neste momento em que escreve, Mello considerava o tombamento como servidão, posição que abandona a partir da 26ª edição do seu *Curso de Direito Administrativo.*

[232] Ao menos via de regra, visto que há autores que afirmam que, se há um sacrifício maior do direito de propriedade, elas devem ser indenizadas. Esta é também a posição de Hely Lopes Meirelles, inclusive em situações onde claramente coloca o tombamento como limitação administrativa.

> histórico ou artístico de interesse público, visto que a lei não impõe, necessariamente, o despojamento da propriedade do bem tombado. O que se exige do particular é a conservação da coisa em condições adequadas à satisfação de sua finalidade estética ou cultural. A desapropriação só é de rigor quando não for possível a manutenção da coisa em mãos do particular, com pleno atendimento de sua destinação histórica ou artística desejada pelo Poder Público. (1961, p. 150, grifo nosso).

A discussão sobre quanto de restrição ou de limitação ao direito de propriedade existia no tombamento permeara as discussões havidas nas *Revistas de Direito Administrativo* sem que se chegasse a esboçar algo mais aprofundado, capaz de entender as especificidades dessas diversas formas de intervenção possíveis. Numa das revistas pesquisadas (RDA, 1953, v. 31), um artigo sobre servidão administrativa e desapropriação traz aprofundamento maior fundamentado nas lições do administrativista argentino Rafael Bielsa (1889-1966), cujos estudos sobre o tema já eram bastante significativos nos anos 30[233]. No Brasil, reflexões mais detalhadas sobre o assunto deram-se apenas com Hely Lopes Meirelles, no início dos anos 60[234]: em seus ensinamentos, também ancorados na obra de Bielsa, Hely define as limitações administrativas como "toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora de exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem estar social" (1961, p. 36). Há preocupação em diferenciá-las das restrições de vizinhança: enquanto as limitações administrativas eram normas de ordem pública em benefício do bem estar social, as restrições de vizinhança seriam estabelecidas nas leis civis para proteção da propriedade particular em si mesma. E continua:

> Do mesmo modo, não se confunde limitação administrativa com servidão administrativa ou pública. Enquanto a limitação administrativa é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade, a servidão administrativa ou pública é um ônus especial imposto a determinada propriedade, mediante indenização do Poder Público, para propiciar a sua utilização no interesse da comunidade. (MEIRELLES, 1961, p. 87).

---

[233] A obra *Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público. Restricciones y servidumbres administrativas*, por exemplo, é de 1923.

[234] Em *Direito de Construir*, de 1961, o capítulo é iniciado com a afirmação bastante verdadeira para o momento: "O conceito de limitação administrativa não tem sido convenientemente difundido pela doutrina, resultando daí deploráveis indistinções na legislação e na jurisprudência, que ora a confundem com restrição de vizinhança, ora com servidão predial, ora com servidão pública e até mesmo com desapropriação". (MEIRELLES, 1961, p. 35-6).

Em *Derecho Administrativo*[235], Rafael Bielsa (1956) – uma das referências de Hely Lopes Meirelles quanto ao tema - traz no Tomo IV a questão do poder de polícia e, dentro dela, a das limitações impostas à propriedade privada em razão do interesse público. No início do capítulo, diferencia as limitações fundadas no direito privado, onde os proprietários são colocados frente a frente entre si, daquelas ancoradas no direito público, onde o particular posiciona-se frente à administração; neste caso, é a gestão do interesse público que dá à atividade administrativa o caráter de necessidade e legitimidade frente aos contornos ou sacrifícios impostos à propriedade privada. (BIELSA, 1956). Na terminologia do autor, limitação é um gênero do qual servidão, desapropriação e restrição (equivalente à nossa limitação administrativa) são espécies. Tal como na teoria desenvolvida no Brasil, as restrições têm caráter geral, não havendo que se falar na constituição de um direito real sobre a coisa (bem como na existência de um gravame), o que aconteceria nas servidões; ainda, as meras restrições dão conta de desenhar o próprio conteúdo do direito de propriedade, ao passo que as servidões seriam um desmembramento deste direito. Bielsa também coloca que estas últimas afetariam o caráter exclusivo[236] do direito de propriedade, ao passo que as restrições, seu caráter absoluto. Quanto às ações visando à defesa do patrimônio cultural[237] (e aqui citamos a classificação, que na terminologia argentina equivale ao nosso tombamento), o autor coloca, em regra, como caso de restrição, o que não excluiria a assunção de outras formas: "Por motivos de ordem histórica, especialmente a propriedade pode sofrer limitações de toda ordem até a desapropriação mesma. É o que estabelece a lei 12.665, sancionada em 30 de setembro de 1940". (BIELSA, 1956, p. 330, tradução nossa)[238]. Os exemplos mostram a variação caso a caso:

---

[235] Trazemos aqui as lições de Bielsa em sua obra de 1956, mas lembramos que *Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público. Restricciones y servidumbres* é de 1923, denotando a maturidade que o tema já alcançara na Argentina. É importante registrar, ainda, que no começo do século XX, o Direito Administrativo argentino estava em franco desenvolvimento e, neste cenário de efervescência, foram estabelecidos vários contatos com notáveis publicistas europeus. Produto disso foram as conferências de Léon Duguit em Buenos Aires, em 1911, que resultaram na publicação *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon* e de seu conterrâneo, Gastón Jéze, que visitou o país em 1923 e 1927.

[236] Sobre ser absoluto, exclusivo e perpétuo o direito de propriedde, temos que o caráter absoluto diz respeito ao poder de usar, gozar e dispor da coisa livremente; a exclusividade implica a não intromissão de qualquer outro que não seja proprietário e, por fim, a perpetuidade diz respeito à não extinção deste direito, a seu caráter vitalício, que faz com que, mesmo com a morte do titular, seja transmitido aos sucessores.

[237] Na Argentina, a preocupação com o tema começa a florescer contemporaneamente à nossa trajetória, com a lei nº 12.665, de 30 de setembro 1940. Tal dispositivo cria a Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos (CNMMyLH) e estabelece uma série de medidas de proteção a esses bens, como a possibilidade de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação para os imóveis considerados como de interesse histórico ou histórico-artístico.

[238] No original: "Por motivos de orden histórico especialmente la propiedad puede sufrir limitaciones de todo orden hasta la expropiación misma. Es lo que establece la ley 12.665, sancionada El 30 de setiembre de 1940*"*.

> Se ao proprietário de ruínas ou de jazidas arqueológicas se impõe a obrigação de conservá-los, a fim de facilitar estudos e deixá-los acessíveis aos agentes da administração pública etc., ou se lhe impõe a obrigação de permitir ao público que admire a obra artística privada, tal limitação será uma servidão. (BIELSA, 1956, p. 322, tradução nossa)[239].

E, mais adiante, na nota de rodapé:

> Mas se a lei proíbe, por exemplo – a fim de conservar o patrimônio artístico ou científico da Nação – exportar a outro país ou destruir uma coisa, *sem restringir com isso o gozo total da mesma*, é evidente que não se afeta o "exclusivo", mas o "absoluto" do direito de propriedade, pelo que então se trata de uma restrição à disponibilidade, de uma limitação à alienabilidade, e não de uma servidão. (idem, tradução nossa, grifo nosso).[240]

De qualquer forma, a lei argentina foi mais explícita quanto às indenizações ou não das ações visando à preservação do patrimônio nacional – o que, ao fim e ao cabo, é o motivo maior para este exercício de compreensão entre o que são restrições ou servidões, dentre outras[241]: se o imóvel fosse privado, a administração declararia a utilidade pública para fins de desapropriação ou entraria em acordo com o proprietário de modo a assegurar os fins de proteção da lei; se a conservação do lugar fosse tal que implicasse uma limitação ao domínio, o proprietário seria indenizado por isso[242].

Bielsa também assume o caráter mutável do que a princípio poderia ser classificado como restrição (qualquer que fosse e não somente as relacionadas ao patrimônio histórico): "Porque se a limitação da propriedade restringe o uso e gozo da coisa a ponto de afetar a

---

[239] "Si al propietario de ruinas o de yacimientos arqueológicos se le impone la obligación de conservar unas y otras, a fin de facilitar estúdios y de hacer accesibles esas cosas a los agentes de la Administración pública, etd., o se le impone la obligación de permitir al público que admire la obra artística privada, tal limitación es 'servidumbre'". (grifo do autor).

[240] "Pero si la ley prohibe, por ejemplo – a fin de conservar el patrimonio artístico o científico de la Nación -, exportar a otro pais, o destruir una cosa, sin restringir con eso el goce total de ella, es evidente que no se afecta ló exclusivo, sino lo 'absoluto' del derecho de propriedad, por lo que entonces se trata de una restricción a la disponibilidad, de una limitación a La alienabilidad, y no de una servidumbre".

[241] Segundo Bielsa (1956, p. 363): "Pero la importancia o utilidade práctica de la distinción entre restricción y servidumbre está en esto: que en el primer caso no puede fundarse un derecho a indemnización, al passo que si se trata de servidumbre, como ella importa uma desmembración del derecho de propiedad, la indemnización es de regla [...]".

[242] Lei 12.665, de 1940, artigo 3º: "El poder ejecutivo a propuesta de la Comisión Nacional, declarará de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interes histórico o histórico-artistico a los efectos de la expropiación; o se acordará com el respectivo propietário el modo de asegurar los fines patrióticos de esta ley. Si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación al domínio, el poder ejecutivo indemnizará al propietario em su caso". Por outro lado, como se vê, a lei deixa um critério em aberto – o que pode ter feito as situações na Argentina terem sido muito parecidas com as nossas: só a análise jurisprudencial desses casos poderia indicar o que se entendeu por "limitação ao domínio" e, assim, as situações onde a indenização foi ou não devida

plenitude deste direito (segundo o definimos), então a mera restrição deixa de ser tal para converter-se em servidão". (p. 323-4, tradução nossa)[243]. Isso está claro também na citação da nota de rodapé (acima transcrita), onde afirma que se a lei proíbe a destruição da coisa, a fim de preservá-la como patrimônio, "sem restringir-lhe o gozo total da mesma*"*, será o caso de restrição. Veja-se a possibilidade, portanto, de que a restrição se transfigure em servidão; restrições e servidões não seriam, assim, categorias estanques.

Tanto em Bielsa, que pode ter inspirado doutrina e jurisprudência sobre o tema no Brasil, quanto em nossos administrativistas, as reflexões sobre tais intervenções são sempre bastante complexas e passíveis de muitas críticas; há uma dificuldade recorrente – expressa por muitos autores – não necessariamente na construção desses conceitos ou categorias, mas sobretudo na tarefa de subsunção dos casos concretos a eles. Nem sempre uma restrição (ou, no Brasil, a limitação), por afetar a plenitude do direito de propriedade, seria convertida necessariamente em servidão, sobretudo se considerarmos que há características da servidão que a colocam como categoria tipologicamente – e não apenas gradualmente - distinta (a exemplo, a constituição de um direito real sobre coisa alheia). Em razão disso – e num exercício para tentar compreender especificamente o tombamento -, Adriana Zandonade (2012) em *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*, ancorada nas lições de Renato Alessi, propõe o abandono dessas categorias e a compreensão do instrumento a partir de sua relação com o grau de intervenção na propriedade, apartando a questão em duas situações: limitação ao direito de propriedade - onde os limites fariam parte da própria definição do conteúdo deste direito -, e sacrifício de direito:

> Observa-se que, à parte a desapropriação, a requisição administrativa e a ocupação temporária, é comum o contraste entre limitações e servidões como categorias gerais de intervenção estatal na propriedade. Diante de uma regra legal impositiva de restrições à propriedade ou ao direito correlato, procede-se frequentemente a classificações por exclusão: se é evidente a ausência de um traço característico da limitação, enquadra-se a espécie como servidão, e vice-versa. Entretanto, o exame cuidadoso das marcas essenciais de cada instituto acaba por demonstrar a inadequação do enquadramento efetuado. O que se percebe, assim, é a insuficiência de classes supostamente gerais (limitação e servidão) para abrigar as demais formas de intervenção estatal previstas no direito positivo brasileiro; como ocorre, aliás, com o próprio instituto do tombamento. (ZANDONADE, 2012, p. 1888).

Para Zandonade, grande parte da doutrina buscou classificar o tombamento a partir de um critério de exclusão: tomando-o como limitação administrativa, eliminou-se a possibilidade

[243] "Porque si la limitación de la propriedad restringe el uso y goce normal de la cosa a punto de afectar la plenitud de este derecho (según lo hemos definido), entonces la mera restricción deja de ser tal para convertir-se en servidumbre".

de tê-lo como servidão ou desapropriação porque seus efeitos não atingiriam os atributos de exclusividade e perpetuidade do direito de propriedade, sobrando-lhe o traço de generalidade (característica essencial da limitação administrativa). Por outro lado, aqueles que o tomam como servidão também o fazem, segundo ela, a partir de critérios de exclusão: é servidão porque não tem o traço de generalidade. Como desenvolvimento do seu raciocínio, Adriana expõe que o tombamento não possui o atributo da generalidade (o que poderia justificá-lo como limitação) e, de outro lado, nem sempre[244] estabeleceria direito real sobre coisa alheia, fundamental na servidão administrativa. Assim, dentre a classificação de limitações à propriedade, de um lado, e sacrifício de direito, de outro, a autora toma o tombamento como espécie de sacrifício de direito:

> [...] o tombamento caracteriza-se pela singularidade – e não pela generalidade, como já visto. Seus efeitos jurídicos não se impõem a um conjunto indeterminado e, a priori, indeterminável de sujeitos, mas comprimem direitos titularizados por indivíduos certos, exercidos sobre bens devidamente identificados. (Idem, p. 197).

Sobre o dever de indenizar, se em regra existem nos sacrifícios de direito, como ela descreveu, em tese estaria presente no tombamento, mas caberia ressaltar que:

> [...] embora compatível com o regime jurídico do tombamento, o dever de indenizar não constitui um de seus traços essenciais: se, na condição de sacrifício de direito, o tombamento restringe o direito de propriedade, causando dano jurídico, sua aplicação nem sempre é fonte de concreta diminuição patrimonial. Ora, como se sabe, o dano indenizável é aquele que, além de corresponder à lesão de um direito assegurado pelo ordenamento jurídico, produz um prejuízo certo (não eventual) e econômico. (Idem, p. 199).

Aqui abrimos um parênteses para explorar essas tentativas de explicação do tombamento dentro da doutrina administrativista. Como vimos, desde os primeiros conflitos jurídicos, uma importante questão quanto aos bens tombados era saber se haveria ou não a desapropriação; a discussão, no caso, inevitavelmente recaía sobre a possibilidade de indenização *vinculada* à desapropriação. A doutrina jurídica brasileira dos anos 40 e 50, muito embora já estivessem publicados os estudos de Rafael Bielsa – e provavelmente a eles tivesse tido acesso -, onde as categorias de limitação, servidão e desapropriação, bem como os estudos sobre indenização estavam bastante avançados, tomava como referência apenas a desapropriação, onde há perda total do domínio e, consequentemente, indenização. De forma geral, onde não houvesse perda completa, não haveria indenização. A (difícil) questão estava em saber, em cada caso, se a limitação imposta seria tal que extinguiria o domínio por

[244] O direito real sobre coisa alheia ocorreria apenas quando o tombamento incidisse sobre bens particulares e especificamente em relação a um de seus efeitos: o direito de preferência (efeito hoje revogado pela lei nº 13.105, de 2015, o Código de Processo Civil).

completo. Os termos usados frequentemente - restrição ou limitação - não assumiam a conotação técnica tal como dado por Bielsa e, no Brasil, já nos anos 60, por Hely Lopes Meirelles e depois por toda a doutrina administrativista. Em seu *Direito de Construir*, como vimos, Hely enquadrou o tombamento como uma limitação administrativa, identificando nele, portanto, uma espécie de limitação geral e imposta abstratamente. Embora essa seja a tese majoritariamente defendida, vários autores divergiram, entendendo o caso como de servidão – sobretudo pela falta de generalidade que, para eles, ocorre no ato de tombamento. Correntes também surgiram[245] - já demonstrando a dificuldade desta classificação binária - que o colocaram como uma categoria à parte, não sujeita, portanto, às características da limitação ou da servidão, sem que se chegasse, até hoje, a um consenso. Nos anos 80 o tombamento passa a ter assento garantido em praticamente todos os manuais de Direito Administrativo, como em *Elementos de Direito Administrativo,* de Celso Antonio Bandeira de Mello, cuja primeira edição é de 1980 (aqui consultamos a segunda tiragem da 1ª edição, de 1981); *Direito Administrativo,* de Diógenes Gasparini (1989); *Direito Administrativo* (1991, 2ª edição), de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Curso de Direito Administrativo* (2005), de Marçal Justen Filho, dentre praticamente todos os outros. O foco principal nessas obras gerais continuou a ser a discussão acima ilustrada, com o quê o Direito Administrativo de certa forma deixou à margem outras questões, que só foram trazidas a partir de um braço deste ramo, posteriormente autonomizado - o Direito Urbanístico -, bem como pelo Direito Ambiental, em grande parte, e pelo Processual, notadamente nas discussões acerca do processo coletivo. Com isso concluímos que o enfoque sobre o tombamento dentro de uma obra geral de Direito Administrativo não foi capaz de ampliar, pelo menos até os anos 80, o panorama acerca do próprio instrumento (a partir de outras necessidades e dificuldades, para além de sua análise dentro do recorte das limitações e servidões), bem como de trazer para este ramo do Direito estudos mais amplos sobre a preservação do bem cultural em toda complexidade que o tema desperta. Assim, é a partir do mergulho nestas outras contribuições que podemos entender como o conhecimento (e a construção doutrinária) sobre tombamento se amplia dentro da abordagem jurídica.

[245] Classificando-o como limitação, podemos citar Sonia Rabello, Hely Lopes Meirelles (não sem certa dose de incerteza, como vimos) e José Afonso da Silva. Como servidão, Celso Antônio Bandeira de Mello (que posteriormente alterou esse posicionamento) e Maria Coeli Simões Pires. Por fim, há os que o tomam como categoria autônoma, como Maria Sylvia Zanella di Pietro, Marçal Justen Filho e Adriana Zandonade, como vimos. Essa forma de lidar com o tombamento, mesmo sem maiores aprofundamentos, era também presente nas discussões havidas e publicadas nas *RDAs* a partir dos anos 40.

4.2 – Expandindo visões: tombamento em novos ramos do Direito

José Afonso da Silva (1981) diz ser necessário firmar a regra fundamental de que o Direito é uma unidade ou

> um conhecimento unificado sobre uma realidade, com método e princípios independentes de outros conhecimentos, que também estudam o mesmo material. Qualquer ramo do Direito integra esse *unicum* que constitui a ordem jurídica, pelo que não se pode falar que determinado ramo da ciência jurídica possua autonomia jurídica, mas é lícito falar que possua autonomia didática ou autonomia científica; a primeira, justificada pela oportunidade de circunscrever o estudo a um grupo de normas que apresentam particular homogeneidade relativamente a seu objeto, mas ainda se acham sujeitas a princípios de outro ramo; a segunda, quando, além da necessidade indicada, verifica-se a formação de princípios e institutos próprios (p. 27).

Se o tombamento em suas origens era tratado pelo Direito Administrativo (muito eventualmente por civilistas, em virtude não necessariamente de sua função como instrumento de proteção do patrimônio cultural, mas de sua relação com a propriedade privada), o surgimento de novos ramos do Direito implicou sua abordagem a partir de outros ângulos – e, dada a autonomia desses ramos –, à luz de novos princípios e associado a instrumentos que foram construídos ou aperfeiçoados nestes campos de conhecimento que então se formavam.

A percepção da finitude dos recursos naturais e a luta pela manutenção da qualidade de vida, com a tomada de consciência de que a reivindicação dessas pautas se fazia coletivamente foram propulsoras de um movimento de criação no e do Direito que, tal como se encontrava, não conseguia dar voz e proteção àquilo para o qual era cada vez mais demandado. Em junho de 1972, acontece em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, um marco global na mobilização pela preservação ambiental; até o final desta década, segundo Édis Milaré (2007), não havia no Brasil normas legais que "reconhecessem o meio ambiente como bem *per se*" (p. 755), o que só veio a ocorrer com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente). Diferentemente do patrimônio cultural, que em 1934 já constava expressamente na Constituição, a ascensão ao topo da hierarquia normativa em se tratando das normas de proteção ao meio ambiente veio somente com a Carta de 1988. Os textos doutrinários que inauguram este ramo do Direito no Brasil são da década de 70 e tributados a Sérgio Ferraz (*Direito Ecológico, perspectivas*

e sugestões, de 1972[246]) e a Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Introdução ao direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, de 1975). Há uma divergência em como o ramo seria chamado no Brasil, notadamente em seu início: Direito Ecológico, Direito de Proteção da Natureza, Direito do Meio Ambiente e Direito Ambiental – essa última a terminologia que ganhou mais adeptos entre nós. O que importa destacar é que há uma visão estrita e outra ampla para o conceito de meio ambiente; para a primeira, por ele se compreende o patrimônio natural e a relação deste com os seres vivos. Para a concepção ampla, meio ambiente engloba tanto o meio natural (água, solo, ar...) quanto o construído (ou cultural), conceito que foi adotado em nossa legislação, conforme definido pela Lei nº 6.938, de 1981, que coloca meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, I). Assim, no Direito brasileiro,

> [...] são elementos do meio ambiente, além daqueles tradicionais, como o ar, a água e o solo, também a biosfera, esta com claro conteúdo relacional (e, por isso mesmo, flexível). Temos, em todos eles, a representação do meio ambiente natural. Além disso, vamos encontrar uma série de bens culturais e históricos, que também se inserem entre os recursos ambientais, como meio ambiente artificial ou humano, integrado ou associado ao patrimônio natural (MILARÉ, 2007, p. 116).

Dessa forma, a partir da adoção deste conceito amplo, o tombamento passou a ser objeto de interesse também para o Direito Ambiental e muitas foram as contribuições vindas daí: no rol dos novos direitos, o Ambiental é caracterizado em grande medida como um direito de participação e os mecanismos com essa finalidade (processuais ou de arranjos institucionais, como os conselhos paritários) foram bastante desenvolvidos e incentivados, em pontos de contato intensos com o Direito Processual, como veremos. Os estudos sobre a tutela penal do patrimônio cultural também tiveram aqui muitos avanços, principalmente porque grande parte dos produtores desta doutrina pertence ou pertenceu aos quadros do Ministério Público.

Reportando-se à mesma obra fundadora - *Introdução ao direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, de 1975, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto -, temos também o surgimento de uma produção doutrinária e um novo ramo do Direito no Brasil: o Direito Urbanístico[247]. No livro *Direito Urbanístico Brasileiro* (1981), José Afonso da Silva aponta que "O Direito

---

[246] FERRAZ, S. Direito Ecológico, perspectivas e sugestões. **Revista de Consultoria Geral do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: 1972. V. II, n. 4, pp. 43-52.

[247] A referência à mesma origem mostra, ainda, as inúmeras conexões que possuem o Direito Ambiental e o Urbanístico, o que faz complexa a enunciação do que eventualmente os separa. É possível tomá-los, em grande medida, como ramos transversais do Direito, que perpassarão por diversos outros, como o Constitucional, o Administrativo, o Penal e o Civil.

Urbanístico até muito recentemente era simplesmente ignorado na doutrina jurídica brasileira[248], com a honrosa exceção apenas de Hely Lopes Meirelles que a ele amiúde dedicava páginas lúcidas e objetivas [...]" (p. XXI). Como mostramos acima, Hely Lopes foi responsável por iniciar o aprofundamento das discussões sobre tombamento, notadamente porque se dedicou ao Direito Municipal e ao que ele convencionou chamar Direito de Construir, com o quê – somando-se à sua atividade na magistratura - aproximou-se do acervo de bens tombados que estavam na cidade e com o qual o poder público cada vez mais tinha que lidar. Há uma grande aproximação, assim, não somente ao jurista mencionado, mas do Direito Urbanístico ao Administrativo, em relação ao qual foi preciso tempo para que se aceitasse – e isso apenas recentemente, com o Estatuto da Cidade -, a autonomia do primeiro em relação ao segundo[249].

De acordo com José Afonso da Silva (1981, p. 3):

> O qualificativo urbanístico indica a realidade sobre a qual esse direito incide: o urbanismo, palavra que vem do latim *urbs*, que significa cidade. O conceito de urbanismo é, portanto, estreitamente ligado à cidade e às necessidades conexas com o estabelecimento humano na cidade.

Nesse sentido, o autor conceitua o Direito Urbanístico como "conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinadas a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale a dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística"

---

[248] Embora tenham surgido quase simultaneamente, o Direito Ambiental conseguiu, em espaço de tempo menor, conquistar importantes marcos normativos (como a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, já em 1981) e firmar-se mais rapidamente como ramo autônomo no Direito. Veja-se que no momento em que a referida lei de Meio Ambiente era publicada, José Afonso da Silva lançava a obra que se tornaria clássica – Direito Urbanístico Brasileiro – não sem antes ter empreendido, no final dos anos 70 e em caráter pioneiro, um curso de Direito Urbanístico na Faculdade de Direito da USP. Nesta obra, temos o panorama geral da doutrina jurídico-urbanista do período: "Como as normas de Direito Urbanístico só muito recentemente começaram a desenvolver-se no Brasil, torna-se compreensível que a doutrina jurídico-urbanística ainda permaneça em grande atraso, entre nós. Não há obra sistemática sobre a matéria. Há, porém, estudos esparsos que têm tentado desbravar aspectos importantes nesse terreno inóspito*".* (SILVA, 1981, p. 67).

[249] Até a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, a discussão sobre a autonomia do Direito Urbanístico ainda era tema bastante atual. Segundo Edésio Fernandes, escrevendo logo após a promulgação desta lei, a maior parte dos juristas que se dedicavam à questão urbana perdiam tempo com o que ele chamou de "discussões estéreis acerca da autonomia do Direito Urbanístico" (2001, p. 31), e continua: "De modo geral, o Direito Urbanístico tem sido aceito como um sub-ramo do Direito Administrativo ou, em alguns casos, do Direito Ambiental [...]. A verdade é que muito já se avançou, desde que as possibilidades de ação do estado no controle da propriedade urbana eram limitadas ao binômio usucapião/desapropriação. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade de 2001, isto é, do princípio da propriedade individual irrestrita ao princípio das restrições urbanísticas ao direito de propriedade, até chegar no princípio da função social da propriedade e da cidade, a ordem jurídica de controle do desenvolvimento urbano foi totalmente reformada. Nesse contexto, não há mais como negar a autonomia acadêmica e político-institucional do Direito Urbanístico, não só pelas referências explícitas feitas a esse ramo do direito na Constituição Federal de 1988, mas também pelo fato de que são claramente definidos todos os 'critérios' tradicionalmente exigidos para o reconhecimento da autonomia de um ramo do direito: o Direito Urbanístico tem objeto, princípios, institutos e leis próprios". (FERNANDES, 2001, pp. 31-2).

(SILVA, 1981, p. 21), definição que logo na sequência se complementa com a descrição das normas de Direito Urbanístico, tidas por

> [...] todas as que tenham por objeto disciplinar o planejamento urbano, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial (como a execução das urbanificações, o disciplinamento dos bens urbanísticos naturais e culturais), a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanísticas. (SILVA, 1981, p. 22).

Para Lúcia Valle Figueiredo, que em 1979 lançava *Disciplina urbanística da propriedade,* o então incipiente ramo poderia ser definido como "[...] o conjunto de normas que disciplina a ordenação urbana, estando abrigada no conceito a ordenação da zona rural*"*. (FIGUEIREDO, 1980, p. 14). Ao colocar a propriedade como cerne de suas reflexões, lança uma série de perguntas:

> 1. Em que as normas sobre a poluição ambiental afetam a propriedade? 2. Em que a preservação de mananciais hídricos há de se ligar ao "direito" de propriedade? 3. Em que a preservação das áreas verdes há de interferir? 4. Por que e quando se desapropria? 5. A preservação do patrimônio histórico, cultural e artístico restringe o direito de propriedade?[250] 6. E as servidões administrativas? 7. No que o zoneamento afeta a propriedade? 8. E as normas sobre loteamento? 9. Interferem com a propriedade as limitações à construção? (FIGUEIREDO, 1980, p. 13).

Segundo Edésio Fernandes (2001, p. 32), o Direito Urbanístico "se ocupa do controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades". Dentre os mais importantes princípios, temos o da função social da propriedade e da cidade; o do urbanismo como função pública; o da separação do direito de propriedade do direito de construir e, por fim, o da justa distribuição de ônus e bônus decorrentes do processo de urbanização (FERNANDES, 2001; SILVA, 1981), dentre outros.

Pela abordagem do Direito Urbanístico, portanto, o tombamento – e, com maior rigor, a preservação do patrimônio cultural – passam a ser compreendidos a partir de sua aproximação ao contexto urbano e aos princípios e instrumentos jurídicos que foram se desenvolvendo e cujo manejo se propunha para a consecução das finalidades urbanísticas

[250] Nesta obra, Figueiredo traz um pequeno capítulo intitulado *Preservação do Patrimônio Histórico, Artísitico, Cultural e Estético*, onde trata do tombamento numa abordagem muito mais administrativista – no sentido das discussões que vimos acima nas obras gerais – do que propriamente aquela comum ao Direito Urbanístico, que então começava a se desenvolver. Para a autora, a figura do tombamento era "um rótulo inútil no que tange ao regime jurídico. É dizer, ou estaremos diante da figura jurídica da expropriação, ou da servidão administrativa". (p. 19).

almejadas. Assim, a preservação do patrimônio – historicamente alocada nos órgãos de cultura – tende a ser vista por meio de sua inserção no planejamento urbano e em conjunto com outros instrumentos que deveriam ser associados ao tombamento, como o zoneamento ou a transferência do direito de construir, tomada como incentivo ao proprietário e mecanismo de efetivação da justa distribuição dos ônus decorrentes do processo de urbanização. Dentro desse campo, cada autor foi detalhando particularidades e problemas que a preservação do patrimônio cultural apresentava ao Direito, conforme veremos brevemente no item seguinte.

O Direito Processual também será responsável por contribuições de relevo ao patrimônio cultural, tanto nas discussões conceituais sobre o tema, mas principalmente por fornecer mecanismos efetivos – e aqui nos referimos sobretudo aos dispositivos legais que fundamentam o processo coletivo – para a defesa deste legado. O final dos anos 70 e 80 estiveram marcados por lutas sociais e reivindicações por direitos de vários matizes; especificamente quanto às pautas ligadas à defesa do patrimônio cultural, podemos citar algumas: na década de 70, moradores do Jardim Botânico, no Rio de Janeiro, mobilizaram-se pela defesa do Solar Monjope; em 1982, a Sociedade de Amigos e Moradores da Pedra de Guaratiba lutava pela preservação da paisagem no entorno da Igreja de Nossa Senhora do Desterro, também no Rio de Janeiro; foram formados ainda movimentos pela preservação dos bairros Jardim Botânico, da Lagoa, Horto, parte de Botafogo, bem como do Corcovado, da Floresta da Tijuca e do Parque Henrique Lage (MOTTA; THOMPSON, 2010). Ainda desse período é a mobilização, em São Paulo, para a preservação e tombamento do Colégio Caetano de Campos[251], que se encontrava na iminência de demolição, dentre tantas outras que emergiram nesse contexto de lutas. A discussão sobre o processo coletivo, também nesse período, dava seus primeiros passos, sendo apresentada por processualistas como José Carlos Barbosa Moreira (Apud LEONEL, 2013, p. 30[252]):

> A herança individualista marca ainda hoje [1980] os instrumentos com que costumamos operar. Mas bem se vê – e dia a dia com maior clareza – que ela não cobre toda a realidade. À sua margem agitam-se e reivindicam atenção crescente interesses de outro corte, a que se vai aplicando a denominação, possivelmente imprecisa, de "coletivos". Com ela se designam interesses que não pertencem a uma pessoa, e nem mesmo a um grupo definido de pessoas, ao contrário do que se dá em figuras clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores

[251] Especificamente neste caso, a ação popular – à qual posteriormente veio a se somar uma série de outras leis que fundamentariam o processo coletivo no Brasil – foi utilizada como um dos instrumentos na articulação de ex-alunos da instituição, com liderança do jurista Modesto Carvalhosa.
[252] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A proteção jurídica dos interesses coletivos.* Revista Brasileira de Direito Processual, n. 24, 1980.

> numa clássica obrigação. Em vez disso, o que se depara é uma série indeterminada – e, ao menos do ponto de vista prático, indeterminável – de interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a "quota" de um e onde começa a de outro.

O uso do arcabouço normativo que fundamenta o processo coletivo no Brasil[253] deu instrumentos para que a discussão sobre patrimônio pudesse efetivamente romper os limites da relação polarizada entre Estado e proprietário, permitindo que as demandas sociais emergentes se integrassem de fato ao processo de construção que dá conteúdo ao patrimônio cultural. Em grande medida, a produção dessas leis foi fruto de pautas e agendas que então se apresentavam e que não encontravam abrigo nas normas vigentes – fossem de direito material ou processual. Um exemplo disso se pode dar com a criação da lei de Ação Civil Pública, produto da luta de ambientalistas, de associações preservacionistas, do Ministério Público (cujas funções seriam ampliadas posteriormente com a Constituição de 1988) e de nomes importantes no Direito Ambiental e Processual, como Paulo Affonso Leme Machado, Édis Milaré, Nelson Nery Júnior, Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, dentre outros.

Com o surgimento desses novos ramos do Direito e a inserção do tombamento como parte do objeto neles tratado, o patrimônio cultural ganhou outros olhares e um aprofundamento até então inexistente. Nos manuais de Direito Administrativo, frequentemente o tombamento vinha tratado a partir da leitura estrita da lei (e obviamente de sua relação e posição dentro do ordenamento jurídico pátrio); ele não foi analisado, nesses escritos, a partir de sua inserção no meio social e cultural e da análise mais aprofundada dos objetivos da lei (isto é, a constituição e preservação do bem cultural). Podemos dizer, assim, que tais obras trouxeram estudos sobre *o tombamento*. Por outro lado, a emergência desses novos ramos do Direito permitiu que despontassem juristas que deram ao patrimônio cultural e a seu tratamento jurídico um olhar mais acurado, maior não só na profundidade, mas carregado pela ânsia de entender e aperfeiçoar os instrumentos para a efetiva defesa deste patrimônio. Os juristas egressos deste contexto tomaram efetivamente o tombamento *como instrumento de proteção do patrimônio cultural.* Justamente por isso, em muitos casos as críticas apontaram para a criação de outras formas e mecanismos para atuação conjunta com o

[253] No caso da preservação do patrimônio, podemos elencar a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965); a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente; a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

tombamento, suprindo-o em suas insuficiências ou naquilo para o qual não era efetivamente a melhor resposta jurídica. Dessa forma, não é adequado ou suficiente falar que tratavam do tombamento; mais pertinente é entender que abordavam a preservação do patrimônio cultural, e com isso puderam ir além do tombamento, enxergando suas potencialidades, mas também seus limites. Terminaremos este capítulo com uma aproximação a esses autores, que com suas obras ampliaram a doutrina jurídica relacionada à proteção do patrimônio cultural.

4.3 – A especialização da doutrina: o tombamento como instrumento de proteção do bem cultural.

Dessas intersecções e interações entre os ramos do Direito, surgiram autores que produziram obras ou textos que se tornaram referência aos estudos do patrimônio cultural. Entendendo o tombamento como instrumento de preservação deste patrimônio - o que fizeram a partir de um mergulho nas práticas construídas nos órgãos de preservação e de um olhar atento às demandas sociais (muitos desses autores são ou foram membros do Ministério Público, outros trabalharam em funções governamentais de planejamento urbano ou até mesmo nos próprios órgãos de preservação) -, puderam colaborar com novos aportes jurídicos e críticas, não só para o tombamento, mas para todo o campo da preservação, na medida em que buscavam soluções outras para a manutenção desta herança cultural.

Uma dessas obras de referência é *Ação Civil Pública (Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural) – Tombamento,* de Paulo Affonso Leme Machado, cuja primeira edição é de 1986[254]. Nesta obra, o autor traz importantes contribuições para a área, demonstrando uma visão bastante progressista quanto ao tema e à sua efetiva tutela. Assim, entende que a proteção da lei deve se dar inclusive para os bens não tombados[255], numa clareza de que muitas vezes é a recusa ou a procrastinação do poder público em tombar determinado bem o motivo para sua ruína. Também entende, em consonância ao que os órgãos de proteção já praticavam naquele momento – não obstante ainda não positivado na Constituição, o que só

[254] Oriundo do Ministério Público do Estado de São Paulo, Machado tem atuação relevante no âmbito do Direito Ambiental, com uma produção bibliográfica bastante extensa, à qual se junta sua atuação, como vimos, na elaboração de marcos normativos para o Direito Ambiental e o processo coletivo.

[255] "Não é exigida prévia classificação [tombamento] da Administração Pública para se conceituar esses bens e direitos. [...] A lei não quis subtrair ao juiz a possibilidade de considerar dignos de proteção bens e direitos cujo valor ainda não houvera sido protegido pela Administração Pública. Entender de outra forma seria retirar do Poder Judiciário a possibilidade de examinar lesão a direito individual, o qual, evidentemente, se enquadra, em âmbito maior, no direito social [...]". (MACHADO, 1986, p. 15).

veio a acontecer pós-88 – que a base formativa do patrimônio era composta por muitos outros valores para além do excepcional e do memorável:

> A lei 7347/85 não exigiu que os "bens e direitos" aqui mencionados sejam "memoráveis", de "excepcional valor" ou tenham "feição notável" como é exigido para o tombamento no âmbito federal, conforme Dec.-lei 25, de 30.11.37.
> O conceito de arte, de estética, de história, de turismo e de paisagem deve ser somado ao conceito de valor desses bens e direitos. Essa junção e conceituação muitas vezes não será tarefa fácil, mas, nem por isso, o juiz poderá furtar-se a fazê-las. A prova documental, pericial e mesmo a prova testemunhal ajudarão para o fornecimento da devida prestação jurisdicional. (MACHADO, 1986, p. 16).

Nesta obra, Machado ainda tocou em importantes pontos que já eram problemáticos no âmbito do patrimônio cultural e do tombamento, mas em relação aos quais o Direito até então pouco havia evoluído. Trata, assim, das áreas envoltórias, compreendendo sua importância para a preservação do patrimônio e apontando fragilidades que entendia presentes no decreto-lei nº 25:

> A legislação federal não mencionou a área onde incidem as limitações de não edificar e de não se colocarem cartazes ou anúncios. Agiu acertadamente, pois depende da topografia do terreno[256] para se saber qual a metragem a ser observada. Contudo, há uma lacuna a ser preenchida, pois não se previu a obrigatoriedade de um plano urbanístico ou rural para apontar, em cada caso, a área abrangida. (MACHADO, 1986, p. 59).

Em outros momentos, traz a importância do modelo colegiado para a declaração de valor a ser dada ao bem cultural, salientando aspectos que não devem ser negligenciados nesses órgãos para que seu funcionamento seja efetivamente democrático:

> O critério de escolha dos componentes do colegiado, os requisitos prévios dessa opção e composição, a duração do mandato, o processamento das votações, a frequência das reuniões e o modo de convocá-las, entre outros dados, mostram a possibilidade de eficiência de um órgão coletivo. Importa saber se as deliberações do colegiado são públicas no decorrer da sessão ou se após a deliberação ou manifestação consultiva, os votos serão tornados públicos. Disso dependerá a possibilidade dos administrados se inteirarem da maneira como as decisões foram tomadas e terem oportunidade de elogiar ou criticar o posicionamento dos que devem zelar pelos seus interesses. [...] É preciso pesquisar-se o modo como seus componentes são recrutados e qual a sua liberdade de ação. (MACHADO, 1986, p. 62-3).

Por fim, aborda aspectos como a competência federativa para legislar sobre a matéria, tentando encontrar soluções para os conflitos que ora surgiam entre os entes, bem como a

[256] Complementamos: não só da topografia do terreno, mas a alusão a isso já demonstra um conhecimento maior sobretudo se comparado aos critérios de mera visibilidade que permeavam as discussões dos tribunais.

criação de um regime jurídico mais homogêneo, a necessidade de participação popular para a efetiva proteção deste acervo cultural e também a questão da indenização, entendendo que seria devida quando escolhida individualmente a propriedade a ser tombada – fator que a diferenciaria de seu entorno imediato. A medida, segundo Machado, seria uma forma de distribuição do ônus com toda a sociedade.

Duas outras obras, organizadas por Edésio Fernandes, permitem apresentar de uma só vez vários juristas que vêm ajudando a consolidar um campo de doutrina sobre patrimônio cultural – somados ao próprio Edésio, cuja produção tem sido bastante profícua[257] -: *Cidade, memória e legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico*, de 2002 (este organizado com a arquiteta Jurema Rugani), e *Revisitando o instituto do tombamento*, de 2010 (cuja organização é feita em parceria com Betânia Alfonsin). As referidas produções têm uma natureza comum: ambas são formadas por textos de autores de formações diversas, reunindo juristas, arquitetos, historiadores, sociólogos e geógrafos, o que demonstra a disposição de, ainda que o enfoque seja jurídico, somar olhares e perspectivas que, pela natureza do assunto tratado, partilham dos mesmos problemas e inquietações.

Algumas outras abordagens ainda são comuns entre os autores publicados nestes dois livros, como necessidade de integração dos assuntos relativos ao patrimônio – no Brasil, tradicionalmente alocados nos órgãos de Cultura – e ao planejamento urbano, como se vê nos textos de Maria Coeli Simões Pires (*Cidade e Cultura – recíprocas interferências e suas representações*[258]), de Edésio Fernandes (*Do tombamento ao planejamento territorial e à gestão urbana*[259]) e de Ana Maria Moreira Marchesan (*A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira*[260]), bem como a ciência de

[257] Além das obras citadas no corpo desta tese e que dizem mais diretamente sobre o patrimônio cultural, também organizou o livro *Direito Urbanístico e Política urbana no Brasil* (2001) e *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais* (2006), com Betânia Alfonsin, dentre outros. *Revisitando o instituto do tombamento*, tratado ao longo deste capítulo, faz parte de uma trilogia composta por *Revisitando o instituto da desapropriação* (2009) e *Revisitando o instituto da usucapião* (ainda não publicado).
[258] In: FERNANDES; RUGANI, 2002, pp. 144-57. Dentre outras obras publicadas por Pires, especificamente no campo do patrimônio cultural podemos citar os livros *Memória e arte do queijo do Serro: o saber sobre a mesa*, de 2013, e *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto* (1994), além de uma série de artigos constantes de revistas ou livros.
[259] In: FERNANDES; ALFONSIN, 2010, pp. 23-36.
[260] Idem. pp. 99-128.

que o tombamento não é o único instrumento de preservação (muito embora seja o mais conhecido[261]). (PIRES, 2002; FERNANDES, 2010).

Na obra de 2002 – onde a ênfase é dada ao Direito Urbanístico -, muitos dos textos foram escritos na iminência da publicação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001) e, portanto, natural que os temas ali tratados tivessem caráter reivindicatório, na expectativa de que finalmente os artigos 182 e 183 da Constituição Federal viessem a ser regulamentados. A discussão sobre a função social da propriedade é norteadora e permeia a maioria dos textos ali trazidos, juntamente com outros temas então incipientes no Brasil, como a ideia de separação do direito de propriedade do direito de construir e a discussão de instrumentos que depois teriam aplicação prática, como a transferência de direito de construir e sua função como mecanismo distributivo dos ônus do processo de urbanização.

No texto *Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão* (*in*: FERNANDES; ALFONSIN, 2010, pp. 37-49), a administrativista Sonia Rabello de Castro traz, já à luz do Estatuto da Cidade, importantes reflexões sobre os conflitos federativos envolvendo municípios, de um lado, e Estados e/ou União, de outro, quando do tombamento de conjuntos urbanos (o que ainda é um problema jurídico nos dias de hoje). De sua autoria é também *O Estado na Preservação de bens culturais: o tombamento*, fruto de sua tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião do concurso de livre docência, publicada em 1991 e em 2009. Trata-se de uma obra de referência, onde o decreto-lei nº 25 é esquadrinhado e destrinchado em vários de seus artigos e em suas relações com a Constituição e o Código Civil.

Ainda na obra *Revisitando o instituto do Tombamento* (2010), podemos citar a contribuição de Ana Maria Moreira Marchesan que, com o texto *A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira* (2010, pp. 99-127), traz ao debate a questão das áreas envoltórias – ou entorno dos bens tombados, conforme entendimento sedimentado ao longo dos anos -, detalhando a experiência estrangeira e

[261] Na visão de Maria Coeli Pires (2002, p. 155, grifo nosso): "Sabe-se que o arrojo das construções jurídico-urbanísticas não conseguiu superar o instituto do tombamento como alternativa mais eficaz para a proteção do patrimônio cultural, podendo-se atribuir, não só no plano interno, mas, também, no internacional, à engenhosidade do instrumento a preservação da herança das gerações passadas. É o tombamento, consagrado sob diversos rótulos, que se coloca como último anteparo a deter a força destruidora do 'progresso'. Contudo, se não se pode desprezar a potencialidade e mesmo a efetividade do tombamento, é verdade também que ele há de ser defendido contra o esclerosamento natural dos institutos que não se aprimoram em face da realidade, mais dinâmica e mais complexificada. Por isso, ele deve ser revisto e inserido no conjunto de instrumentos urbanísticos, para ganhar a sinergia desses e romper com a perspectiva mais estática".

elencando como o Direito Penal pode tutelar essas áreas[262]. Mencionamos ainda Hugo Nigro Mazzilli, com obras sobre a tutela dos interesses difusos e coletivos, dentre elas *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*, com primeira edição em 1988, trabalho onde mostra a forma processual para garantia desses direitos. Mais do que isso, num momento em que a sociedade estava despertando coletivamente para o entendimento de direitos que são seus, Mazzili lhe apresenta o Ministério Público, também na ocasião em que ao *Parquet* a Constituição de 1988 atribuía a importante função de *custos legis*, como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". (CF 1988, art. 127). Egressos do Ministério Público e/ou atuantes no âmbito do Direito Ambiental, como os autores acima, temos ainda Marcos Paulo de Souza Miranda, com uma produção na área bastante extensa, entre artigos, capítulos de livros e livros e, dentre os últimos, *Lei do Tombamento Comentada,* de 2014, *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*, de 2006 e *Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*, de 2012, escrito em parceria com José Eduardo Ramos Rodrigues, cuja militância e experiência na área decorreu em grande parte de seu trabalho como advogado da Fundação Florestal do Estado de São Paulo. Nesta obra conjunta, os autores abordam questões bastante atuais, como uso de instrumentos do direito ambiental (entendido aqui restritivamente como o natural) para a prevenção de riscos ao patrimônio cultural, a exemplo do EIA/RIMA; alguns apontamentos sobre o patrimônio imaterial e sua forma de tutela jurídica e, por fim, uma tentativa de cercar juridicamente o inventário[263].

Finalizando, no livro *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro* (2009) a também procuradora Inês Virgínia Prado Soares traz uma abordagem distinta, realizada a partir da leitura constitucional, mas especificamente sob o prisma dos Direitos Fundamentais. Neste

---

[262] Marchesan também é autora da dissertação de mestrado *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental: uma abordagem transdisciplinar,* defendida em 2006 na Universidade de Santa Catarina. Importante ressaltar que, para além dos instrumentos coletivos de ação – como vimos, grande contribuição tratada no âmbito dos direitos Processual e Ambiental -, este último ramo do Direito e seus autores (notadamente os oriundos do Ministério Público) têm contribuído para a discussão da tutela penal sobre o bem jurídico ambiental.

[263] A respeito deste texto – *Tutela constitucional do patrimônio cultural brasileiro: o inventário como um novo instrumento de proteção* (in: MIRANDA; RODRIGUES, 2012, pp. 321-49), que coube a Marcos Paulo de Souza Miranda, julgamos interessante a iniciativa de buscar definir juridicamente um instrumento que foi colocado no corpo constitucional – embora tenhamos o entendimento de que nem tudo que está na Constituição é ou deva ser, necessariamente, um instrumento jurídico (a exemplo, citamos a vigilância, uma das formas de proteção do patrimônio constante do artigo 216, §1º, CF). De qualquer forma – e até pela judicialização envolvendo os inventários, cujos acórdãos foram apresentados no texto do autor – tal discussão nos parece de relevo, sobretudo porque envolta, ainda, em muito desconhecimento acerca dos métodos e objetivos deste instrumento.

sentido – tal como em José Afonso da Silva, com o clássico *Ordenação Constitucional da Cultura* – uma das grandes contribuições é justamente, a partir da leitura do texto maior, entender o sentido que se dá ao conceito de patrimônio cultural, sobretudo porque após a Constituição de 1988 há um deslocamento desta conceituação da norma infraconstitucional para o topo da hierarquia normativa. Por este ângulo, Soares extrai características importantes que norteiam hoje a atribuição de valores, tal como a diversidade como algo a ser buscado e o valor de referência, que passa a ser considerado no processo seletivo do acervo patrimonial. O tratamento pela perspectiva dos Direitos fundamentais aprofunda questões como a da garantia de efetividade desses direitos – não obstante eventual ausência de normas infraconstitucionais (e neste ponto ela ressalta o patrimônio imaterial) – sobretudo por meio do cumprimento do mínimo existencial ou da preservação do núcleo duro destes direitos[264]. Traz para o campo e defende a aplicação de uma base principiológica para os direitos do patrimônio cultural[265], ainda que se possa tomar emprestado, como categoria que são, os princípios do Direito Ambiental[266]. Em sua concepção, da base principiológica dos direitos do patrimônio cultural devem constar os princípios da limitação do estoque patrimonial, o da conservação *in situ*, da educação patrimonial, da dinâmica patrimonial, da equidade geracional, do interesse preponderante do órgão competente, da gestão patrimonial cooperativa e o da responsabilidade cultural. (SOARES, 2009, p. 135).

Apenas para concluir, não se poderia deixar de tratar, ainda que brevemente, da contribuição de José Afonso da Silva (2001) com seu clássico *Ordenação Constitucional da Cultura.* Trata-se de uma referência que transcende o patrimônio cultural, visto que a obra toma a cultura em muitos outros de seus aspectos (liberdade de expressão cultural, direitos autorais,

---

[264] "O reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental gera, para o Estado, obrigações consolidadas em tarefas que incluem aporte de recursos financeiros além dos recursos humanos e materiais destinados à execução dos programas integrantes das políticas patrimoniais. Indica também a obrigação do Estado de garantir a manutenção do núcleo rígido do patrimônio cultural brasileiro nos espaços públicos e privados". (SOARES, 2009, p. 109).

[265] Para a autora, não há em nosso Direito uma base principiológica sistematizada para o patrimônio cultural, o que pode ser resultado da ausência de uma lei específica (refere-se a uma lei geral) e também da predominância, até a Constituição de 1988, de uma concepção que via a obrigatoriedade da proteção do bem cultural somente a partir da excepcionalidade e monumentalidade. (SOARES, 2009).

[266] A respeito da aplicação dos princípios do Direito Ambiental para a preservação do patrimônio cultural (notadamente em virtude da concepção unitária de meio ambiente acolhida por nossa Constituição) também se pronunciaram Marcos Paulo de Souza Miranda, Ana Maria Marchesan e Paulo Affonso Leme Machado. Segundo Soares (2009), são princípios do Direito Ambiental aplicáveis ao patrimônio cultural aqueles presentes no artigo 225 da Constituição Federal, a saber: "princípio do direito à sadia qualidade de vida; princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público; o princípio da precaução; o princípio da prevenção; o princípio do poluidor-pagador; o princípio da informação; o princípio da participação; o princípio do desenvolvimento sustentável; o princípio da responsabilidade objetiva e o princípio da equidade intergeracional". (p. 132).

atividades e profissões ligadas à área e políticas culturais, dentre outros). Uma das grandes preocupações deste trabalho é entender qual a dimensão de cultura abarcada pelo texto constitucional, tarefa, convém registrar, bastante difícil, porém necessária para o universo jurídico. Não se foge, pela sua natureza, de uma dimensão interpretativa/valorativa, fato que não escapa à análise de José Afonso. Tal como no texto de Inês Virgínia Prado Soares, José Afonso da Silva, partindo do conceito de cultura (notadamente a partir dos aportes que toma da antropologia) fará a associação entre os direitos culturais como manifestação dos direitos sociais, na medida em que se entende que os atos de cultura são também fatos sociais, trazendo ainda a ideia de direitos culturais como direitos fundamentais do homem.[267]

4.4 – Patrimônio cultural: uma doutrina em construção.

De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho (in: FERNANDES; ALFONSIN, 2010, p163):

> Embora não seja recente a proteção dos bens culturais no sistema jurídico brasileiro, o instituto de tombamento criado pelo Decreto-lei nº 25/37 somente conseguiu uma interpretação jurídica mais profunda a partir do momento em que o sistema espalhou esta proteção para a natureza, criando institutos diversos, como unidades de conservação, reserva legal, áreas de preservação permanente, matas ciliares, licenças ambientais etc.
> Até o advento da questão ambiental, a proteção de bens culturais passava à margem da análise jurídica e apenas era tratada como uma vicissitude administrativa. A questão ambiental ampliou muito o campo de proteção e revelou a importância de uma teoria que demonstrasse e explicasse, dentro do direito moderno, a existência do fenômeno.

De fato, como vimos, foi sobretudo com o surgimento e evolução dos Direitos Ambiental e Urbanístico que o tombamento e o patrimônio cultural começam a ser mais detidamente tratados pelo Direito. Houve uma grande defasagem entre as dificuldades e problemas que foram surgindo cotidianamente na prática dos tombamentos e as soluções – ou busca por elas – que o Direito veio a trazer[268]. Edésio Fernandes, na introdução de *Revisitando o*

[267] Aqui evocará sua matriz, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que estabelece em seu artigo 27 que "toda pessoa tem direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que dele resultam, e toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondem por razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autor".

[268] Para ficarmos num exemplo bastante claro, basta lembrarmos o caso das áreas envoltórias: a questão foi judicializada já a partir dos anos 40 e, nas décadas seguintes, com o aumento do número de tombamentos, o processo de urbanização e também com valorização do solo urbano, o problema só aumentou. Ainda assim, as publicações da *RDA* sobre o tema são apenas dos anos 60, normalmente acórdãos ou pareceres do Consultor-Geral da República, que quase nada avançavam ou se aprofundavam no assunto. É possível afirmar que havia

Instituto do tombamento (2010) afirma, em determinado trecho, o que é um dos objetivos deste livro:

> A produção de uma doutrina jurídica que expresse todos os deslocamentos conceituais e legislativos que vem se operando nesse esforço de "revisitar" o instituto do tombamento, vislumbrando no mesmo um instrumento central não apenas para a política de preservação do patrimônio cultural, mas também para a política urbana brasileira, é fundamental não apenas para alimentar a jurisprudência na interpretação de conflitos sobre a utilização dos bens, mas sobretudo para fomentar os processos sociais necessários para a consolidação de uma cultura de mobilização em defesa do patrimônio cultural e dos interesses da coletividade na preservação da memória[269].

Não foi nossa intenção discutir aqui exaustivamente todos os autores que vêm contribuindo para a formação de uma doutrina sobre o patrimônio cultural[270], mas sim, de alguma forma e de maneira geral, indicar o estado da arte desta produção doutrinária. A obra *Revisitando o instituto do tombamento,* de 2010, nos serve como parâmetro (por seu caráter coletivo) para indicar o olhar contemporâneo do Direito sobre o tombamento (e o patrimônio cultural): áreas envoltórias; tutela coletiva; articulação com normas urbanísticas como forma de complementar a eficácia da proteção jurídica, para além do tombamento; possibilidade de tombamento por vias judiciais (o que se relaciona intimamente à tutela coletiva); repartição entre ônus e encargos decorrentes da preservação do patrimônio cultural (esta a questão que, como vimos, estava – e continua - na base dos conflitos surgidos a partir dos primeiros tombamentos e que se revelavam por meio do debate envolvendo "superioridade do interesse público" – em maior grau – e "função social da propriedade"). Da produção feita no âmbito do Direito Ambiental, elencamos a grande preocupação com os instrumentos e canais de participação, bem como da tutela penal sobre esses bens jurídicos. Comum a essas obras são também a referência e a consulta a diversas fontes extrajurídicas, o que mostra o comprometimento desses autores em trazer a discussão havida em outros campos –

---

pouco investimento da doutrina em tentar compreender o objetivo de tal instrumento e sua função na proteção do monumento tombado. Internamente, contudo, o IPHAN seguiu buscando resolver a questão: foram várias as tentativas de disciplinar o tratamento dessas áreas, passando por aproximações com os municípios na intenção de uma construção conjunta desses perímetros; na tentativa, não concluída, de elaboração de Livros do Entorno (à semelhança dos outros Livros do Tombo existentes), na revisão de processos e, por fim, no estabelecimento das portarias de entorno, iniciado em meados dos anos 70 (conforme MOTTA; THOMPSON, 2010). A produção doutrinária mais consistente, como vimos, surgirá apenas nos anos 80, num processo que ainda podemos dizer em construção.

[269] FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. Revisitando o instituto do tombamento. In: _____. **Revisitando o instituto do tombamento.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 15-21.

[270] Temos ciência de que, fatalmente, serão omitidos nomes que produziram ou estejam produzindo estudos na área. No entanto, devemos registrar, o objetivo foi trazer um panorama geral que contemplasse a ampliação das pautas sobre patrimônio a partir de diferentes abordagens, e não tratar especificamente de uma ou outra produção ou jurista. Dessa forma, sem ignorar que, felizmente, outras obras venham sendo publicadas, trouxemos ao capítulo algumas que têm servido como referência e que também exemplificam a diversidade de tratamento que o tema ganhou, notadamente a partir dos ramos do Direito aqui abordados.

elementares para entender o patrimônio cultural, dada sua interdisciplinaridade – para a órbita do Direito. Não à toa, há neles o pleno entendimento do patrimônio como construção (daí a quantidade de textos abordando a participação popular e a formação e qualidade dos conselhos de patrimônio, dentre outros) e da historicidade deste conceito. Por fim, importante ressaltar que, se nos anos 2000 boa parte da discussão sobre preservação do patrimônio era fortemente marcada pela busca de instrumentos urbanísticos e de participação coletiva que pudessem auxiliar na função de proteção deste acervo cultural - possíveis em virtude do recém-promulgado Estatuto da Cidade -, dez anos após, além de temas que se mantêm na pauta, começam a despontar o chamado patrimônio imaterial e seu instrumento de proteção, o registro, criado pelo decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Sobre este patrimônio, Edésio Fernandes se referia, em 2010, como um "conceito ainda em construção" (p. 27):

> A legislação sobre patrimônio imaterial é mais recente[271] – decreto federal nº 3.551/2000 -, determinando o registro de "*saberes, formas de expressão, de celebrações, e de lugares*" expressivos da identidade cultural do país. Ainda não há, contudo, uma discussão sólida acerca dos efeitos jurídicos de tal registro [...]. (p. 28).

Ao comentar o artigo 216 da Constituição Federal, que hoje define o patrimônio cultural, Fernandes (2010, p. 25) coloca:

> Trata-se certamente de conceito extremamente abrangente, que organizou e expandiu a experiência histórica e os debates sobre o tema até então – mas que, por isso mesmo, requer um esforço muito mais organizado no sentido de se criarem as condições de ação institucional e de suporte jurídico para que possa ser materializado.

Há ainda muitas lacunas e desafios quando olhamos para o tombamento (muitos dos quais presentes desde sua origem): de sua combinação com os instrumentos urbanísticos a fim de dar concretude a princípios como o da função social da propriedade e o da justa distribuição de encargos e bônus decorrentes do processo de urbanização (a prática não tem favorecido a evolução do tema, visto que poucos municípios têm inserido as questões culturais em suas leis urbanísticas, para ficarmos num exemplo); da articulação federativa, não somente na definição de competências em situações específicas, como as áreas envoltórias e as atribuições municipais para ordenamento do solo, mas também na possibilidade de criação de um Sistema de Patrimônio, agregador dos entes federados e desejável ante a assunção de critérios valorativos que tornam sem sentido o uso exclusivo de valores como o de

[271] Muito embora em 1988 ele já estivesse explicitado na Constituição brasileira.

nacionalidade. É possível ainda problematizar a participação social e quais meios podem ser, de fato, efetivos, ante o desmanche e aparelhamento de conselhos, ou mesmo sua ausência (bem como a de órgãos técnicos) na grande maioria dos municípios brasileiros. E há também essas interfaces entre a proteção deste patrimônio material e imaterial, este último que no início dos anos 2000 quase nada aparecia nos escritos jurídicos e dez anos após o vimos considerado ainda como algo a ser estudado, em construção (não obstante a prática de proteção de nosso acervo cultural tenha se defrontado com a questão já em meados dos anos 80, como vimos no Capítulo 1 e que desde 1988 ele já estivesse mencionado no corpo da Constituição Federal).

Os primeiros estudos com abordagem jurídica acerca do patrimônio imaterial foram feitos a partir da leitura isolada do Decreto nº 3.551, de 2000. Praticamente todos os autores mencionados neste tópico têm alguma obra, artigo ou capítulo de livro sobre o assunto. No entanto, como vimos no Capítulo 1, as dimensões material e imaterial estão sempre presentes em todo bem cultural e a prática de preservação, com deslocamentos e ampliação dos valores a serem preservados, cada vez mais enfrenta situações em que os instrumentos de proteção, concebidos de forma apartada, são colocados à prova. Nesse sentido, muito recentemente também o Direito vem se aproximando da questão por meio de autores que, dentre seus escritos no âmbito do patrimônio cultural, em alguns de seus trabalhos produzem reflexões jurídicas sobre essas interações. São exemplos Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz[272] e Mário Ferreira de Pragmácio Telles[273].

O campo daquilo que constitui nosso patrimônio cultural é bastante amplo – e basta a leitura do artigo 216 da Constituição Federal para que a assertiva fique clara. A intenção do próximo Capítulo, contudo, não é o estudo deste acervo[274] e de seus instrumentos de proteção tomados um a um, mas sim continuar com a análise do tombamento a fim de compreender sua eficácia de proteção aos bens (imóveis, sobretudo) a partir da compreensão do bem cultural como algo onde coexistem as dimensões o material e o imaterial.

---

[272] Autor da dissertação no programa de mestrado profissional em preservação do patrimônio cultural, do IPHAN, intitulada *O registro de bens culturais imateriais como garantidor de Direitos Culturais* (2014).
[273] De sua autoria é a dissertação *Proteção ao patrimônio cultural brasileiro: análise da articulação entre tombamento e registro*, defendida em 2010 na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), dentre outros artigos também relacionados ao tema, como *Patrimônio Cultural material e imaterial – dicotomia e reflexos na aplicação do tombamento e do registro* (Políticas Culturais em Revista, v. 3, p. 121-137, 2010).
[274] Até porque, ainda dentro do patrimônio material, há toda uma gama de bens culturais que são reconhecidos e protegidos por outros mecanismos, distintos do tombamento, como o patrimônio arqueológico e o bibliográfico, por exemplo, e que fogem ao objetivo de nossos estudos.

CAPÍTULO 5

MATERIAL *VERSUS* IMATERIAL

> [...] *le droit est beacoup moins l'oeuvre du législateur que le produit constat et spontané des faits. Les lois positives, les codes peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides: peu importe; par la force des choses, sous la pression des faits, des besoins pratiques, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles. Le texte est toujours là; mais il est devenu sans force et sans vie; ou bien par une exegese savante et subtile on lui donne un sens et une portée auxquels n'avait point songé le législateur quand il l'écrivait*.
> Léon Duguit, 1912

O decreto-lei nº 25 cruzou décadas fortalecendo-se simbolicamente como a norma por excelência da consagração e da preservação do patrimônio cultural no Brasil. Embora sem alterações em seu texto, foram a flexibilidade obtida por de novas interpretações de seus conceitos vagos e as acomodações na forma como era usado - num processo que se pode entender como adequação ou adaptação da aplicação de seus efeitos -, os maiores responsáveis por essa longevidade. Não sem outros tensionamentos, que atestam antes a historicidade do conceito de patrimônio cultural – e que fatalmente refletem no modo como o tombamento é demandado e manejado -, o final dos anos 70 e início dos 80, a partir de várias convergências[275], trouxe à luz a natureza complexa daquilo que chamamos patrimônio cultural e que, neste momento, pode ser claramente percebido em suas dimensões material e imaterial. Tombamentos como os do Terreiro da Casa Branca, do Presépio de Pipiripau e da Fábrica de Vinho de Caju Tito Silva são a prova disso, uma vez que em todos os casos as narrativas constantes do processo mostram um olhar atento para os usos ou práticas ligados a esses bens, ao lado ou até mesmo em detrimento das características materiais de cada um deles: a do candomblé e seus ritos, no Terreiro da Casa Branca; aquela ligada ao fazer manual e sua relação com a religiosidade, existente no Presépio de Pipiripau e, por fim, a um modo artesanal de produção de vinho, a partir do uso do caju, na Fábrica de Vinho Tito Silva. Em todos os casos, efetivamente, há materialidade, mas há também (ou há principalmente) o desejo de preservar o uso (ou a prática) ligado ao que é edificado ou construído. No caso da Fábrica Tito Silva, ainda de forma incipiente, também se mencionou no processo de tombamento questões ligadas ao nome da edificação – que, tais como os usos, são de ordem simbólica, imaterial-, e à marca Tito Silva, com dúvidas sobre a quem caberia sua exploração

[275]A exemplo, os estudos que se faziam no CNRC e o desenvolvimento de conceitos como os de referência cultural; o aumento de pedidos de tombamento que vinham de fora do órgão, reflexo da maior (e mais abrangente) participação na escolha dos bens a serem patrimonializados; as recomendações internacionais, que indicavam outros objetos e formas de preservação, dentre outros.

econômica após o tombamento[276]. Percebe-se que, junto a seus aspectos materiais, práticas, usos e nomes permitem revelar o bem cultural em toda a sua inteireza, a partir de todas as dimensões que o compõem.

5.1 – Usos e práticas: lugar como bem cultural

Juridicamente, o tombamento visando à preservação da prática ou do uso ficou conhecido no Brasil por tombamento de uso e, em razão da ausência de previsão legal, evidentemente tem encontrado freios nos tribunais, que apontam para a desapropriação como instrumento adequado a esses casos[277]. Assim, afirmando esta inviabilidade, lamentou-se o Ministro Sepúlveda Pertence em 1999:

> Sr. Presidente, sentimentalmente condoído, como belo-horizontino de décadas atrás, não vejo argumento a opor à evidência de que – embora o art. 216, IV, preveja a inclusão no patrimônio cultural brasileiro de espaços destinados às manifestações artístico-culturais, o que envolve a preservação do seu uso – a Constituição, só não tendo previsto o tombamento no uso deixa para salvaguardá-lo o apelo à desapropriação. (STF, Recurso Extraordinário nº 219.292-1, MG, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence)[278].

[276] Neste momento, a menção ao nome (marca) foi feita a partir de uma abordagem econômica – embora relacionada ao tombamento - e não especificamente ligada à preservação deste elemento também como componente do patrimônio cultural, o que será visto em outras situações, conforme detalhado ainda neste capítulo.

[277] Tal como se deu no Terreiro da Casa Branca e no Teatro Oficina (como veremos). Em relação ao último: "Não há dúvida de que bens imateriais também integram o patrimônio cultural brasileiro, como, aliás, dispõe o artigo 216 da Constituição da República, mas o tombamento somente incide sobre bens materiais, ainda que seja para preservar aqueles. E foi por isso, ou seja, para preservar um espaço que há muito se destinava a manifestações artístico-culturais [Teatro Oficina], que se fez o tombamento e após se desapropriou o imóvel". (TJSP, Agravo de Instrumento nº 650.895-5/7-00 na Ação Civil Pública nº 9031512-04.2007.8.26.0000, voto do Desembargador Samuel Júnior).

[278] A Secretaria Municipal de Cultura de Belo Horizonte, ao tombar os cines Pathé e Brasil, apontou na notificação o tombamento integral das edificações, "bem como seu uso para atividade artístico-cultural" (in: STF, Recurso Extraordinário nº 219.292-1, MG). Na interposição do recurso, o município defende a associação do artigo 216, IV (onde se consideram patrimônio cultural as obras, objetos, documentos, edificações e "demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais*"*) ao §1º do mesmo artigo ("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*"*), estabelecendo, sem maiores argumentos jurídicos, a associação imediata do tombamento (presente no §1º) à preservação de espaços destinados às manifestações artístico-culturais (art. 216, IV). Ainda, coloca que "a menção para o seu 'uso para atividade artístico-cultural' citada como motivação do ato, surge como pressuposto da preservação histórica dos prédios que chega a confundir a atividade com o próprio, tal que as imagens e o templo, os livros e a biblioteca, a farda e o militar. Neste sentido, a inscrição do tombamento leva em conta o prédio, sua arquitetura e referência como local e a atividade cinematográfica. Nesta hipótese, a administração municipal estará preservando o imóvel de possível mutilação do bem tombado [...]*"*.(idem).

Em países como a Itália, que utilizam instrumentos de proteção semelhantes ao tombamento, as tensões criadas pelo desejo de preservar - mais do que os suportes, os usos que nele se dão -, são também encontradas. No ano de 2000, o Conselho de Estado italiano teve que se manifestar, considerando a lei nº 1089[279], de 1º de junho de 1939, sobre a pretensa vontade do Ministério dos Bens e Atividades Culturais em preservar o tradicional uso comercial existente no estabelecimento conhecido por Chincagliera La Coroncina[280]. Da Lei Bottai, vigente no período, pode-se extrair a proibição de usos que potencialmente causassem danos à integridade física dos bens culturais[281], assim como a vedação àqueles não compatíveis com suas características históricas e artísticas – o que, no caso dos últimos, não encontra paralelo em nosso decreto-lei nº 25: "Estas coisas não podem ter usos não compatíveis com suas características históricas ou artísticas ou que prejudiquem sua conservação ou integridade"[282]. (ITÁLIA, lei nº 1089, de 1º de junho de 1939, tradução nossa). Contudo, se a lei então vigente prescrevia a possibilidade de proibição de uso, sempre analisado no caso concreto, não havia mecanismo que obrigasse a um uso específico. No caso da Chincagliera La Coroncina, os apelantes (proprietário e usufrutuária do imóvel) voltaram-se contra decreto do Ministério dos Bens e Atividades Culturais, entendendo que o reconhecimento como bem cultural do estabelecimento comercial La Coroncina teria violado a lei por excesso de poder, uma vez que a imposição de proteger também a operação comercial extrapolaria as prescrições normativas. Indicavam, ainda, que as qualidades histórico-artísticas da Torre Scappi não dariam ensejo à obrigação da permanência do uso comercial existente. Na decisão, o Conselho de Estado entendeu que as instalações e os móveis da Chincagliera se revestiam de valor cultural, mas a referência ao exercício comercial tinha como razão apenas identificar o objeto da proteção, incluindo as vitrines, *display*, porta de entrada, prateleiras etc. Finalizaram com o entendimento que:

> [...] ao contrário do que é reivindicado pelas recorrentes, com o Decreto Ministerial de 22 de abril de 1995, as atividades comerciais não foram protegidas, resultando em sua imobilização, mas estão sujeitas à disciplina referida na lei nº. 1089, de 1939, dos locais onde a atividade está localizada.

[279] Legge 1 Giugno 1939, N.1089 - Tutela delle cose d'interesse Artistico o Storico, conhecida como Legge Bottai.

[280] Trata-se de um estabelecimento criado e instalado em Bolonha em 1694 pelos frades Olivetani, e onde se vendia, originalmente, artigos religiosos (daí o nome Coroncina, uma alusão à coroa do Rosário). Dois anos após o fim da I Guerra Mundial, La Coroncina foi transferida para a base da Torre de Scappi e com a II Guerra Mundial passa a vender uma gama enorme de produtos, desde higiene e saúde até utilitários domésticos; com sua história longeva, tornou-se referência no comércio local.

[281] O que, mesmo não sendo explícito no decreto-lei nº 25, é uma possibilidade, visto que se o uso puder causar qualquer dano ao bem, deverá ser proscrito.

[282] No original: "Le cose medesime non possono essere adibite ad usi non compatibili con il loro carattere storico od artistico, oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione o integrità".

> Isso não implica a imutabilidade dos negócios comerciais, mas requer o exercício de atividades compatíveis com as características históricas e arquitetônicas da propriedade. (ITÁLIA, Consiglio di Stato, Sezione 6, numero provv.: 200504147, tradução nossa).[283]

Casos como este começam a surgir na Itália a partir dos anos 80[284] e, em virtude da ausência de legislação que efetivamente protegesse usos ou atividades, as decisões judiciais, ainda que vez ou outra dessem à Lei Bottai uma interpretação mais protetiva, na maioria dos casos negaram reconhecimento das práticas como algo a ser tutelado. Tentativas para solucionar o problema foram algumas vezes feitas a partir de dispositivos urbanísticos, sobretudo por meio dos licenciamentos de uso (onde as atividades poderiam ser melhor apreciadas), sem que a questão fosse definitivamente resolvida. Com isso, já fora da vigência da Lei Bottai, as leis que lhe sucederam até chegar ao *Codice dei beni culturali*, tendo incorporado os artigos que vinculam vedações do uso ao prédio arquitetônico, continuaram a ser usadas com o objetivo de garantir a permanência de determinadas atividades, notadamente em meio a decisões do Conselho de Estado na maioria das vezes desfavoráveis a este tipo de proteção[285].

---

[283] Disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnprr>. Acesso em 01.mar. 2020. "[...] Dunque, a differenza di quanto sostenuto dagli appellanti, con il D.M. 22 aprile 1995 non si è provveduto a tutelare l'attività commerciale, determinandone l'inamovibilità ma si è disposto l'assoggettamento alla disciplina di cui alla l. n. 1089 del 1939 dei locali in cui l'attività stessa è situata. Ciò non comporta l'immodificabilità dell'esercizi commerciali ma impone l'esercizio d'attività compatibili con le caratteristiche storiche ed architettoniche dell'immobile".

[284] Neste sentido, um é particularmente interessante, por ter chegado à Corte Costituzionale: trata-se do Antico Caffè Genovese, em Cagliare: o reconhecimento como bem cultural, em 1987, deu-se sobretudo em relação à atividade comercial tradicionalmente exercida ali, e não especificamente sobre o prédio onde a mesma se realizava. O Tribunal Administrativo Regional do Lazio (TAR), ao julgar recurso interposto pelos proprietários, entendeu que havia inconstitucionalidade dos artigos 1 e 2 da lei nº 1.089, de 1939 (Legge Bottai), onde se definem os bens a serem tutelados, em face do artigo 9º da Constituição (de 27 de dezembro de 1947), que estabelece que: "La Repubblica promuove lo sviluppo dela cultura e la ricerca scientifica e técnica. Tutela il paesaggio e il patrimônio storico e artistico dela Nazione*".* O TAR entendia que, realmente, os artigos 1 e 2 da Legge Bottai não eram aptos a proteger a atividade cultural (ou bem-atividade, como se convencionou chamar na Itália), visto que a possibilidade de limitar certos usos, dadas pela lei, tinha apenas caráter instrumental diretamente associado à preservação das características físicas da coisa. Assim, a alegada inconstitucionalidade foi creditada justamente ao fato da lei não permitir a proteção da atividade tradicional, demonstrando ao mesmo tempo que o TAR entendia o artigo 9º da Constituição a partir de uma leitura ampla, que tomava a cultura como valor fundamental em relação à qual outros valores além daqueles meramente ligados à materialidade deveriam ser protegidos. Este não foi, contudo, o entendimento da Corte Costituzionale, que registrou na sentença que "La detta utilizzazione non assume rilievo autônomo, separato e distinto dal bene ma si compenetra nelle cose che ne costituiscono il suporto materiale e, quindi, non può essere protetta separatamente dal bene, como si pretenderebbe". (Corte Costituzionale, N. 118 Sentenza 6 - 9 marzo 1990). Disponível em: < https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-03-14&atto.codiceRedazionale=090C0276&tipoSerie=corte_costituzionale&tipoVigenza=originario>. Acesso em: 04 abr. 2020.

[285] A exemplo, a recente decisão do Conselho de Estado, de 2015, que não reconheceu, já na vigência do *Codice dei beni culturali...* a chamada restrição cultural de destinação (vincolo culturale de destinazione) para preservar o uso do Cine Teatro Concordi, em Padova. (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1003, del 2 marzo 2015).

As contribuições trazidas pela Comissão Franceschini, nos anos 60, com o entendimento acerca da imaterialidade como dimensão essencial dos bens culturais, não serviram para libertá-los de uma concepção que fundamentalmente os entendia, em todo caso, como necessariamente ligados à matéria. Essa questão não passou despercebida por Sabino Cassese, que constatou que "a construção dos bens culturais é toda desenvolvida a partir de um olhar para coisas que são bens culturais; no fundo da concepção, há sempre uma 'coisa' que é objeto de um direito patrimonial" (tradução nossa)[286]. Em razão disso, concluiu que um conjunto de bens onde as dimensões imateriais representavam, elas próprias, o objeto da preservação ficavam sempre à margem de medidas de salvaguarda. A partir destes casos, cresceu em meio às discussões sobre o patrimônio cultural a ideia de atividade ou bem-atividade como espécie do gênero bem cultural. Atividade cultural, conceito aberto, logrou absorver tanto as atividades desenvolvidas em museus, salas de concerto, quanto as tradições orais, canto, manifestações da cultura popular e usos ou atividades tradicionais como os descritos acima. Ainis e Fiorillo (2008, p. 172-3), ao se referirem ao decreto legislativo nº 122, de 31 de março de 1998 (Texto Único), que sucede a Lei Bottai na disciplina dos bens culturais afirmaram:

> Sem dúvida a carga fortemente inovadora desse desembarque libertava o bem cultural dos obstáculos de um vínculo necessário com as coisas. Esse resultado, ao permitir que o conceito em questão [atividades culturais] despisse as roupas aristocráticas que até então confinavam o campo, também provocou uma mudança no horizonte em relação às modalidades de intervenção do poder público. E isso ocorreu porque a introdução do conceito de bem cultural atividade forçava a deixar de lado as ferramentas tradicionais de proteção, como a disciplina de uso e circulação, todas concebidas em relação aos bens culturais coisas, para desenvolver um papel proeminente nos aspectos relativos à organização e prestação de serviços[287]. (tradução nossa).

Disponível em: < http://lexambiente.it/materie/beni-culturali/51-consiglio-di-stato51/11337-beni-culturali-inesistenza-del-vincolo-culturale-di-destinazione.html>. Acesso em: 04 abr. 2020.

[286] CASSESE, Sabino. Il beni culturali: da Bottai a Spadolini. in: **Rassegna degli Archivi di Stato**, 1975, 1-3, p. 116-142. Apud AINIS; FIORILLO, 2008, p. 172. No original: "la ricostruzione dei beni culturali è tutta svolta com l'occhio alle cose che siano beni culturali: al fondo della concezione, c'è sempre una 'cosa' oggeto di un diritto patrimoniale".

[287] No original: "È indubbia la carica fortemente inovativa di tale approde que liberava il bene culturale dagli impacci d'un legame necessário con le cose. Questo risultato, mentre permetteva al concetto in questione [attività culturali] di svestire i panni aristocratici che fino ad allora ne confinavano il campo d'escursione, provocava inoltre un mutamento d'orizzonte circa le modalità dell'intervento dei poteri pubblici. E ciò si verificava in quanto l'introduzione del concetto di bene culturale-attività costringeva ad accantonare i tradizionali strumenti di tutela, come la disciplina dell'uso e dela circolazione, tutti concepiti in relazione ai beni culturali-cose, per far svolgere un ruolo preminente agli aspetti concernenti l'organizzazione e la predisposizione di servizi*"*.

O tratamento inovador que o Texto Único trouxera aos bens culturais, desatrelando-os pela primeira vez de suportes físicos, foi revogado em 2004 pelo Codice dei beni culturali, que voltaria atrás quanto a isso, novamente estabelecendo vínculos necessários entre bens culturais e dimensões materiais. A fragilidade de tratamento dispensada ao patrimônio imaterial foi dada por sua inserção de forma bastante tímida no Codice dei beni culturali, o que ocorreu somente em 2008, depois da ratificação da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial pela Itália. A maneira como tem sido tratado o patrimônio imaterial tem bloqueado as possibilidades de proteção de usos ou atividades ligadas a edifícios arquitetonicamente pouco expressivos, da mesma forma como tem inibido discussões que partam da consideração do bem cultural como algo composto por dimensões materiais e imateriais. Tanto por isso, as tentativas de proteger usos tradicionais continuam sendo tentadas, não obstante negativas jurisprudenciais, a partir do antigo recurso de associar o uso ao seu invólucro material, com soluções que ficam à mercê de uma jurisprudência na grande maioria das vezes desfavorável.

No Brasil, por sua vez, a situação deve ser compreendida a partir de outro contexto: primeiramente, de nossa atuação bastante efetiva, no cenário internacional e junto a outros países não europeus, na criação da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, bem como da movimentação, que antecedeu a esta Convenção, para criação de dispositivos de proteção ao patrimônio intangível, cujos anseios brotaram justamente de situações em que os valores a serem preservados repousavam sobre usos ou práticas. A criação do decreto nº 3.551, em 4 de agosto de 2000, disciplinando o patrimônio imaterial, trouxe, dentre as classificações previstas – saberes, celebrações e formas de expressão – também a categoria lugares. Dentre todas, esta última foi a mais conceitualmente debatida no processo de elaboração do decreto e a que tem, passados vinte anos de sua aplicação, o menor número de inscrições. É, ainda, a que sugere as maiores conexões com o tombamento, e que, portanto, tem levantado questionamentos conceituais e algumas dificuldades operacionais. Justamente porque o patrimônio imaterial surge tendo como premissa a preservação da prática cultural – da cultura em movimento ou de seu caráter dinâmico, características frequentemente usadas para defini-lo –, o estudo da categoria lugares revela-se como fonte interessante para a melhor compreensão do tombamento e de seus limites e dificuldades, notadamente sentidos quando a preservação da matéria está ligada ou subjaz ao desejo de preservação do uso.

5.1.1 – O registro no Livro dos Lugares

Se tomarmos os quatro livros de registro criados pelo decreto nº 3.551 - Livro de Registro dos Saberes, Livro de Registro das Celebrações, Livro de Registro das Formas de Expressão e, por fim, o Livro de Registro dos Lugares – e observarmos o que pode constar de cada um deles[288], não é difícil perceber possíveis conexões entre aquilo que é passível de tombamento e o que potencialmente pode ocupar o Livro de Registro dos Lugares. Em entrevista a Campos (2015), Antonio Augusto Arantes afirmou que, em sua contribuição para a criação do decreto nº 3.551, insistiu na criação da categoria lugar pois ela permitiria trabalhar de forma mais aprofundada as relações entre o tangível e o intangível, o que de fato é bastante evidente na análise dos bens registrados neste livro e, ainda, nas conexões que se pode estabelecer entre este tipo de inscrição e o uso do tombamento.

Como vimos no primeiro capítulo desta tese, as preocupações e tentativas de preservação do que posteriormente foi conceituado como a face imaterial do bem cultural já estavam presentes nas ações de alguns órgãos de cultura e no próprio IPHAN desde pelo menos os anos 70, trazendo impactos significativos ao campo do patrimônio material com os célebres tombamentos dos anos 80. Se o patrimônio material (edificado, natural e arqueológico) já dispunha de suas normas de proteção, foi somente no final dos anos 90 que surgiram efetivas movimentações que resultaram na criação do decreto nº 3.551: em decorrência do Seminário de Fortaleza, ocorrido em 1998, foi baixada a portaria nº 37, de 4 de março do mesmo ano, onde foram criados um Grupo de Trabalho (GTPI[289] – Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial) e uma Comissão[290] para estudar a criação de um instrumento de preservação para o patrimônio imaterial. Numa das primeiras discussões deste Grupo de Trabalho[291], as

[288] De acordo com a listagem exemplificativa do decreto nº 3.551, Art. 1º, §1º, no Livro dos Saberes podem ser inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; no das Celebrações, rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; no Livro das Formas de Expressão, podem figurar manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas e, por fim, no Livro dos Lugares, mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

[289] Faziam parte deste grupo, inicialmente, técnicos do IPHAN, da Funarte e do MinC. Pela portaria nº 37 foram designadas Márcia Sant'anna, Célia Corsino, Maria Cecília Londres Fonseca, Claudia Marcia Ferreira, Ana Maria Lopes Roland, sendo Márcia Sant'anna a coordenadora. De acordo com o parágrafo único do artigo 4º desta portaria, o coordenador poderia convocar colaboradores para realização de tarefas específicas. Assim, em alguns momentos estiveram no grupo também Ana Claudia Lima e Alves, Ana Gita de Oliveira e Sydney Sergio Fernandes Sollis, formalizados no grupo a partir de novas portarias expedidas. Colaboraram com o GTPI e com a Comissão o advogado José Paulo Cavalcanti Filho e João Falcão.

[290] Formada por Marcos Vinícius Vilaça, Thomas Farkas e Joaquim de Arruda Falcão Neto, então membros do Conselho do Patrimônio Cultural, e Eduardo Mattos Portella, na época, Presidente da Biblioteca Nacional.

[291] Primeira reunião, ocorrida em 16 e 17 de março de 1998. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Memória da 1ª Reunião).

questões que se destacaram foram a preocupação com a proteção dos direitos autorais e a forma normativa a ser utilizada na criação deste novo instrumento; sobre os livros de registro, naquele momento foram aventados apenas dois: o livro de registro de processos e o livro de registro de produtos, concepção provavelmente vinculada a discussões anteriores, como a que consta em documento de 1993 produzido pela Coordenadoria de Identificação do então Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC). Neste documento, intitulado *Como preservar as dinâmicas culturais*, o instrumento que se discutia para preservação dessas manifestações levava o nome de "identificação" e as tipologias a serem potencialmente preservadas dividiam-se entre os modos de fazer, os produtos desses fazeres e os usos e costumes socialmente significativos; temos, portanto, produtos e processos como passíveis da ação preservacionista. Não havia, neste momento, algo próximo ou parecido com o Livro dos Lugares, que posteriormente ganhou abrigo no texto definitivo dado pelo decreto nº 3.551, de 2000.

Na segunda reunião do GTPI (6 a 8 de abril de 1998), o grupo entendeu, quanto aos livros de registro que seriam criados, que deveriam possibilitar "a inscrição de bens já tombados nos quais se identifica valores imateriais dignos de proteção". (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Memória da 2ª Reunião). Dentre os exemplos dados, o Mercado Ver-o-Peso, em Belém, e o Terreiro da Casa Branca, em Salvador, que, além de arquitetonicamente importantes ou paisagisticamente relevantes, eram também lugares de preservação e reprodução de tradições orais e práticas sociais tradicionais. A partir dessa concepção, vemos registrado nos documentos, pela primeira vez, o embrião do Livro dos Lugares, neste momento chamado Livro dos Espaços de Transmissão e Reprodução de Práticas Culturais Tradicionais, disposto ao lado do Livro de Registro de Saberes e Modos de Fazer Tradicionais e do Livro das Celebrações e Expressões Culturais Tradicionais. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Memória da 2ª Reunião). Para conceituar esses livros, os participantes do GT tentaram classificar cada um deles a partir de critérios que cruzavam tempo e espaço. Dessa forma, as práticas culturais que poderiam pertencer ao Livro de Saberes e Modos de Fazer Tradicionais, quanto ao tempo, seriam aquelas enraizadas no cotidiano e, quanto ao espaço, disseminadas, não havendo possibilidade clara de demarcação. O Livro das Celebrações e Expressões Culturais Tradicionais abrigaria, quanto ao tempo, eventos reiterados e, quanto ao espaço, seriam caracterizados por certa fluidez; por fim, o Livro de Registro dos Espaços de Transmissão e Reprodução de Práticas Culturais Tradicionais teria, quanto ao tempo, práticas permanentes e, pelo outro critério, uma

vinculação direta com o espaço físico (possibilitando, assim, a delimitação espacial da manifestação cultural). Ao final do mesmo mês, o GTPI produz o relatório *Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção ao patrimônio imaterial* (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI) onde relata uma consulta internacional que a Divisão de Patrimônio Cultural da UNESCO havia feito a especialistas sobre "espaços culturais populares". Após breve explicação, conclui:

> De fato, até então, o universo das expressões da cultura tradicional e popular vinha sendo polarizado por duas categorias básicas: a das técnicas ou modos de fazer e a das expressões cênicas ou performances. A noção de 'espaço cultural popular' joga, sem dúvida, nova luz sobre o problema e chama a atenção para os profundos vínculos que elementos da cultura popular mantêm com o espaço, com as relações cotidianas e com a cultura material. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Relatório Propostas, experiências e regulamentos...).

Em meio a essa discussão, o jurista pernambucano José Paulo Cavalcanti Filho, colaborador do GTPI, encaminha ao grupo projeto de portaria criando o instrumento de proteção para o patrimônio imaterial. A proposta apresentada estava bastante vinculada ao decreto-lei nº 25 e o artigo 1º estabelecia que cada um dos livros do tombo já existentes teria um volume destinado ao registro do patrimônio oral e imaterial brasileiro, como assim definiu o que depois viria se consolidar sob a rubrica de patrimônio imaterial. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Memo 302/98). Não se tratava de usar o tombamento – e o autor falava em registro -, mas havia a vinculação deste registro aos livros do tombo existentes; conforme o artigo 3º, o "registro desses patrimônios orais e imateriais, [seria feito] nos livros de tombo" (idem). Sobre a proposta, o GTPI emite parecer, sugere nova redação em forma de decreto e traz várias observações, entendendo, principalmente, que a regulamentação deveria ser desatrelada do decreto-lei nº 25:

> 1. Os bens culturais de natureza imaterial têm, como traço marcante, o caráter processual de suas manifestações e expressões, que estão em permanente construção, mesmo que sejam reiteradas e mantidas em sua essência e tradição. Por isto se entende que essa tradição se reinventa e se atualiza ao se manifestar novamente a cada período de tempo, incorporando e recriando elementos da vida contemporânea.
> 2. Mesmo entendendo que os valores imateriais da cultura remetem a um suporte físico sobre o qual se organizam as manifestações que lhe emprestam significado, o que tornaria (pelo menos teoricamente) o instituto do tombamento aplicável, não se pode esquecer que o Art. 18 [do decreto-lei nº 25] determina que o bem cultural tombado não pode sofrer alterações.
> 3. Assim posto, o citado Decreto-lei não considera a natureza mutável das manifestações culturais revelando-se, nesta medida, problemática a vinculação pretendida entre o "Registro" e o "Tombamento".
> 4. Além disso, a aplicação do mesmo Decreto-Lei tem-se limitado, ao longo do tempo, aos bens de natureza material, resultando na formação de uma mentalidade restritiva à proteção de outras formas culturais.

> 5. No mesmo sentido, a jurisprudência constituída pelos atos e efeitos do tombamento criou um entendimento excludente, prejudicial a uma interpretação mais abrangente do bem cultural e de sua preservação. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Minuta de decreto – versão de outubro/98).

Sobre as propostas de decreto encaminhadas pelo GTPI, o antropólogo Antonio Augusto Arantes, chamado a opinar, coloca:

> Pelo que pude inferir a partir de nossas discussões e do texto em foco, o Registro dos Bens Culturais incluiria informações sobre os modos de fazer *tanto quanto sobre as coisas feitas*, sobre os sentidos e organização das festas tanto quanto *sobre os objetos utilizados pelos participantes*, sobre as práticas sociais formadoras dos lugares (como um mercado ou sítio sagrado, por exemplo), *assim como sobre o espaço físico* onde estas práticas se desenvolvem. *Não se pretende portanto dissociar significados simbólicos e significantes (suportes materiais de significação).* E nem poderia ser diferente, pois nem mesmo a língua, que talvez por um viés romântico pudesse ser concebida como imaterial, existe dissociada das suas realizações materiais, enquanto atos de fala e/ou escrita.
> [...]
> *Diferentemente daqueles bens que se tornaram emblemas da ação preservacionista (móveis e imóveis), os focalizados por este instrumento legal não são apenas coisas físicas passíveis de tombamento.* São práticas e/ou objetos associados a determinados significados por grupos sociais específicos (um ritual praticado por um certo grupo, que ocorre em determinado lugar, num momento preciso e que possui um significado particular enquanto integrante de um sistema de crenças ou modo de vida). Os conceitos que melhor descrevem este tipo de objetos são os de referência e de patrimônio cultural *tout court*. Convém explorar a possibilidade de recuperar estes conceitos. Eles têm algumas vantagens sobre o atualmente em uso pois remetem a 1. Informação, e não a coisa concreta; 2. Repertório, competência (no sentido de competência linguística) e transformação, ou seja, à capacidade de articular signos obedecendo normas combinatórias culturalmente definidas e não a um conjunto de ocorrências. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Carta de A. A. Arantes em resposta ao OF. 009/GTPI/IPHAN, grifo nosso).

Em comentários a uma versão posterior do decreto, já de 1999, Arantes sugere substituir "Livro de Registro dos Espaços" por "Livro de Registro dos Lugares" e justifica: "visto que este é o conceito que na teoria social e na geografia melhor descreve a apropriação do espaço físico pelos grupos humanos". (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Pasta Comentários e contribuições às versões do documento legal (1998/1999)). A partir deste comentário, nas versões posteriores da proposta de decreto, o Livro de Registro dos Espaços cede definitivamente a posição para o Livro de Registro dos Lugares, caracterizado, tal como ficou definitivamente insculpido no decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, como o Livro "onde serão registradas as feiras, mercados populares, praças, santuários e demais lugares onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas". (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Minuta de decreto – 3ª versão de abril/99). Segundo Márcia Sant'Anna, a proposta de criação do Livro de Registro dos Lugares

> deveu-se à observação de que existem sítios naturais, espaços urbanos e outros, construídos ou não, que independentemente de possuírem valor arquitetônico, urbanístico, estético ou paisagístico constituem "pontos focais" da vida de um grupo ou localidade, dando suporte ou abrigando práticas sociais e atividades coletivas que são importantes para os contextos locais ou territoriais onde se localizam. Por essa razão, esses espaços adquirem um sentido cultural especial para os que os vivenciam ou utilizam, tornando-se diferenciados dos demais. Tornam-se, assim, "lugares" e suportes fundamentais para a continuidade das práticas e atividades que abrigam. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, Parecer nº 005/06).

O conceito de lugar, tomado da Antropologia, vem descrito no Inventário Nacional de Referência Cultural (INRC) da Feira de Caruaru (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24) como desenvolvimento da noção de "sagrado" e "profano" usadas por Émile Durkheim e Mircea Eliade. Para o último, o lugar sagrado constituiria o "'centro do mundo', a morada dos ancestrais fundadores da tribo, do clã, geralmente divinizados, a referência simbólica dos mitos de origem", ao passo que o lugar profano seria aquele onde "acontece a vida cotidiana, o trabalho, a luta pela sobrevivência; ou então o espaço fora do território do povo, repleto de perigos, devendo ser evitada, por isso, toda circulação por ele". Ainda de acordo com o Inventário, neste desenvolvimento,

> um pouco da conotação do 'lugar sagrado' passou para a noção contemporânea de lugar, trabalhada por alguns antropólogos, sobretudo franceses, que estudam as sociedades modernas, como Michel De Certeau e Marc Augé. Para eles – com algumas variações quanto às terminologias empregadas – lugar é o espaço que se constrói culturalmente a partir dos significados que este possui para a sociedade estudada. Lugares são, portanto, os espaços geográficos que conferem sentido; que possuem um valor agregado simbólico, por fatores ligados à história da sociedade, às suas origens, à sua formação, que lhe são anexos. É o território, a casa, a cidade onde se nasceu, cresceu, se amou, enfim, onde se vivenciaram experiências marcantes, cultivadas na memória. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, INRC-Feira de Caruaru).

Em agosto de 1999, a minuta da versão final foi apresentada pelo GTPI e, no mês seguinte, Marcos Vilaça, Eduardo Portella, Joaquim Falcão e Thomas Farkas, membros da Comissão criada pela portaria nº 37, enviaram ao Ministro da Cultura, Francisco Weffort, carta onde relatam as escolhas feitas:

> A Constituição estabelece vários institutos de proteção, como o tombamento, o inventário, o registro, a vigilância e a desapropriação. Consideramos que o instituto do tombamento deveria ser mantido exclusivamente como instrumento de proteção dos bens materiais. Não somente por sua comprovada e específica eficácia, como também porque é inadequado ao bem imaterial, dinâmico por sua própria natureza. (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Carta enviada por Marcos Vilaça, Eduardo Portella, Joaquim Falcão e Thomas Farkas ao ministro da Cultura, Francisco Weffort)[292].

[292] Na Exposição de Motivos, a informação foi redigida como segue: "O texto constitucional ampliou o conceito de patrimônio cultural brasileiro, reconheceu sua dupla natureza material e imaterial e estabeleceu, além do

À semelhança do que aconteceu com o decreto-lei nº 25, onde a prática serviu para dar contornos mais definidos à lei (tanto em seus aspectos materiais quanto processuais), no caso do decreto nº 3.551 optou-se por não se trazer uma definição fechada acerca do que caberia em cada livro, mas deixar que estes tivessem seu conteúdo preenchidos na prática, por meio da aplicação do decreto, numa espécie de jurisprudência administrativa construída no processo de subsunção do objeto à norma[293]. Justamente em razão disso, é importante analisar os bens que foram inscritos no Livro de Registro dos Lugares – tanto quanto aqueles cuja inscrição foi indeferida - para poder, primeiramente, compreendê-los em sua constituição e, na sequência, estabelecer as conexões entre essa específica situação de registro e o tombamento.

5.1.1.1 – O registro dos lugares: critérios de admissibilidade

Dentre os quatro livros de registro criados pelo decreto nº 3.551, de 2000, o Livro de Registro dos Lugares é aquele que possui, desde o início do processo de reconhecimento desses bens até hoje, o menor número de inscrições: são apenas quatro[294], representadas pelas feiras de Caruaru e Campina Grande, pela Cachoeira de Iauaretê (lugar sagrado dos Povos Indígenas dos Rios Uaupés e Papuri) e, por fim, pela Tava, lugar de referência para o povo Guarani. Antes de analisarmos os casos acolhidos pelo Conselho Consultivo do IPHAN, é interessante entender duas situações onde o processo foi arquivado, posto que também nos fornecem – neste caso, pelo não preenchimento dos requisitos – os parâmetros que o IPHAN tem adotado para considerar este tipo de manifestação como patrimônio imaterial. O primeiro deles é o

tombamento, o registro e o inventário como outras formas de acautelamento e proteção desses bens. Contudo, doze anos depois, o único instrumento legal devidamente regulamentado de que o poder público efetivamente dispõe para a realização dessa tarefa continua sendo o tombamento. Este é um instrumento válido, eficiente e atual quando aplicado a edificações, obras de arte e outros bens de natureza material. Mas é inaplicável, ou melhor, inadequado, à preservação de bens e manifestações de caráter processual e dinâmico. Nesse caso, não cabe proteção legal de caráter restritivo para preservar aqueles valores que justificam seu reconhecimento como patrimônio cultural brasileiro, e sim instrumentos de identificação, valorização e apoio que favoreçam sua permanência". (IPHAN, 2006, p. 25).

[293] Neste sentido, conforme carta enviada ao Ministro Francisco Weffort pela Comissão: "A terceira diretriz diz respeito à estratégia para conceituar o bem imaterial merecedor de registro. Ao invés de tentarmos uma definição *a priori*, dogmática, optamos por remeter o conceito inicialmente aos parâmetros genéricos definidos no próprio texto constitucional. Em seguida, enumeramos os quatro livros onde serão registrados os bens, definindo-os de maneira indicativa e abrangente. Tudo a permitir e estimular que o próprio Conselho, através de uma jurisprudência conceitual, elabore, no dia a dia, o conceito de patrimônio imaterial*".* (ACI-BSB, Pasta IPHAN/DID, GTPI, Carta enviada por Marcos Vilaça, Eduardo Portella, Joaquim Falcão e Thomas Farkas ao Ministro da Cultura, Francisco Weffort).

[294] Em relação aos demais livros, temos treze inscrições no Livro de Registro dos Saberes, doze no de Celebrações e, por fim, dezoito no Livro de Registro das Formas de Expressão.

Box 32, situado no Mercado Público de Florianópolis, e o segundo, a Centenária Árvore do Moreira, em Goiás.

No caso do Box 32[295], a análise do processo na Coordenação de Registro do Departamento de Patrimônio Imaterial (DPI) constatou de início vários óbices – a começar pelo próprio objeto (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.005626/2011-38, Nota Técnica nº 008/2011). Considerando que o decreto nº 3.551, de 2000, estabelece como passíveis de registro no Livro dos Lugares locais como mercados, feiras, praças etc., "onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas" (Art. 1º, §1º, IV), a primeira questão foi entender se ali estava presente este tipo de prática cultural:

> O Decreto 3.551/2000 e também a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco são abrangentes na conceituação de comunidade (ou coletividade) para poder abarcar a diversidade da vida social. Desta forma, não é necessariamente vinculada a um território, pode ser dominante ou não dominante e também pode se transformar ao longo do tempo. Então, o que define a comunidade é muitas vezes a percepção que ela própria tem de si enquanto tal. Os capoeiristas espalhados por todo o território nacional fazem parte da "comunidade da capoeira", pois se reconhecem uns aos outros como integrantes do mesmo grupo social e constroem suas identidades sociais e individuais a partir do entendimento que fazem parte deste grupo. [...] A mesma ideia se aplica aos sineiros em Minas Gerais e às baianas de acarajé pelo Brasil.
> A questão que se coloca é se os quatro milhões de clientes que já passaram pelo Box 32 se veem como integrantes da "comunidade Box 32" e se definem através disso. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.005626/2011-38, Nota Técnica nº 008/2011).

A inexistência deste caráter coletivo foi reforçada pela identificação do requerente do registro, assinado unicamente pelo proprietário do Box, o que por si apontava a ausência de uma atividade entendida como coletiva, realizada por uma comunidade que se entendesse como tal a partir, principalmente, da ideia de pertencimento.

O artigo 1º, §2º, do decreto nº 3.551[296] ainda oferece dois outros critérios que foram utilizados para afastar a inscrição do Box 32 do Livro dos Lugares: a relevância nacional e a continuidade histórica. Neste último caso, o Departamento de Patrimônio Imaterial e a Câmara Técnica do Patrimônio Imaterial estabeleceram jurisprudencialmente o critério de

[295] A solicitação para registro no Livro dos Lugares partiu do proprietário do referido Box, um estabelecimento comercial de comidas e bebidas situado no Mercado Público, tombado pela prefeitura de Florianópolis. Dentre as justificativas, constava ser detentor de vários prêmios de reconhecimento à culinária e ponto de atração para um público numeroso e bastante diversificado – o que o tornava o "balcão mais democrático do país", segundo o pedido. (Processo nº 01450.005626/2011-38).

[296] § 2º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

três gerações: para haver a continuidade histórica, o bem deve ser vivenciado e praticado há pelo menos três gerações, com a duração de, ao menos, 25 anos cada uma[297].

O indeferimento do registro da Centenária Árvore do Moreira (IPHAN, Processo nº 01450.004255/2006-18) deu-se também pela não comprovação da existência de manifestação coletiva que se desenvolvesse ao redor da árvore. Somando-se a este critério, considerou-se, ainda, que o que se descrevia no processo também não era atual (vigente): a árvore estava situada em propriedade privada e cercada, sem acesso público, o que confirmava que as manifestações culturais relatadas pertenciam a um tempo pretérito, quando era ainda acessível à população.

Dentre os processos que culminaram com o registro, temos a Feira de Caruaru, em Pernambuco, cujo processo teve início em 2006, com o registro realizado no mesmo ano. Originada no século XVIII a partir da transformação da antiga Fazenda de Caruaru em ponto de apoio para boiadeiros, tropeiros e mascates que percorriam o agreste pernambucano, rapidamente o local viu surgir um pequeno comércio, no início, notadamente de itens relacionados ao gado. As transformações por que passou foram imensas, sobretudo a partir da construção de uma capela, cujo adro também serviria como lugar para desenvolvimento da feira. Além da expansão, outras mudanças foram a transferência de lugar[298] e a diversificação dos produtos comercializados – o que possibilitou a existência de várias feiras dentro da Feira -, que, não obstante as perdas, ocorriam ao mesmo tempo em que ela se tornava

> um lugar, um *locus* de encontros culturais significativos, a expressão maior da vida da cidade, do município e de toda a região circunvizinha. Isto porque, ao mesmo tempo, a Feira foi se tornando um centro de irradiação e de convergência da cultura local: como vimos acima, cordelistas, músicos tocadores de pífano, artesãos do barro, da madeira, das ferragens e de outros materiais para ali acorreram, a descobriram e, em seguida, a marcaram como o espaço ideal para venderem seus produtos, mostrarem sua arte.
> [...]
> De polo comercial importante, a Feira tornou-se um polo de preservação da identidade e de resistência culturais. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, INRC – Feira de Caruaru).

[297] Segundo Nota técnica nº 008/2011 (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.005626/2011-38).

[298] A respeito dessa mudança geográfica, consta do Parecer nº 005/06, produzido pelo Departamento de Patrimônio Imaterial: *"*Toda uma história urbana e regional encontra também na feira de Caruaru um importante testemunho vivo. Esta é, ainda, um lugar de memória de fatos, objetos e produtos do passado como a glória de Mestre Vitalino, o "fosco a sete lapadas" e a "carça de arvorada". Foi o motor da criação de uma cidade e também de outras feiras e a força dessa densidade histórica, econômica e cultural não foi afetada com a mudança de localização. No seu deslocamento das ruas para o Parque 18 de Maio a feira se transformou e se ampliou, mas esse deslocamento não a destruiu como um lugar de atividades e práticas coletivas de grande importância e valor cultural". (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24).

Ao delimitar o objeto Feira de Caruaru, a então Diretora do Departamento de Patrimônio Imaterial, Márcia Sant'Anna, conclui:

> A Superintendência Regional em Pernambuco entende e o Departamento do Patrimônio Imaterial do lphan reforça que esse Lugar gerador e estruturador de relações sócio-culturais corresponde, hoje, a um conjunto de equipamentos e feiras formado pela Feira do Gado; pela Feira do Artesanato, aí incluído o Museu do Cordel - ponto de exposição, produção e reprodução de expressões artísticas populares -; pelos Mercados da Carne e da Farinha situados no Parque 18 de Maio; e pela chamada Feira Livre com todas as suas "feiras" ou subdivisões, inclusive a das confecções populares e a chamada "feira" do Troca-Troca.
> Esse conjunto tem ainda como bem cultural associado que, brevemente, deverá ser encaminhado para Registro, o Alto do Moura - lugar referencial da produção artesanal do Nordeste, especialmente aquela ligada à manipulação do barro. Outros bens associados à feira Caruaru e arrolados no inventário realizado são: a feira da Sulanca, como espaço dinâmico de invenção e reaproveitamento que a ela se junta uma vez por semana; o Museu da Feira, instalado no prédio do antigo Mercado da Farinha no centro de Caruaru; a Igreja de Nossa Senhora da Conceição e seu adro; o Chalé do Campo de Monta, que serviu, por muito tempo, como residência dos engenheiros agrônomos que aí trabalhavam; e o prédio do antigo Matadouro Municipal localizado no Parque 18 de Maio. *Esses edifícios deverão ser objeto de iniciativas específicas de preservação por meio de tombamento.* (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, Parecer nº 005/06, grifo nosso).

O registro da Feira de Campina Grande é bem mais recente, de 2017[299], embora tenha tido início em 2007[300]. Tal como no caso de Caruaru, a própria cidade de Campina Grande, na Paraíba, se desenvolveu em razão da Feira. Da mesma forma, em virtude de suas grandes dimensões, a Feira de Campina Grande foi descrita no dossiê de registro a partir de uma variedade de setores, de alguns edifícios significativos presentes em seu interior (prédio do Cassino Eldorado e edifício conhecido como Pau do Meio) ou em suas margens (casario *art déco*) e, principalmente, por meio de seu caráter labiríntico que, convém dizer, esteve recorrentemente considerado como algo a ser mantido e, portanto, necessariamente presente nas recomendações de salvaguarda elaboradas durante o processo.[301] Espraiando-se ao redor

[299] A decisão favorável ao registro ocorreu na 87ª Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN.

[300] O processo ficou paralisado por um tempo considerável em razão de projeto de revitalização da Feira, proposto pela prefeitura de Campina Grande, que não respeitava as referências culturais identificadas tanto pelo IPHAN quanto pelos próprios feirantes e usuários.

[301] No dossiê, trecho da definição do historiador e feirante Adonhiran Ribeiro é usado para definir a Feira de Campina Grande: "A Feira é, na verdade, um caos organizado, o que é contraditório. Mas isso tem a ver com o fato de que a feira segue sua própria lógica. Então, para quem não conhece a feira, aparentemente aquilo ali é uma grande loucura, não é? Uma coisa caótica e labiríntica. Mas na verdade existe ali não apenas uma lógica de ocupação espacial, que evidentemente os comerciantes da feira conhecem muito bem e os frequentadores assíduos. Então, neste sentido, quando você conhece a feira, você percebe que existe não apenas uma perspectiva econômica, mas na verdade a feira é um grande museu antropológico, um grande espaço sociológico, histórico, cultural. E aí quando a gente descobre isso, quando a gente percebe isso, passa a ver a feira a partir de outros referenciais de divisórias espaciais*".* (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.902086/2017-28, Dossiê).

desses marcos, que remetem mais diretamente ao espaço físico, o Dossiê abordou uma série de práticas culturais – que efetivamente dão a qualidade de lugar ao registro que ora se pretendia -, tais como a forma de realização das transações comerciais (o fiado, a caderneta, a pechincha), a transmissão do ofício de feirante entre gerações, os laços de sociabilidade estabelecidos entre feirantes (fazedores da feira) e fregueses (fazedores de feira), a presença de cordelistas e repentistas e de uma série de artesãos que produziam, aos olhos dos clientes, balaios, selas, cochos, dentre tantos outros artefatos. As Feiras de Campina Grande e de Caruaru apresentam muitas similaridades e isso se refletiu em parte das medidas de salvaguarda elaboradas durante o processo de registro, como veremos.

Os outros dois bens registrados na categoria de Lugar - Cachoeira de Iauaretê e a Tava - também guardam entre si algumas semelhanças. O processo de registro da primeira começou em 2005[302] e o lugar foi registrado em 2006, tendo sido o primeiro dos bens tanto a ter o processo aberto, quanto a ser inscrito no Livro de Registro dos Lugares. Esta Cachoeira – ou Cachoeira da Onça, em sua tradução - é um lugar de referência para vários povos indígenas que habitam a região banhada pelo rio Uaupés e seu afluente Papuri: muitas pedras, lajes, ilhas e paranás que ali estão representam episódios mitológicos da narrativa desses povos, configurando-se, justamente por isso, em um lugar sagrado[303]. De acordo com o parecer nº 002/2006:

> O objeto "Cachoeira do Iauaretê", material e simbolicamente falando, diz respeito a um espaço que agrega, a um espaço de convergência de fluxos diversos, sejam estes os das águas que fluem ininterruptamente nos leitos dos rios, ou os dos grupos humanos que continuamente se deslocam no interior desse território, ou, ainda, aqueles das atividades referentes às dinâmicas socioeconômicas, políticas e culturais que vêm ocorrendo no local.
> Trata-se portanto de uma paisagem na qual a natureza, o sagrado e o profano se interpenetram. Depositária de narrativas míticas, históricas e de representações políticas, a Cachoeira de Iauaretê funciona, assim, como referência central, balizadora da ampla e complexa rede relacional que articula os diferentes grupos indígenas e não-indígenas que coabitam nesse território.
> Como Lugar Sagrado dos povos indígenas moradores dos rios Uaupés e Papuri, ela se apresenta em toda a sua magia e grandiosidade cênico-paisagística, destacando-se, por tudo o que já foi dito, como uma localidade única no contexto regional. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.010743/2007-85).

[302] Processo nº 01450.010743/2005-75.
[303] "Toda a nossa história está escrita nas pedras, nos igarapés, nos remansos da cachoeira e falam, para nós mesmos, de outros tempos, quando nossos ancestrais lutavam para criar e estabelecer as condições de vida para seus descendentes. Os mitos contam o que ali ocorreu, em tempos remotos, e de como aquelas pedras tomaram suas respectivas formas. O conjunto das pedras da Cachoeira remete, assim, aos eventos de nossa história ancestral, constituindo importante marco referencial da identidade indígena do Rio Uaupés". (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.010743/2007-85/André Fernando Baniwa, Diretor Vice-Presidente da FOIRN – Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro - Apud Parecer nº 002/2006).

O registro da Tava (Tava Miri São Miguel Arcanjo) foi iniciado em 2007, chegando a seu termo no ano de 2014. Tava é uma palavra Mbyá[304] usada para designar as ruínas de cada um dos trinta aldeamentos (ou reduções) das missões jesuíticas; são locais de significativa importância por ali terem existido grandes aldeias guarani. O sentido da palavra, a partir de sua formação, transmite a ideia de ação humana sobre as pedras; na visão guarani, a materialidade presente na redução jesuítico-guarani de São Miguel Arcanjo, em São Miguel das Missões, guarda os vestígios de uma aldeia sagrada, construída com pedras por seus antepassados[305]. Muito embora os remanescentes e ruínas da Igreja de São Miguel já tivessem sido tombados pelo IPHAN em 1938, a proposta de registro da Tava teve como motivação um caráter fortemente simbólico, de atribuir a este lugar uma outra narrativa: aquela construída a partir da sociocosmologia guarani. Tal como consta no dossiê,

> A proposta de registro da Tava em São Miguel Arcanjo como lugar de referência para os Guarani implica em [sic] reconhecê-los como narradores privilegiados de um evento marcante em suas vidas. Esse evento não se resume a um projeto missioneiro colonizador, no qual os Mbyá aparecem em uma posição secundária com relação aos jesuítas e à sociedade dos não-indígenas, mas, sim o da construção de uma 'casa de pedra' singular, voltada para a superação da condição humana.
> [...]
> O reconhecimento do direito de narrarem sua história na tava vai ao encontro de outras vitórias que os Mbyá obtiveram, lentamente, ao longo de anos. Eles conquistaram o direito de permanecerem no sítio histórico, ou melhor, na Tava, conseguiram a construção de uma casa de passagem e a possibilidade de venderem artesanato, bem como de realizarem reuniões e apresentações. Mas, querem consolidar sua presença e fazer ouvir sua voz. Só assim será possível tê-los respeitosamente junto a um patrimônio cultural da humanidade, atendendo ao princípio que emana da Constituição Federal Brasileira de 1988, que reconhece os grupos formadores da sociedade como sujeitos legítimos das políticas de preservação. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.016457/2007-85, Dossiê para o registro).

No caso de São Miguel Arcanjo, a Tava, que é o objeto do registro, abrange as ruínas e também os espaços sagrados onde existira uma aldeia indígena. Ela é, segundo o parecer técnico do IPHAN (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.016457/2007-85, parecer nº 667/2014) expressão da trajetória dos guarani-mbyá, relacionada ao evento histórico das missões, onde atuaram jesuítas e guaranis. São sinais de que naquele lugar estiveram os antigos e, no presente, representam um local para a prática das tradições guarani, onde se procura alcançar

[304] Trata-se de um subgrupo guarani, da família linguística tupi-guarani. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.016457/2007-85).

[305] O local continua sendo importante rota de passagem para os guarani, em seus deslocamentos desde Paraguai e Argentina e, ainda, lugar de comércio do artesanato produzido pelos Mbyá-Guarani da Reserva Indígena do Inhacapetum.

a Terra sem Mal e ascender, como os antepassados que se encantaram, à condição de imortalidade.

Dessa forma, exatamente como se previu na elaboração do decreto nº 3.551, a norma definiu e deu contornos muito gerais para o que poderia ser objeto de registro, deixando à construção jurisprudencial o preenchimento deste conteúdo[306]. Não à toa, e mais do que em qualquer situação, é pela análise de cada um desses casos – conforme realizada acima - que os objetos aptos a constarem do Livro de Registro dos Lugares se revelam, em suas características e em seus desafios. Em relação a estes, principalmente em suas conexões com algo que, tanto quanto registrado, pode ser tombado.

5.1.2 – Conteúdos prescritos: efeitos do tombamento e do registro

Conceitualmente, como vimos ao longo desta tese – e como já é consenso nos ramos das Ciências Humanas que têm avançado nos estudos sobre o patrimônio – o bem cultural deve ser entendido em sua totalidade, por meio de tratamento conjunto de suas dimensões material e imaterial. Tomando-se uma abordagem jurídica que olha o patrimônio a partir de seus instrumentos de preservação, tem-se cristalizado que o tombamento é a ferramenta de proteção do patrimônio material, assim como o registro seria aquele destinado ao imaterial. De fato, quando o tombamento foi criado, o patrimônio era visto exclusivamente em sua dimensão material – na verdade, era o decreto-lei nº 25, e não a Constituição, quem dava a definição de patrimônio –; posteriormente, quando houve a necessidade de pensar outras formas de preservação para a consagração do patrimônio distinto daquele apenas material – momento em que toma forma o patrimônio convencionado "imaterial" -, optou-se pela criação, em paralelo, de outra ferramenta que pudesse abrigar tanto a consagração quanto a proteção desta dimensão imaterial. Isso resultou em dois instrumentos distintos e no entendimento de que um deles se aplica ao patrimônio material enquanto o outro se destina ao imaterial. Os desafios, sobretudo em alguns casos, nos mostram que é preciso aprofundar essa discussão.

[306] A exemplo, o critério das três gerações usado para fixar o requisito da continuidade histórica previsto no §2º, art. 1º do decreto nº 3.551.

A análise dos dois marcos legais aponta muitas diferenças, a começar pela forma normativa adotada: decreto-lei no primeiro caso e decreto do executivo[307], no segundo. Dos quatro livros de registro previstos, três deles não têm oferecido maiores dificuldades de aplicação que resulte de interfaces entre esses bens registrados e aqueles que potencialmente podem ser tombados. Essa tranquilidade – como se poderia prever – não ocorre nas situações que ingressam na categoria dos lugares. Como hipótese, é possível colocar que o entendimento das diferenças entre tombamento e registro dos lugares passa pela compreensão tanto de qual é o objeto (de proteção) de cada um dos instrumentos normativos, quanto dos efeitos que dessas normas se esperam.

Sobre o objeto de cada uma delas, o item acima procurou compreendê-lo em relação ao decreto nº 3.551, notadamente sobre o que se enquadra no registro dos lugares: para além de um espaço físico ou material (natural ou edificado pelo homem), lugar diz respeito a este espaço qualificado por uma prática cultural ou em relação ao qual se associam determinados significados para o grupo detentor (a exemplo da narrativa mitológica que envolve a Cachoeira de Iauaretê). A materialidade é, portanto, vista em relação estreita com tais práticas e significados (estes, ditos imateriais). No processo de registro da Feira de Caruaru, o valor primordial dado à prática que se desenvolve em determinado espaço – e que propriamente o define como lugar - ficou evidente:

> Esses lugares constituem bens culturais de natureza imaterial, contudo, *só quando estão vivos, isto é, quando as práticas, usos, atividades e sentidos que podem conter estão vigentes* e podem ser identificados e registrados em sua dinâmica atual. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, Parecer nº 005/06, grifo nosso).

Por sua vez, o objeto do tombamento são bens móveis ou imóveis, assim como os monumentos naturais, sítios e paisagens (conforme artigo 1º e também §1º do mesmo artigo do decreto-lei nº 25). Muito embora se preserve tais bens em razão de determinados valores (imateriais, portanto) – e que também serão preservados com o tombamento -, este se aplica sempre a bens onde a dimensão material[308] existe e onde se considere relevante preservá-la

[307] Ambos feitos sem a participação do parlamento, mas o primeiro com força de lei em virtude das disposições constitucionais que então (1937) permitiam essa forma normativa.

[308] A classificação material *versus* imaterial equivale no Direito Romano àquela representada pelas coisas corpóreas e incorpóreas (*res corporales et incorporales*). A diferença entre elas está na tangibilidade: corpóreas podem ser tocadas e existem materialmente (corporeamente); as incorpóreas existem apenas intelectualmente. (MARKY, 1995). Segundo Venosa (2009, p. 293), "os bens incorpóreos são entendidos como abstração do Direito; não têm existência material, mas existência jurídica. As relações jurídicas podem ter como objeto tanto os bens materiais quanto os imateriais".

em determinados moldes; a preservação dos valores reconhecidos se dá por meio da preservação desta materialidade. Voltaremos a falar sobre o objeto de cada uma dessas normas (decreto-lei nº 25 e decreto nº 3.551) oportunamente.

Quanto aos efeitos, primeiramente tratando daqueles prescritos pelo decreto-lei nº 25[309], elenca-se a inalienabilidade dos bens públicos tombados, que somente podem ser transferidos entre os entes federativos (art. 11); a proibição de destruição, demolição ou mutilação de bens nesta condição, bem como a necessidade de prévia autorização especial do IPHAN para que sejam reparados, pintados ou restaurados (art. 17); a proibição de, também sem prévia autorização do Instituto, fazer, na vizinhança da coisa tombada, construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, e nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de destruição da obra ou retirada do objeto (art. 18). Há, ainda, a obrigação de conservar e restaurar o bem, a expensas do proprietário, à exceção de que comprove não gozar dos recursos para tanto, caso em que a União arcará subsidiariamente com o valor necessário (art. 19).

Já nas situações de registro, o decreto nº 3.551 é bastante enxuto quanto às medidas prescritas: o bem registrado recebe o título de Patrimônio Cultural do Brasil (art. 5º) e, no artigo 6º, atribui-se ao Ministério da Cultura obrigações que devem assegurar ao bem registrado i. "documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao IPHAN manter banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo" e "ampla divulgação e promoção". Devemos considerar que o mesmo decreto nº 3.551, além de criar o registro, também instituiu o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, visando à "política específica de inventário, referenciamento e valorização desse patrimônio" (art. 8º). Desde a origem, portanto, o IPHAN atribuiu a uma política – e não a um instrumento isolado – a preservação do patrimônio imaterial. O registro, neste sentido, é um instrumento que credencia o bem, reconhecendo-o como Patrimônio Cultural do Brasil, a fazer parte de uma política pública de preservação.

Se a proteção do patrimônio imaterial será efetivada a partir de uma política de salvaguarda em que devem ser inseridos os bens reconhecidos (considerando-se, portanto, uma série de ações que convergem para este fim, como a criação de prêmios e editais de fomento, dentre outros), é no chamado plano de salvaguarda que podemos identificar como esta política

[309] Não citaremos aqui outros efeitos que devem incidir sobre os bens móveis tombados, visto não serem objetos desta tese.

ganhará contornos específico para cada um dos bens. Em outros termos, é o plano de salvaguarda que dá a conhecer os efeitos que devem nascer a partir do registro, o que o torna um instrumento da maior importância dentro da política voltada ao patrimônio imaterial. Não há menção, no decreto nº 3.551, a tal plano, que só veio a ser disciplinado com a portaria nº 299, de 17 de julho de 2015. No Anexo a esta portaria, em documento intitulado *Termo de Referência para a salvaguarda de bens registrados*, retoma-se do decreto nº 3.551 a atribuição conferida ao Ministério da Cultura em garantir a ampla divulgação e promoção desses bens, consignando-se o entendimento de que esta "ampla divulgação e promoção do bem cultural registrado ocorrem por meio do que se convencionou chamar de salvaguarda de bens registrados". A partir da experiência acumulada, o IPHAN identificou tipos de ação e procedimentos que são comuns e que atendem, de forma geral, aos princípios da política de salvaguarda do patrimônio imaterial. Essas ações (num total de quinze, segundo categorização do Instituto) estão agrupadas, no *Termo de Referência para a salvaguarda de bens registrados*, em quatro eixos, a saber: Mobilização Social e Alcance da Política; Gestão Participativa no Processo de Salvaguarda; Difusão e Valorização e, por fim, Produção e Reprodução Cultural. "O planejamento de ações combinadas, com a previsão de realização em curto, médio ou longo prazo, denomina-se *Plano de Salvaguarda*". (Portaria nº 299, de 17 de julho de 2015, Anexo: Termo de Referência para a salvaguarda de bens registrados, grifo nosso).

Não obstante o agrupamento e sistematização dessas ações, como mostrado no *Termo de Referência...*, em razão da particularidade de cada um desses bens e do fato das ações e medidas para proteção serem estabelecidas coletivamente (num trabalho que envolve comunidade detentora, instituições da sociedade civil e poder público) - os planos de salvaguarda construídos serão evidentemente bastante individualizados. Entende-se que os efeitos que se espera obter a partir do registro não estão dados na norma geral representada pelo decreto nº 3.551 e nem em outras portarias que o complementam, como a citada portaria nº 299, e sim são transferidos para cada plano, documento cuja análise nos permite estabelecer comparações em relação aos efeitos do tombamento.

Uma definição jurídica de plano pode ser extraída do direito urbanístico, a partir da figura do plano diretor. Para Hely Lopes Meirelles (2013, p. 561-2, grifo nosso), trata-se

> [...] [d]o *complexo de normas legais e diretrizes técnicas* para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a *expressão das aspirações dos munícipes* quanto ao progresso do território municipal no seu

> conjunto cidade/campo. É o *instrumento técnico-legal definidor dos objetivos* de cada municipalidade, e por isso mesmo com *supremacia sobre os outros*, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.
> [...]
> O plano diretor não é estático; *é dinâmico e evolutivo*.

Para José Afonso da Silva (2015, p. 137-8, grifo nosso):

> O plano diretor é, nos termos da Constituição e do Estatuto da Cidade, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana [...]. É plano, *porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo* em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo no que tange às diretrizes básicas), *as atividades a serem executadas e quem deve executá-las.*

Entendendo o plano de salvaguarda como um conjunto de ações materiais, normas e instrumentos voltados a um fim (a salvaguarda do bem reconhecido) – e tomando e adaptando ao caso as definições de plano dadas acima - fica evidente a adequação deste instrumento para a preservação do patrimônio imaterial. Tanto no plano diretor, quanto no de salvaguarda, o caráter dinâmico e processual de seus objetos (das cidades e do patrimônio imaterial, respectivamente), bem como a necessidade da construção coletiva dos objetivos a serem alcançados, colocam o plano como o instrumento ideal[310]. Todavia, é necessário entender que conectado àquilo que se denomina plano, há uma série de medidas, ações, instrumentos, que devem ser articulados a decisões e prazos, sempre com vista aos objetivos que se quer alcançar. A partir deste entendimento, é bastante limitador fazer a usual comparação tombamento *versus* registro: se no primeiro caso o instrumento reúne a dupla condição de reconhecimento e produção de efeitos, o registro demanda complemento, o plano de salvaguarda (ou, ao menos, as medidas de salvaguarda indicadas na instrução do processo), que indique os instrumentos que serão utilizados e daí se especifique efeitos que de cada um deve surgir. Certamente, é o registro que franqueia à determinada categoria de bem cultural o ingresso no rol do patrimônio nacional – e, com isso, o direito de ser contemplado por ações de salvaguarda e de fazer parte do Programa Nacional do Patrimônio

[310] Para Letícia Vianna (*"Sexto produto: documento técnico contendo a avaliação da política de salvaguarda para bens registrados (biênio 2010-2012) e as perspectivas e diretrizes para os próximos quatro anos".* Brasília, DF: DPI/IPHAN, 2014 *apud* QUEIROZ, 2014, p. 154): "O plano de salvaguarda, em síntese, deve estabelecer objetivos e metas a serem alcançadas no curto, médio e longo prazo; as estratégias para a obtenção dos resultados esperados, a divisão das atribuições dos segmentos signatários de um termo de cooperação, as ratificações e retificações periódicas na condução da política e um monitoramento sistemático para efeito de avaliação".

Imaterial –, mas é o plano de salvaguarda que indicará os meios e instrumentos para sua efetiva preservação.

Para o propósito de comparação entre os efeitos dados pelo tombamento e os que decorrem do registro, é necessária, portanto, a análise desses planos. Dentre os bens que constam do Livro de Registro dos Lugares, contudo, não há ainda nenhum cujo plano de salvaguarda tenha sido elaborado; no entanto, como este é construído tomando-se como partida as recomendações de salvaguarda necessariamente elencadas no Dossiê de registro, recorreremos a elas para entender, em cada caso, quais os efeitos que se espera obter a partir do registro de cada um desses bens.

Ao falar sobre o crescimento da Feira de Caruaru, ocorrido sobretudo por ocasião da mudança de endereço das ruas do centro para o Parque 18 de Maio, o parecer técnico elaborado no Departamento de Patrimônio Imaterial e redigido por Márcia Sant'Anna (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, Parecer nº 005/06) aponta que havia inúmeras consequências prejudiciais, em grande parte decorrentes da sobrecarga da infraestrutura destinada à feira e da apropriação inadequada dos espaços, resultando na produção excessiva de dejetos (fato agravado pelo ineficiente esquema de coleta) e no comprometimento dos espaços expositivos – notadamente o destinado aos artesanatos. Dessa forma, foi identificada no relatório a necessidade de

> [...] melhorias urgentes no sistema de planejamento, gestão, controle e fiscalização do conjunto de feiras da cidade de Caruaru, de modo a se evitar a atratividade excessiva desse conjunto e um crescimento e uma apropriação de espaços descontrolados, o que poderá vir a comprometer seu desempenho e sustentabilidade no longo prazo.
> Além dos problemas de ordem socioespacial e infraestrutural, iniciativas relacionadas à proteção dos conhecimentos tradicionais presentes na feira e dos direitos autorais e de imagem relativos às expressões tradicionais que ali circulam são urgentes e necessárias. Da mesma forma, uma política específica de segurança que leve em conta e respeite aspectos próprios da feira como a prática do escambo, mas afaste os marginais, e forneça o policiamento necessário à segurança de feirantes e usuários.
> Por fim, para que os saberes e fazeres tradicionais presentes nas feiras possam melhor resistir à competição com os produtos industrializados ali vendidos, é importante a implementação ou o fortalecimento de programas de apoio ao artesão. Esses programas são ainda necessários para que o artesanato de Caruaru não se transforme apenas num conjunto de itens ou suvenires para consumo turístico. Em suma, para que continue tendo valor de uso e permaneça evoluindo como criação e design. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, Parecer nº 005/06).

Com características e, portanto, problemas semelhantes, a ordem de recomendações para salvaguarda da Feira de Campina Grande não diferiu significativamente das de Caruaru: necessidade de organização de coleta de lixo, requalificação dos banheiros públicos, garantia

de condições urbanísticas para que o modo de comercialização de animais vivos continuasse ocorrendo, reforma ou restauração de edificações históricas. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.902086/2017-28, Dossiê). Na Feira de Caruaru, alguns edifícios específicos foram elencados e, para eles, sugerido o tombamento (antigo Mercado da Farinha, Igreja de Nossa Senhora da Conceição, Chalé do Campo de Monta e antigo Matadouro Municipal); quanto à de Campina Grande, edifícios considerados como referências para o local (Cassino Eldorado e Pau do Meio, bem como o conjunto de imóveis *art déco*) já estavam tombados pelo órgão estadual de proteção (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado da Paraíba – IPHAEP) mas, em razão de seu péssimo estado de conservação, considerou-se adequado incluir como recomendação de salvaguarda sua restauração. Em ambos os casos, as recomendações apontaram sugestões de uso para tais edificações.

O registro da Feira de Campina Grande mostra bem o caráter pactuado que ocorre nos processos de registro (tanto na etapa de reconhecimento quanto nas ações a serem realizadas) e os efeitos desejados para a efetiva salvaguarda do bem: o pedido de reconhecimento da Feira como patrimônio imaterial ocorreu em 2007, tendo sido subscrito por associação de feirantes, prefeito (quem, propriamente, endereça o pedido) e moradores da cidade, dentre outros. No entanto, no curso do processo, uma proposta de intervenção na Feira foi solicitada pela prefeitura: considerada desrespeitosa quanto às diretrizes de salvaguarda que vinham sendo elencadas nos estudos de instrução[311], o pedido foi suficiente para paralisar o andamento do processo, que só foi reestabelecido após a retomada das discussões coletivas e do acolhimento das recomendações estabelecidas pelos técnicos do patrimônio.

Para a Cachoeira de Iauaretê é possível identificar, ao longo do processo de registro, a preocupação das comunidades indígenas com a perda de sua cultura e tradição: o deslocamento para as cidades próximas para usufruir dos serviços de educação e saúde, a presença de tecnologias como a televisão e o baixo número de jovens indígenas que regressavam às suas tribos punham em risco a transmissão da mitologia, dos ritos, danças, enfim, de toda a forma de vida e cultura próprias destas comunidades. Dessa forma, um dos aspectos principais do registro da Cachoeira – tal como aconteceu no da Tava – era o do reconhecimento daquele lugar como sagrado para as comunidades indígenas da região e,

[311] Não respeitava o traçado urbano, que pretendia alterar; previa, sem maiores explicações, a mudança de local de alguns feirantes e a supressão de determinadas vias do circuito da feira. Da mesma forma, apontava intervenções significativas em alguns prédios e, por fim, indicava nova configuração – cartesiana, em detrimento do caráter labiríntico da Feira, já apontado na instrução como algo que a definia – para as barracas dos feirantes.

com isso, a valorização da cultura ali produzida. Neste contexto, as ações materiais de salvaguarda não se mostraram no processo diretamente ligadas à Cachoeira: evidentemente, o reconhecimento da importância deste lugar traz forte carga simbólica e de agregação para a preservação da cultura desses grupos - é pela narrativa do mito, ligada à Cachoeira, que se explica o surgimento e manutenção da comunidade no local. No entanto, para além da Cachoeira, como se afirmou, as medidas indicadas para o plano de salvaguarda tinham por objetivo a preservação da cultura indígena tomada em sua totalidade; assim, foram enumerados: reconstrução de uma maloca a ser usada como espaço de reunião e o repatriamento de objetos e artefatos sagrados que, levados pelos salesianos, estavam depositados no Museu do Índio, em Manaus[312]; recuperação de rituais e da linguagem e criação de um centro de referência cultural. O reconhecimento da Cachoeira de Iauaretê, portanto, tinha por fim a valorização e continuidade de todo um complexo modo de ser dos grupos envolvidos: não apenas a preservação das narrativas mitológicas e da Cachoeira em si, mas também a dos rituais, celebrações, o uso da língua e as demais práticas que dão sentido e identidade a estas comunidades.

Por fim, temos as recomendações para salvaguarda da Tava – e aqui é importante lembrar a pré-existência do tombamento dos remanescentes arqueológicos e arquitetônicos das Missões, ocorrido já no final dos anos 30. Garantida a materialidade desse conjunto[313], das recomendações se depreende que a principal preocupação era a de assegurar a permanência dos guarani no local, em condições adequadas para que ali pudessem ter prosseguimento as práticas culturais (como as danças e músicas, narradas no Dossiê) que dão sentido à sua visão de mundo. Dentre as ações propostas, estão no processo a construção de um espaço adequado para a venda de artesanato e a melhoria das instalações da Casa de Passagem[314], disponibilização de local para plantio do milho e outras ações voltadas à difusão e valorização da cultura guarani, tais como realização de novas oficinas para formação de

[312] As malocas haviam sido destruídas após a chegada dos salesianos e, sem a prática de novas construções, o saber fazer estava se perdendo entre o grupo. Assim, edificar nova maloca era uma ação ao mesmo tempo simbólica, por retornar ao local referências materiais daquela cultura, como também uma forma de recuperar as técnicas construtivas perdidas.

[313] Interessante a convergência entre a forma considerada ideal, tanto pelo IPHAN quanto pelos guarani, para manutenção deste espaço, traduzida pela consolidação das ruínas, sem reconstruções que objetivassem retorná-la a um estado original. No caso dos guarani, a opção está ligada a seu entendimento do lugar como morada dos deuses, um espaço sagrado, e que, portanto, não deve ser mexido (reconstruído).

[314] Desde os anos 90, os guarani haviam conseguido autorização para vender este artesanato no alpendre do Museu das Missões, também sendo autorizado que pernoitassem no sítio, razão pela qual ali foi construída esta casa.

cineastas[315], produção de material educativo sobre a Tava, formação de pesquisadores indígenas, dentre outras.

Dessa forma, iniciando as comparações, temos que os efeitos do tombamento em relação aos bens imóveis, conjuntos urbanos e monumentos naturais são basicamente de três ordens: num primeiro bloco, aquele que funciona como medida de consagração, onde o Estado assinala que determinado bem constitui um patrimônio nacional. Num segundo, como vimos, encontramos os efeitos que dizem respeito à transmissão da propriedade[316] e, num terceiro bloco, os efeitos propriamente ligados à preservação da matéria: proibição de demolição, mutilação e destruição, necessidade de autorização do IPHAN para intervenções, controle das intervenções na área envoltória e obrigação de conservar e restaurar o bem. Ao longo dos anos, a prática de tombamentos foi dando à aplicação dos efeitos do terceiro bloco, como vimos, um uso modulado: nem sempre a proibição de alteração ou reparação sem autorização do IPHAN - para citar um desses efeitos - incidiria sobre todo o bem, porque se passou a direcionar tais efeitos apenas para onde de fato se desejava preservar as características materiais. Passou-se a excluir do tombamento (ou melhor, da incidência de seus efeitos de preservação da matéria), muitas vezes, partes acessórias ou secundárias que não interessavam ser mantidas ou que, mesmo mantidas, poderiam ser alteradas em sua matéria, não se aplicando a elas critérios mais restritivos ditados pelo órgão de patrimônio. Se esta modulação foi, de certa forma, uma adaptação do uso do instrumento desenvolvida ao longo dos anos, os efeitos que se extraem da norma, por sua exata previsão, são sempre aqueles ligados ao controle sobre a mutabilidade do bem que se tomba, exercido este sempre com o intuito de manter sem alterações – ou, ao menos, apenas com as alterações estritamente necessárias – um núcleo essencial de materialidade. Os efeitos, assim, estão em todo caso ligados ao reconhecimento como patrimônio cultural e ao controle da alienabilidade e da mutabilidade desses bens.

Quanto ao patrimônio imaterial, nota-se uma diversidade bastante grande de medidas de salvaguarda (que futuramente deverão subsidiar a construção dos respectivos planos) e que

[315] Esta ação está intimamente ligada ao modo de vida guarani, relatado em todo o processo de registro e que é estruturado a partir de três eixos: territorialidade livre, natureza livre e respeito à dimensão do segredo. Neste sentido, a formação de cineastas, professores e pesquisadores guarani, além de ter por objetivo dar protagonismo ao grupo na construção de sua própria narrativa, também diz respeito ao que dela se pode ou não falar ou divulgar.

[316] Onde reside a proibição de alienação de bens públicos tombados para particulares e, até a edição do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.115, de 2015), o direito de preferência dado ao poder público no caso de alienações onerosas de bens tombados de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

refletem a complexidade da preservação deste patrimônio. Apesar de inscritos na categoria lugar, as medidas são bastante distintas entre si e não necessariamente estão ligadas à preservação do espaço ou propriamente relacionadas à materialidade do bem cultural. Se ligadas a esta, frequentemente assumem expectativas diversas em relação ao que ocorre quando da proteção via tombamento[317].

Como conclusão deste item, importa dizer que muitas das ações de salvaguarda destes bens registrados, não obstante ainda não haver para eles um plano de salvaguarda, foram e estão sendo executadas: na publicação *Saberes, fazeres, gingas e celebrações,* o IPHAN faz um balanço, que abarca o período entre 2002 e 2018, e indica as medidas tomadas e em andamento. Para a Cachoeira de Iauaretê, o IPHAN, em convênio com outras instituições, investiu na formação de pesquisadores e na criação de um centro de pesquisa e referência. Fez a mediação, junto ao Ministério da Defesa, Comando da Aeronáutica e Comissão de Aeroportos da Amazônia, para que as formações rochosas situadas na Serra do Bem-Te-Vi, onde estava parte dos lugares sagrados, não fossem dinamitadas para serem usadas, como pedra bruta, na construção de uma pista de pouso. Foram repatriados, ainda, os objetos indígenas que estavam no Museu do Índio, entre outras ações. Para a Feira de Caruaru, dentre as medidas, apoio à continuidade de um projeto intitulado *Cordel nas Escolas*, formação de guias mirins para orientação dos turistas na Feira, lançamento do Programa de Incentivo à Produção de Guloseimas Artesanais, melhorias estruturais na Casa de Cultura José Condé, que é parte da Feira e onde se instala o Centro Cultural de Referência da Feira de Caruaru. Para a Tava, dentre outras medidas, a recuperação da chamada Casa da Quinta, que foi o primeiro lugar ocupado por famílias guarani, nos anos 90, quando foram aceitas nas mediações do sítio. Por fim, quanto à Feira de Campina Grande, apoio a um espetáculo teatral integrado por filhos de feirantes e a elaboração de uma programação para a comemoração do Dia do Feirante. Em todos os casos, foram listadas pelo IPHAN uma série de medidas de documentação e de divulgação dessas manifestações culturais. Diferentemente do que ocorre no tombamento, portanto, da aplicação do registro não decorrem efeitos previsíveis; eles não estão contidos na norma e somente o plano de salvaguarda poderá indicar, sempre a partir de cada particularidade, as medidas a serem tomadas e os instrumentos que poderão ser aplicados, cada um deles aptos à produção de efeitos distintos, como veremos na sequência.

[317] Assim, é possível desejar que determinado edifício continue existindo numa feira sem que necessariamente se almeje que suas características arquitetônicas ou seus componentes materiais sejam mantidos.

5.1.3 – Conexões possíveis: tombamento ou registro?

Em 1985, o Conselho Consultivo do IPHAN tomba a Serra da Barriga[318], indicando-a para o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, bem como para o Livro do Tombo Histórico. Situada na Zona da Mata do Estado de Alagoas, no século XVIII estabeleceu-se no local a sede do famoso Quilombo dos Palmares.

> Na paisagem natural e edificada, observam-se, ainda, grande quantidade de palmeiras que, segundo historiadores, deram origem ao nome Palmares. Entre as características da Serra da Barriga estão as nascentes que alimentam um açude e uma lagoa. Esta última, denominada Lagoa dos Negros, *é um dos lugares sagrados da Serra*, onde os religiosos de matriz africana realizam rituais.
> O Quilombo dos Palmares representa um marco na luta dos escravos no Brasil. Tal processo diz respeito aos ancestrais africanos que se manifestam nas formas imateriais de suas religiões, seus deuses, mitos, objetos sagrados de cultos, artefatos de uso cotidiano, alimentos, expressões culturais *e alguns espaços geográficos mantidos por seus descendentes como locais sagrados* ou de preservação da história das pessoas negras trazidas da África[319].

Na abertura do processo, uma carta de 1981 assinada pelos membros do Conselho Geral para criação do Memorial Zumbi, endereçada a Aloísio Magalhães, oferece os motivos que justificariam o tombamento:

> O tombamento [...] destina-se não só à preservação do sítio histórico, mas também a cultivar a memória de todos os que, então, lutaram na busca de sua liberdade. Tal proposta vem de encontro [sic] às aspirações de grande número de brasileiros preocupados em preservar a Memória Nacional *não apenas em suas manifestações visíveis mas também no conjunto de seus símbolos*, para que estes atuem como fonte de referência para as novas gerações (Arquivo Central do IPHAN, Processo nº 1069-T-82, grifo nosso).

Tal como grifado acima, é visível, durante todo o processo e dentre as manifestações de apoio de inúmeras organizações[320] que se pronunciaram, o aspecto fortemente simbólico que este tombamento implicava: o reconhecimento da Serra da Barriga - local de implantação do Quilombo dos Palmares e onde viveu parte de sua vida o líder negro Zumbi - significava dar espaço de representatividade também aos negros no âmbito do que se configurava o patrimônio nacional. Há neste tombamento o pedido por reconhecimento de uma narrativa histórica que só há pouco (lembremos das discussões que vinham ocorrendo quanto ao Terreiro da Casa Branca) ingressara no IPHAN. A Serra da Barriga, neste reconhecimento,

---

[318] Processo nº 1069-T-82.
[319] **Serra da Barriga (AL), Região do Quilombo dos Palmares.** Disponível em: <http:// portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1607/>. Acesso em: 15 nov. 2019, grifo nosso.
[320] Dentre outros, Mesquita Muçulmana Afro-Brasileira, IPEAFRO – Instituto de Pesquisa e Estudos Afro-brasileiros, CEDENPA – Centro de Estudos e Defesa do Negro no Pará e a Universidade Federal de Alagoas, UFAL.

é vista como repositório de parte da história brasileira, mas também – e principalmente – como um referencial simbólico (e afetivo) para a comunidade negra, que identificava no local um marco da luta contra a escravidão e de apoio à liberdade.

Retornemos ao registro da Cachoeira de Iauaretê: diferente do que ocorreu nas Feiras, onde a relação com o lugar se dava exatamente a partir de um uso ativo do espaço - as trocas comerciais, principalmente, mas também as apresentações artísticas de música, dança e cordel[321]-, em Iauaretê o objetivo identificado no processo de registro era preservar a cultura indígena em sua totalidade (transmissão das crenças, danças, língua, saber-fazer etc.) a partir da eleição de um símbolo que agregasse e desse sentido a essas práticas. Não à toa, a Cachoeira de Iauaretê foi escolhida: as narrativas relacionadas ao lugar pertenciam a várias tribos que povoaram a região do alto Rio Negro e, em comum, davam significado a cada pedra que a constitui, explicando tais elementos geográficos por meio de mitos indígenas, que falavam sobre a formação do lugar e explicavam a presença dessas tribos na região[322].

Tanto na Serra da Barriga quanto na Cachoeira de Iauaretê, a ligação com o objeto de preservação tem um forte liame simbólico e de identidade para os grupos pleiteantes. Um, pela narrativa histórica; outro, pela mitológica. Tanto como os motivos para o pedido, o objeto material da preservação também é tipologicamente semelhante: uma cachoeira e uma serra; ambas, elementos naturais. O pedido, contudo, traz uma diferença: tombamento num dos casos (Serra da Barriga) e registro no outro (Cachoeira de Iauaretê).

Evidentemente, pode-se considerar que no momento em que a Serra da Barriga foi tombada, não havia o registro como instrumento de preservação e, nesta situação, só restaria a ela o tombamento, ainda que eventualmente pudesse ser tido por inadequado. Não é o caso, todavia, do tombamento de dois lugares sagrados para as comunidades indígenas do Alto

[321] Usos e atividades que fazem daquele conjunto de ruas uma feira.

[322] Do parecer do conselheiro relator, temos a narrativa dos tariano, um dos grupos que ocuparam o local, onde está descrita a mitologia ligada à Iauaretê. Em síntese, a trajetória dos indígenas tem origem com Ennu (o Trovão), único ser a existir "quando tudo era nada". Num dos episódios dessa extensa narrativa, Okomi (gente de pedra), que havia sido criado por Ennu para viver na região da cachoeira e ali criar a humanidade, encontra oposição daqueles chamados, pelos tariano, gente-cobra, tendo sido torturado até a morte. Seu sacrifício e sua resistência foram responsáveis pelo surgimento de vários elementos naturais que compõem a paisagem e a geografia da Cachoeira: amarrado e jogado muitas vezes no rio, foi se transformando em peixe (kupeice); onde caiu, surgiram igarapés. Retomando sua aparência, foi arrastado para cima e, julgado, transforma-se em abacate (nome com o qual a pedra ali existente é conhecida). Todas as transformações pelas quais Okomi passou deixaram marcas no local, que são as pedras presentes na Cachoeira. De seu corpo nada restou, a não ser alguns ossos do dedo mínimo que, jogados para cima, chegaram a Ennu, fazendo deles surgir todos os povos do Alto Rio Negro. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.010743/2005-75, Parecer do relator Roque de Barros Laraia no Conselho Consultivo).

Xingu (Mato Grosso): Sagihengu e Kamukuwaká[323], cujo processo de reconhecimento teve início em 2006, ocasião em que tanto tombamento quanto registro eram instrumentos disponíveis. Na 64ª Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, ocorrida em 2010, a demanda por tombamento destes lugares sagrados foi colocada pela arqueóloga Maria Clara Migliacio nos seguintes termos:

> Alguns aspectos abrangentes da proposta, a nosso ver, merecem ser comentados. [...] 2. Outro aspecto está relacionado à natureza dos bens ora propostos para tombamento. Reconhecer e proteger a base material que referencia práticas culturais e sociais atuais (embora possam ser práticas milenares) *e que são expressas nos bens de caráter intangível, como é o caso que aqui se apresenta*, representa a indicação do imbricamento existente entre os bens materiais e imateriais, e como os estudos arqueológicos, principalmente quando desenvolvidos no âmbito das vertentes mais atuais da Arqueologia Pública e da Arqueologia do Presente, apresentam-se como potentes instrumentos para o tratamento do patrimônio de forma integrada, vencendo as fronteiras entre o patrimônio material e o patrimônio imaterial. (Ata da 64ª Reunião do Conselho Consultivo, de 24 de junho de 2010, grifo nosso).

A esses dois casos se pode somar o da Cachoeira de Iauaretê, onde, também com registro e tombamento disponíveis, não obstante as semelhanças assinaladas, optou-se pelo primeiro. É importante que se diga que esta escolha não foi pacífica, causando posicionamentos distintos no âmbito do Conselho Consultivo, e revelando algumas das dificuldades sentidas em relação à aplicação dos dois instrumentos.

Na 49ª Reunião Ordinária do Conselho, ocorrida em 3 de agosto de 2006, o pedido de registro da Cachoeira de Iauaretê foi votado: após leitura do parecer do conselheiro relator, o primeiro a pedir a palavra foi o conselheiro Paulo Affonso Leme Machado, que colocou:

> Evidentemente, o que vou tocar aqui pode causar algum desconforto, porque é um ponto de vista um pouco diferente, não quanto à importância do local. Trabalhando na área jurídica, e tenho trabalhado pela importância dos espaços a serem protegidos, tanto que lutamos para conseguir colocar no art. 225, § 1°, inciso III

[323] Sagihengu e Kamukuwaká são dois lugares sagrados que integram o Quarup, cerimônia anual que se realiza na estação seca e que costuma durar alguns dias. Trata-se de uma celebração funerária, mas que ao mesmo tempo homenageia a vida, marcando o fim do luto. Sagihengu é o lugar geográfico onde começa o Kuarup, onde se afirma, também, ter ocorrido o primeiro deles, realizado pelo Sol e pela Lua. Kamukuwaká, uma caverna, é considerado o local de passagem entre a vida e a morte; é também o lugar onde o cacique Kamukuwaká e seus parentes ficaram encerrados, tendo acontecido aí o início do ritual de furação de orelhas, rito de passagem que marca o início da vida adulta. Disponível em: <http://cultura.gov.br/dois-lugares-sagrados-indigenas-sao-tombados-pelo-iphan/>, acesso em: 05. jan. 2020. Os referidos lugares encontram-se na proximidade do Parque Nacional do Xingu, criado em 1961 com uma área dez vezes menor do que a pretendida originalmente. Justamente em razão dessa diminuição, ficaram de fora Sagihengu e Kamukuwaká. De acordo com relatório apresentado por ocasião da votação do tombamento, "Os locais e áreas investidos de significado mítico que ficaram fora dos limites do Parque do Xingu demanda[ria]m um tipo especial de proteção, pois além da própria proteção física, requere[ria]m a garantia do direito de acesso e uso pelas comunidades indígenas". (Ata da 64ª Reunião do Conselho Consultivo, de 24 de junho de 2010).

> da Constituição[324] que os espaços especialmente protegidos somente podem ser alterados ou suprimidos através de lei. Mas, mesmo este artigo, que veda a concessão de atribuições que desvirtuem a finalidade do espaço protegido, tem sofrido do Supremo Tribunal Federal alguma visão, algum posicionamento que nem sempre tem dado a melhor proteção. Ora, qual é a razão de se levantar a questão de uma cachoeira como essa, quais são os instrumentos disponíveis no Conselho do Patrimônio Cultural? Temos o tombamento e temos o registro. E, de pleno, me afigura insuficiente a proteção do registro, porque o caminho, ao meu ver, deve ser o tombamento. Porque o momento é crucial. No meu mandato, já estou há dois anos no Conselho, tive o ensejo de participar do registro do Ofício das Baianas do Acarajé, - do registro do Círio de Nazaré, do registro do Modo de Fazer Viola-de-Cocho, são registros de manifestações que não implicam necessariamente em obrigação de fazer ou em obrigação de não fazer. [...] Ora, um local tão importante como o Conselheiro acabou de relatar, ao meu ver, merece ser tombado. (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.010743/2005-75, Ata da 49ª Reunião Ordinária).

Na sequência, Machado ilustra com o caso do Salto das Sete Quedas, em Itaipu, eliminado por um decreto na ocasião do represamento (sobretudo porque o fato ocorreu antes da Constituição de 1988 e, portanto, na ausência do citado artigo 225) e lança a pergunta sobre o registro: "Existe alguma consequência jurídica de obrigação de fazer ou de não fazer?" (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.010743/2005-75, Ata da 49ª Reunião Ordinária). O jurista ainda defendeu que, por se tratar de um elemento geomorfológico – e não uma manifestação cultural "em plena mutação" – uma sustentação jurídica mais forte para a preservação se daria apenas com o tombamento, pois o registro não o protegeria efetivamente.

Após, a conselheira Maria Cecília Londres Fonseca informou que não haveria uma oposição entre tombamento e registro, e que ambos poderiam ser utilizados ao mesmo tempo. Posição idêntica foi posta por ela quatro anos depois, na votação do tombamento dos lugares sagrados para o Quarup - Sagihengu e Kamukuwaká -, onde relembrou a complementaridade entre os dois instrumentos, sugerindo, inclusive, que se iniciasse o processo de registro também para os lugares sagrados do Quarup, uma vez que não se tratava "apenas de vestígios materiais, mas de práticas, de formas de expressão vinculadas a determinados lugares" (Ata da 64ª Reunião do Conselho Consultivo, de 24 de junho de 2010).

Tomando a palavra, o conselheiro Ulpiano Bezerra de Meneses retomou a discussão que já havia permeado todo o processo de construção de instrumentos e políticas associadas ao

[324] "Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção".

patrimônio imaterial e que sempre foi evidente no tão polêmico Livro de Registro dos Lugares: a da falsa dicotomia entre materialidade e imaterialidade do patrimônio cultural. Em suas palavras:

> Acho que este é um caso típico para se ver certas inadequações de um dualismo de raiz cartesiana que separa o material e o imaterial. Porque é inseparável; o problema é justamente esse, *o que podemos distinguir são dimensões mais atuantes, materialmente ou não*. Mas a coisa física não tem nenhuma propriedade imanente que não seja físico-química. Aquilo que denominamos valor cultural é imaterial e é agregado, é produzido pela sociedade e não está presente na coisa. Eu me pergunto o seguinte: nós estamos reconhecendo um valor inegável, por tudo o que nos foi apresentado aqui, mas onde está este valor? Podemos localizar este valor nas práticas, podemos localizar este valor na mitologia, na cosmologia, então registramos a mitologia, e a mitologia diz respeito à importância da cachoeira, mas que cachoeira, uma cachoeira qualquer? É daquela cachoeira. A Cachoeira das Sete Quedas, que não existe mais, não contaria nada para eles, mas também é uma cachoeira. Então é essa cachoeira singular que conta, e não a categoria abstrata, imaterial de cachoeira, porque a categoria que conta para eles não é imaterial, o mito é imaterial, mas a cachoeira não é imaterial. Esta cachoeira, portanto, que é uma realidade de paisagem geomorfológica, que é a coisa física, serviu justamente de matriz da cosmologia, das práticas nas quais estão esses valores, e não na cachoeira. Mas é indissociável neste caso, em outros não, mas neste caso é indissociável aquela singularidade empírica da cachoeira. Portanto, acho que é caso de tombamento, que superaria o registro, porque ele absorve o registro também. Isto é uma coisa tão importante que precisa ser protegida *implicando portanto em obrigações de fazer e não fazer, e não apenas o reconhecimento puramente moral de um valor cultural.* (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.010743/2005-75, Ata da 49ª Reunião Ordinária do Conselho Consultivo, grifo nosso).

Os primeiros processos de tombamento tinham instrução bastante enxuta: pouco se abordava sobre o histórico do bem ou mesmo de suas características materiais ou construtivas (quando fosse o caso). Para a maioria dos bens inscritos por estes primeiros tombamentos, os valores ligados à arte e arquitetura foram alçados à primeira grandeza pelos agentes do patrimônio, em sua maioria arquitetos, numa hierarquia onde o Livro do Tombo de Belas Artes passou a ocupar posição bastante privilegiada em relação aos demais; valores afetivos[325] e ligados às identidades só bem mais tarde seriam considerados. As mudanças que ocorreram ao final dos anos 70 e que tomaram fôlego nos anos seguintes implicaram que ao lado da pedra e cal como objetos passíveis de patrimonialização, estivessem também as práticas culturais (os saberes e fazeres, as celebrações e festas). A consideração dos aspectos dinâmico e processual desta vertente, que se consagraria como imaterial, somada à incorporação dos valores afetivos e de identidade que se tornam critérios de patrimonialização, impactou a

[325] Valores afetivos colocados aqui em diferenciação àqueles atribuídos a partir das características técnicas ou estilísticas, conferidos notadamente por especialistas (o que não deixa de representar, por outra perspectiva e sujeitos, também valores afetivos).

forma de lidar, reconhecer e proteger o patrimônio material – causando tensões, ainda, no manejo do tombamento, instrumento jurídico até então utilizado com exclusividade para um patrimônio, também, exclusivamente material. A comparação entre tombamento e registro dos lugares – que costuma ser posta como a relação material *versus* imaterial – tem explicitado, além da artificialidade desta segmentação, também os desafios que foram sendo impostos ao tombamento.

Os casos do Terreiro da Casa Branca e da Serra da Barriga, tombados em 1984 e 1985, respectivamente, de Iauaretê (e seu registro, em 2006), e, por fim, dos lugares sagrados para o Quarup, cujo tombamento é de 2010, mostram que muitas vezes é extremamente complexo – senão impossível – que o objeto da preservação possa indicar se o caso implica tombamento ou registro. O bem cultural, como as Ciências Humanas têm repisado a todo instante, é composto pelas duas dimensões, a material e a imaterial. Qual seria a diferença entre a Cachoeira de Iauaretê, registrada em 2006, e os lugares sagrados para o Quarup, tombados em 2010? Para efeito de aplicação desses instrumentos jurídicos, a discussão a partir do objeto da norma pode chegar a um ponto que parece estéril. Como salientou o Conselheiro Ulpiano, é preciso olhar a dimensão que se deseja enfatizar em cada caso e isso nos aponta que uma abordagem jurídica que procure especificar ou distinguir o uso desses dois instrumentos deve observar, fundamentalmente, os efeitos que deles se espera.

Se considerarmos o que temos abordado ao longo deste capítulo, podemos retomar que, quanto aos efeitos, o tombamento diz fundamentalmente sobre a preservação do que é material[326]. Dele se espera a garantia de conservação desta materialidade e, quando por alguma razão justificada deva haver alterações (e daí se compreendam as restaurações, intervenções, adaptações), que o órgão tenha o controle sobre as mesmas. Se a característica dinâmica e processual do patrimônio imaterial é sempre afirmada, o espírito do decreto-lei nº 25 se pauta não somente pela conservação da matéria, mas desta com a permanência das características às quais se confere valor, não obstante as transformações que natural ou artificialmente venham a ocorrer[327]. Ainda que possam ocorrer mudanças no bem tombado – e a própria lei já as previa, submetendo-as à apreciação do IPHAN -, a leitura da lei indica

[326] Evidentemente, tendo-se em conta que é a partir desta matéria que se preserva o essencial para o patrimônio: os valores (estes, imateriais). A matéria, como bem colocou Ulpiano Meneses no caso da Cachoeira de Iauaretê não é, todavia, qualquer matéria, mas sim aquela direta e simbolicamente ligada aos valores reconhecidos pelo grupo. Para os indígenas do Alto Rio Negro, a Cachoeira a ser preservada é a de Iauaretê, e não qualquer outra. Isso vale para todos os bens reconhecidos.

[327] Assim como, num diâmetro oposto e levando-se em conta sua natureza dinâmica, também é possível falar sobre as permanências no âmbito do patrimônio imaterial.

a existência, sempre, de ao menos um núcleo material que traduza os valores reconhecidos e que, justamente por isso, terá como tônica a preservação e a manutenção de suas características físicas. Em casos de tombamento, portanto, lidamos com a mutabilidade mínima ou controlada.

Os efeitos do registro, dados pelo plano de salvaguarda, são os mais diversos possíveis. O plano, como vimos, deve ser considerado como uma ferramenta que agrega, a partir de suas metas e objetivos, uma infinidade de outros instrumentos e ações (jurídicos ou não). O tombamento, portanto, cabe no plano de salvaguarda de um bem tido como imaterial, a depender dos efeitos que se deseja obter deste eventual bem tombado e de como as transformações são vistas pela ótica da comunidade praticante e do órgão que faz o reconhecimento. Na Tava, por exemplo, a visão de mundo guarani e a sacralidade que ela impõe àqueles vestígios legados pelos seres ancestrais trazem a compreensão de que sobre as pedras não deve haver intervenção de qualquer tipo: nem a demolição e nem a reconstrução das ruínas. Trata-se de uma visão que converge para os efeitos do tombamento, previamente existente no local (embora neste a valoração tenha sido dada a partir de outra narrativa: a do colonizador e da Igreja Católica). O tombamento, neste caso, contribui para a preservação deste patrimônio identificado como imaterial na medida que produz efeitos que têm por objetivo preservar a ruína de pedra em sua existência e integridade física, sem descaracterização, mutilação ou, mais grave, demolição.

A discussão que tem pautado a escolha do instrumento a ser usado para o reconhecimento e proteção do patrimônio em casos onde as fronteiras material e imaterial são limítrofes, como os aqui tratados, tem sido feita não somente a partir do objeto da proteção – o que entendemos não ser suficiente -, mas também e principalmente em razão da eficácia (ou ineficácia, para sermos exatos) jurídica do registro. A fala do conselheiro Paulo Affonso Leme Machado no registro da Cachoeira de Iauaretê, bem como a de Ulpiano Bezerra de Meneses, exemplifica bem a assertiva. A razão que fundamenta essa posição decorreria da forma normativa de que se reveste a legislação voltada ao patrimônio imaterial: o decreto do Executivo. Não sendo lei em sentido estrito – isto é, não produzido pelas casas parlamentares -, sustenta-se (e esse posicionamento está presente, inclusive, nos discursos jurídicos e da procuradoria do IPHAN[328] na criação do registro e em suas primeiras aplicações) que não

[328] "Considerando que o instituto jurídico do registro não implica qualquer restrição administrativa ao direito de propriedade, nem ao uso do bem e tão pouco alguma alteração de titularidade ou reconhecimento de autoria, porquanto se trata de prática adotada por determinado grupo social, é de se afirmar que o processo em tela se

teria o condão de criar obrigações a terceiros (notadamente no caso do registro dos lugares, restrições à propriedade)[329].

Às falas sobre a eficácia jurídica do registro, acrescentamos outros insumos. Primeiramente, acolher que se possa optar entre tombamento e registro em razão da baixa eficácia do segundo significa aceitar que estamos diante de duas normas que disciplinam o mesmo objeto e, ao mesmo tempo, possuem os mesmos conteúdos prescritivos (ou efeitos); a diferença consistiria em ser uma delas uma norma "forte", enquanto a outra seria "fraca". Se assim fosse, não parece haver sentido operacional na manutenção das duas no ordenamento jurídico. Uma segunda reflexão diz respeito à relação entre o registro e o plano de salvaguarda e às comparações que frequentemente colocam o primeiro ao lado do tombamento. Se, como defendemos, há um deslocamento dos efeitos de proteção do registro para o plano de salvaguarda (obtidos por meio de cada um dos instrumentos que serão incorporados ao plano), é a partir deste que a discussão e comparação deveriam ser encampadas. Assim, se o plano de salvaguarda – como todo plano – se configura por meio da adoção concertada e dirigida de uma série de outros instrumentos, entende-se que se a eficácia ou não da política de preservação do patrimônio imaterial depende de um uso adequado e articulado destes instrumentos, a eficácia de cada medida isolada a ser alcançada deve ser avaliada, no entanto, a partir do específico instrumento utilizado para obtê-la.

---

encontra regularmente instruído em seus aspectos formais". (IPHAN/DPI, Processo nº 01450.002945/2006-24, Parecer da Procuradora-chefe, Tereza Beatriz da Rosa Miguel), dentre outros.

[329] Hermano Queiroz (2014) sustenta em sua dissertação de mestrado que o registro é instrumento hábil para produzir efeitos jurídicos, argumentando que as disposições constitucionais sobre o patrimônio imaterial teriam eficácia imediata, dado seu caráter de direito fundamental. Assim coloca (p. 75): *"*Este trabalho defende o reconhecimento da existência da cultura como direito fundamental, o que, na forma do art. 5º, §1º, dispensaria a necessidade de regulamentação da CF/88, justamente porque *'*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'". Na visão de Queiroz, ainda, não há efetivamente ausência de regulamentação infraconstitucional, visto que devem ser considerados o decreto nº 3.551, de 2000, e também o decreto nº 5.753 e o decreto legislativo nº 22, ambos de 2006, que internalizaram, em nosso ordenamento jurídico, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003). As conclusões a que chega o autor foram extraídas de casos envolvendo bens registrados onde o IPHAN foi chamado a intervir. Importante colocar que os problemas trazidos, em todas as situações apontadas, foram resolvidos a partir da mediação do IPHAN e interlocução com as partes envolvidas, não havendo judicialização das questões, o que deixa a dúvida em relação ao possível desfecho dessas histórias se acaso fossem levadas ao poder que faz a coisa julgada. Também é importante observar que, apesar de Queiroz defender o registro como um instrumento eficaz na proteção do patrimônio cultural – o que de fato ocorre, em muitas vezes -, ele não seria uma ferramenta que, individualmente, seria capaz de resolver qualquer situação: "Não há dúvida de que o registro e nem o tombamento irão solucionar definitivamente problemáticas vivenciadas pelas comunidades, ao menos no que se refere a ameaças que a materialidade dos lugares sofre constantemente, sobretudo quando se trata de questões de posse e propriedade. É possível, por sua vez, articular os instrumentos nessa realidade, buscar uma maior efetividade desses ou mesmo se aplicar apenas um deles" (p. 211). Sobre a questão da propriedade, completa: "[...] resolver o problema da propriedade, como pensam alguns, não é função originária do registro e nem do tombamento, mas não porque foram criados um por decreto presidencial e outro por decreto-lei, como pode se imaginar, mas sim porque o instrumento criado para resolução de questões de propriedade de bens culturais é a desapropriação (decreto-lei nº 3.365/1941, art. 5º, k).

Comparar tombamento e registro, portanto, não é adequado em razão da natureza distinta de cada um deles.

Feita a ressalva acima – e retomando a assertiva já feita de que só a análise do objeto da preservação não é suficiente para orientar a escolha entre registro e tombamento -, entendemos que são os efeitos deste último instrumento que precisamente determinarão sua aplicação ou não àquilo que se deseja preservar. Obviamente, tratando-se de tombamento, deve haver uma dimensão material a ser preservada – o que não significa que de forma mediata também não se preserve, pelo tombamento, a dimensão imaterial de um bem cultural. Assim, tendo como fio condutor os efeitos prescritos pelo tombamento, nos parece que trazer ao debate casos como o dos terreiros de Candomblé – tal como o da Casa Branca, ilustrado no primeiro capítulo - pode ser interessante para compreender as razões de escolha entre registrar (e lançar mão de uma série de instrumentos possíveis no âmbito do plano, inclusive o tombamento) e tombar. Essas reflexões devem ser feitas a partir das colocações de Ulpiano Meneses, no âmbito das discussões referentes ao tombamento dos lugares sagrados para o Quarup:

> Eu só notaria que a categoria Lugar, como objeto de proteção, especificamente, foi alocada pela legislação ao Registro de Patrimônio Imaterial. Mas a mesma legislação estabelece aquele trânsito de dupla mão de direção entre o tombamento e o registro, nesses casos, e significa a possibilidade de haver não só uma migração do tombamento para o registro, ou vice-versa, como também uma simbiose. (Ata da 64ª Reunião do Conselho Consultivo, de 24 de junho de 2010).

Tal como nos lugares sagrados para o Quarup, é fato que não só o Terreiro da Casa Branca, quanto qualquer outro onde a prática do candomblé esteja presente, são passíveis de registro no livro dos lugares. Retomando uma das falas do antropólogo Gilberto Velho, já citada no Capítulo 1, uma das questões a serem consideradas no Terreiro da Casa Branca era a de que "as medidas de preservação não deve[sse]m se constituir em empecilhos às mudanças próprias à manifestação religiosa que podem, inclusive, implicar em situações na organização espacial e ordem material do terreiro, para não falar nos rituais propriamente ditos e nas crenças em geral". (IPHAN, Processo nº 1067-T-82, p. 107).

Evidentemente, há nos terreiros (como em qualquer bem cultural, como temos visto), uma dimensão material. Importa saber como se deve dar a preservação desta dimensão e se isso se coaduna com as prescrições dadas pelo tombamento. A obra *O patrimônio cultural dos templos afro-brasileiros*, publicada em 2011 pelo IPHAN como resultado do *Seminário Internacional Políticas de Acautelamento do IPHAN para Templos de Culto Afro-*

Brasileiros, ocorrido em Salvador, em 2009, reúne experiências e discute problemas ainda enfrentados na trajetória de preservação dessas tipologias desde o tombamento do Terreiro da Casa Branca. Em suas reflexões, Carlos A. Amorim, então Superintendente do IPHAN na Bahia[330] afirma que, de fato, houve alteração física nos templos em razão da dinâmica do culto; todavia, os principais problemas decorreram da *"*especulação imobiliária,[d]a ocupação urbana desordenada e [d]a apropriação de espaços comuns dos terreiros por indivíduos não vinculados ao culto[331]*"* (p. 22), que resultaram na redução da área propriamente destinada aos rituais. Denis Matos (2017) afirma, a partir do estudo dos terreiros do Capivari (Ilê Axé Oyó Ní Ibecê), em São Félix, e Humpâme Ayíono Huntóloji, em Cachoeira, ambos na Bahia, que o espaço sagrado desses locais de culto, como suporte de valores para a comunidade, só é assim considerado enquanto nele habitar o axé (a energia) da divindade: toda materialidade ali existente – construções, árvores e utensílios de culto – está impregnada por essa energia que, transformando a matéria em sagrada, a torna fonte de valor para os praticantes do candomblé[332]. Os rituais - tanto os representados pelo culto propriamente, quanto por aqueles a serem seguidos para a construção das edificações e dos utensílios – são as práticas que sacralizam os objetos materiais; toda matéria está, portanto, intimamente ligada ao candomblé.

Ainda para Matos (2017), na lógica de atuação de nossas instituições de patrimônio – e aqui ele se refere especialmente ao IPHAN -, "a preservação da matéria do bem cultural e dos elementos que o constituem são os principais focos da preservação*."* (p. 19). Esta lógica, como já afirmaram Gilberto Velho na ocasião do tombamento do Terreiro da Casa Branca e Odete Dourado (2011), dentre outros, não é a mesma dos terreiros, onde a preservação se dá a partir da manutenção do axé, desta energia vital que impregna a matéria e que pode, em muitos casos, ser substituída, desde que o axé seja transferido para o novo objeto ou edificação.

---

[330]AMORIM, Carlos A. "Limites do IPHAN no trato dos templos afro-brasileiros". In: IPHAN. **O patrimônio cultural dos templos afro-brasileiros.** Salvador: MinC/IPHAN/Oiti, 2011, pp. 19-25.

[331] Os terreiros se compõem, normalmente, de uma parte voltada ao culto, sagrada, bem como de áreas para o uso cotidiano, como as residências destinadas à moradia do sacerdote do templo e de sua família. Na mesma publicação, Márcia Sant'Anna ("O tombamento de terreiros de candomblé no IPHAN: critérios de seleção e de intervenção". In: IPHAN. **O patrimônio cultural dos templos afro-brasileiros.** Salvador: MinC/IPHAN/Oiti, 2011, pp. 27-33) aponta ainda como fatores de ameaça aos terreiros a substituição de parte de seus habitantes por pessoas que não comungam a mesma crença, em decorrência de partilhas, vendas dos imóveis, alugueis ou ocupações indevidas.

[332] Neste sentido, "plantar o axé", segundo o autor (2017), é colocar no solo, enterrar, os elementos materiais portadores da energia da divindade (orixá) à qual o terreiro será consagrado.

> Na cosmovisão do Candomblé, a transitoriedade da matéria está relacionada ao ciclo de restituição. Este ciclo está presente nas práticas litúrgicas de produção de axé nos terreiros. Toda matéria retirada do ambiente natural e utilizada para obtenção, formação, manipulação e introjeção do axé, seja para iniciação, oferendas, realização de ebó [*oferenda*] ou construção de um templo, deve ser, em dado momento, reintegrado à natureza. Os elementos materiais dos quais se obtém o axé derivam da natureza, que é, por sua vez, considerada como a matéria genérica. Tendo completado o seu transcurso de existência, essas matérias individualizadas são afetadas pelo ciclo de restituição, sendo devolvidas à massa de origem. (MATOS, 2017, p. 113).

Este ciclo, no entanto, comporta exceções, visto que algumas matérias vão permanecendo no terreiro; todo o processo de substituição e permanência, contudo, é orientado pelo sagrado que impregna cada objeto ou edificação, ou pelo próprio ciclo natural de degradação, sobretudo em relação à matéria orgânica, como as árvores. Assim, há um movimento de transitoriedade e restituição das coisas à natureza que convive com objetos e edifícios que, no limite, como todos, embora não fujam à transformação, guardam um traço maior de permanência. Para os dois terreiros estudados – o que acontece também em grande parte dos demais – esses objetos sagrados, presentes nos rituais e que não são imediatamente devolvidos à natureza (ou seja, os que possuem maior permanência), são os *atinsás* (árvores consagradas para o orixá ou vodum) e os assentamentos[333].

Esse processo de transformação, dentro da cosmologia do candomblé, é orientado pela própria divindade, que estabelece a necessidade de novas construções e como elas devem ser feitas, tal como relatado em relação ao Terreiro do Huntolóji:

> Em 1971, o Candomblé era realizado em uma barraca construída pelos ogãs. Em um dos rituais ocorridos ali, Oyá, incorporada em Guaiaku Luiza, exige a construção do abassá, o salão principal onde ocorrem as festas públicas (MATOS, 2017, p. 57).

Mais adiante, nova informação que reitera a força do sagrado (da divindade) na ordenação espacial e na configuração da materialidade do templo:

> A reconstrução da casa de taipa, realizada por Guaiaku Regina, ocorreu no ano de 2010, ou seja, dez anos depois da reedificação organizada por Guaiaku Luiza. Contudo, antes de construir a casa do Vodum, *foi necessário averiguar os seus desejos e exigências com relação à sua morada*, caso houvesse a possibilidade de

[333] Também chamados *ibás*, são as principais representações materiais da divindade (orixás), tendo constituição bastante diversa, a depender da divindade a quem é consagrado. Assim, temos assentamentos compostos por pedras (*okutás*), objetos de porcelana, louças, ferro, panelas, madeira etc, ao lado de objetos de origem orgânica. Toda escolha deste material – como aliás, toda configuração do terreiro – cabe à divindade. Após ritualizados, os objetos adquirem o axé, energia que os torna sagrados. Ainda segundo Matos (2017), essa energia também pode diminuir ou mesmo acabar e, por isso, de tempos em tempos, o axé do assentamento também precisa ser renovado. Neste processo, "o principal elemento material que assegura a possibilidade de uma renovação ou de um novo despertar do axé em um ibá é o okutá, ou seja, a pedra sagrada da divindade". (p. 178). A divindade está, precisamente, assentada na pedra.

> o Vodum optar pelo pâme[334]. Não nos foi permitido divulgar como se deu essa investigação, apenas nos foi informado que *Azansú determinou que a casa de taipa deveria permanecer como a sua morada, sendo preservados os mesmos aspectos existentes na edificação anterior*. (MATOS, 2017, p. 84, grifo nosso).

Em virtude do processo de reconhecimento como patrimônio cultural – e sobretudo em razão do uso do tombamento, que tem sido tanto a prática quanto o desejo manifestado por essas comunidades -, as lógicas opostas se cruzam. Ainda segundo Matos (2017, p. 20, grifo nosso),

> Sistematicamente as congregações religiosas dos Terreiros de Candomblé tentam, num esforço contínuo, atender ao discurso conceitual das instituições preservacionistas, estando atentas às questões relativas a valores históricos, ao patrimônio cultural e a outros conceitos ideais de preservação que favorecem, numa concepção ocidental, a monumentalidade, a singularidade histórica e artística e a *imutabilidade arquitetônica*. Conceitos diametralmente opostos à realidade das comunidades-terreiros, que concebem seus territórios, edificações e espaços como *elementos dinâmicos e mutáveis, em perene processo de transformação*.

Se fundamentalmente um terreiro de candomblé se considera preservado pela comunidade praticante a partir da preservação do axé que nele habita, é importante vermos como o IPHAN tem tratado esses tombamentos. No caso do terreiro Tumba Junsara (IPHAN, processo nº 01502.002351/2013-90), tombado em 2018, as diretrizes para gestão do bem, dada por ocasião do tombamento, consideraram que:

> [...] o valor do bem tombado está naquilo que deu a forma do terreiro. Isto posto, no âmbito da autorização de intervenção deverá ser considerada a peculiaridade do caráter de segredo que rege o terreiro. *A decisão de qual e como se dará a intervenção, muitas vezes é feita a partir de orientação do sagrado*. Da mesma forma, há espaços que são restritos a determinadas pessoas, e, portanto, *qualquer ação de conservação nesses espaços deve respeitar as regras do terreiro, inclusive na escolha de quem executará os serviços*, como a exigência de ser iniciado para executar o serviço, por exemplo.
> As edificações religiosas devem permanecer térreas com recomendação de obras de melhorias. O Barracão e os assentamentos são as edificações de maior interesse de conservação *e qualquer intervenção deverá ser acordada com a liderança religiosa*.
> As edificações de uso residencial poderão ser alteradas internamente sem necessidade de autorização do IPHAN. A ampliação das residências só poderão [sic] ocorrer com verticalização de até 2 pavimentos, conforme necessidade apresentada pelos moradores e acordada com ABENTUMBA[335]. Como essas edificações são precárias e *não há interesse na preservação de sua arquitetura,* é recomendada a melhoria de fachadas e coberturas, bem como renovação, mediante autorização do IPHAN.
> *A área verde deve ser preservada* [...]. (IPHAN, Processo nº 01502.002351/2013-90. Parecer técnico nº8/2018/CGID/DEPAM, 13 ago. 2018, grifo nosso).

[334] Terra.
[335] Associação Beneficente de Manutenção e Defesa do Terreiro Tumba Junsara.

Trazemos, como comparação, o Terreiro Ilê Obá Ogunté, mais conhecido como Sítio do Pai Adão, em Recife (IPHAN, processo nº 01498.000710/2009-02). Tombado em 2018, o parecer técnico nº 5/2018/CGID/DEPAM submetido e integralmente acolhido pelo Conselho Consultivo estabeleceu as diretrizes para o tombamento. Dispensando a área envoltória, em virtude desta já ser densamente ocupada e de não haver razão para garantia da visibilidade, a poligonal de tombamento indicada recaiu exatamente sobre o lote ocupado pelo Terreiro, que foi dividido e categorizado em três setores: i. Setor A – composto pelos principais espaços religiosos, fundamentais para as práticas de culto, como o salão, cozinha, quarto de iniciação etc.; ii. Setor B – espaço de área verde e de uso comum do terreiro, onde estão o pátio, quintal e caminhos; ali estão as árvores sagradas. Por fim, o Setor C – formado por edificações residenciais e de produção; nele havia também um espaço vazio onde estava prevista a construção de um equipamento educacional. De forma geral, estabeleceu-se que intervenções de rotina, entendidas como reformas simplificadas e de manutenção, bem como instalações provisórias podem ter a execução previamente acordada e aprovadas em um calendário anual. Para novas construções, considerou-se haver espaço disponível para tanto (até com previsão para algumas delas). Indicou-se que deveriam ser planejadas e debatidas de modo colegiado entre o IPHAN e representantes do terreiro, "levando em conta as necessidades do sítio e seus valores culturais a serem preservados. Devem ser planejados dentro dos critérios para cada setor e analisadas e acompanhadas pelo IPHAN dentro de suas prerrogativas". (IPHAN, processo nº 01498.000710/2009-02, Parecer Técnico nº 5/2018/CGID/DEPAM). Em relação a cada setor analisado, foram as seguintes as diretrizes para tombamento:

Setor A – realização de manutenção e serviços rotineiros devem ser pactuadas antecipadamente entre a comunidade envolvida e o IPHAN. Ficaram permitidas alterações internas e expansões horizontais, autorizando-se o adensamento construtivo até o limite de 80% de ocupação do setor, em razão da pouca área disponível. As edificações devem ser mantidas com apenas um pavimento, tanto as existentes quanto futuros acréscimos. Ficaram vedadas demolições dos edifícios que configuram o pátio.

Setor B – instalações temporárias não deverão se destacar na paisagem; estabelecimento de um Comitê Gestor que oriente e pactue melhores soluções de intervenções de caráter

temporário e, por fim, prioridade na conservação das características ambientais, em especial a das árvores sagradas.

Setor C – de acordo com as prescrições, entendeu-se que

> A presença das residências conta a história da formação do terreiro, portanto, atributo de valor histórico; contudo, não há interesse de preservar a tipologia arquitetônica. Pelo contrário, considerando as condições precárias de construção, a renovação (quando for viável e de interesse da comunidade) é interessante para preservação do valor paisagístico do bem. (IPHAN, Processo nº 01498.000710/2009-02, Parecer Técnico nº 5/2018/CGID/DEPAM).

Tendo em conta as considerações acima, como critérios de intervenção foram colocadas a autorização de acréscimo vertical, até o limite de dois pavimentos, no conjunto situado do lado norte, e autorização de reformas, ampliações ou demolições mediante autorização e orientação e de acordo com decisões envolvendo o IPHAN e as instâncias de gestão do sítio.

Por fim, há recomendações de salvaguarda elaboradas conjuntamente com o líder religioso do terreiro e, segundo Parecer Técnico nº 5/2018/CGID/DEPAM, as mesmas representam uma reflexão importante e incomum nos processos de tombamento, mas que vêm se desenvolvendo no âmbito do Grupo de Trabalho Interdepartamental para Preservação do Patrimônio Cultural de Terreiros - GTIT[336]: trata-se de estabelecer estratégias não apenas voltadas à preservação da materialidade, "mas de todas as dinâmicas que envolvem esse fazer cultural que se quer preservado". (IPHAN, Processo nº 01498.000710/2009-02, Parecer Técnico nº 5/2018/CGID/DEPAM)[337].

Fugindo à tipologia e uso dos terreiros, o tombamento do Teatro Oficina, em São Paulo, também nos traz importantes insumos para o debate. Assim como nos casos anteriormente vistos, o Oficina permite reflexões que ajudam a pensar a aplicação do tombamento quando o bem a ser protegido assume – dentre outros que pode ter – valores bastante ligados à prática cultural e/ou aos usos que se lhe associam.

Após um processo bastante polêmico, iniciado em 2003 - em meio a idas e vindas entre os departamentos que cuidam do patrimônio material (DEPAM) e imaterial (DPI) do IPHAN,

[336] Constituído pela portaria IPHAN, nº 489, de 19 de novembro de 2015, cabe ao GTIT elaborar e propor diretrizes e critérios para identificação, reconhecimento e preservação dos bens ligados aos povos de matrizes africanas.

[337]Dentre essas medidas, totalmente compatíveis ao que se vê nas recomendações de salvaguarda estabelecidas nos processos de registro, estão: realização de oficinas para ensino da língua iorubá e para o conhecimento das folhas sagradas; criação de um Comitê Gestor para preservação e salvaguarda do Terreiro, visando à avaliação de futuras intervenções, que deverão ser de caráter pactuado; atualização do calendário de fiscalizações do IPHAN em ajuste com o calendário de festas do Terreiro.

e acumulando pareceres técnicos favoráveis e contrários -, o Teatro foi tombado, em 2010. O pedido de tombamento ao IPHAN se deu em meio à luta do Teatro Oficina com o Grupo Silvio Santos, proprietário do imóvel vizinho e que desejava construir torres comerciais e um shopping no local. Tais construções, segundo os representantes do Oficina, causariam prejuízos ao bem tombado (neste momento, em âmbito estadual) e poriam fim ao plano de expansão do Teatro, onde o desejo era ver concluído o projeto de Lina Bo Bardi, que transbordaria de seu invólucro arquitetônico e se espraiaria pelo lote vizinho e arredores. Efetivamente, há questões muito interessantes neste caso, relacionadas à dimensão urbana e seus possíveis instrumentos para preservação, à interface entre tombamento e áreas envoltórias e, ainda, às relações entre os entes federativos na proteção do patrimônio cultural. Todavia, o caso será aqui analisado a partir da relação entre as dimensões material e imaterial e o uso do tombamento, questão central nesta tese. Para tanto, muito embora os processos até agora trazidos sejam relacionados ao órgão de patrimônio da União, trabalharemos também com documentos originados no CONDEPHAAT (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo)[338], que ilustram bem os problemas entre o desejo de reconhecer como patrimônio uma realidade bastante dinâmica e as tensões que isso impõe ao tombamento.

O pedido para tombamento no órgão estadual foi motivado, no início dos anos 80, pela proposta do Grupo Silvio Santos em adquirir o imóvel onde se instalara o Teatro, e de onde o grupo era, então, apenas inquilino. Mobilizando artistas e simpatizantes, a repercussão na mídia foi importante para que o imóvel fosse desapropriado e assim concedida a permissão de uso, por 99 anos, para o Grupo Oficina. O tombamento veio neste contexto, ocorrendo antes da desapropriação. Em relação às suas características arquitetônicas, no momento do protocolo oficializando o pedido, o Oficina havia passado por duas configurações espaciais: inicialmente, com projeto de Joaquim Guedes, o palco seguia modelo bastante tradicional (ficava na frente, seguido da plateia). Após sofrer um incêndio, em 1966, foi reconstruído seguindo projeto de Flavio Império e Rodrigo Lefévre, com a mudança do palco para o centro, e a plateia disposta ao redor. Esta era a configuração espacial quando da solicitação do tombamento no CONDEPHAAT. O laudo técnico, assinado por Flavio Império, apontava alguns elementos do imóvel a serem valorizados pelo tombamento: "A velha casa original, nas suas dependências de fundos: porão, alpendrado e salas, cobertura e caixilharia de

[338] Até porque esta demanda não se limitou ao âmbito estadual, sendo tratada também, anos depois, pelo IPHAN.

madeira". E: "A metade da frente transformada em sala de espetáculos com suas paredes de contorno descascadas de revestimento, revelando no assentamento dos tijolos suas funções primeiras: arcadas dos porões, paredes de apoio do telhado, intercecção [sic] de paredes etc". (CONDEPHAAT, Processo nº 22368/82. Ata nº 542). Contudo, valorizando as experimentações teatrais que eram marca do Grupo, também preconizava um novo conceito de tombamento[339] – que foi anotado ao final de seu parecer como "Observação" -, cujo objetivo era permitir a continuidade dos trabalhos do Grupo Oficina, ao mesmo tempo em que se garantisse a realização do projeto que Lina Bo Bardi havia feito para o local:

> O "teatro" Oficina passou por vários tipos de organização interna da relação palco-plateia; atuante-espectador. *Esse fator constitui-se em parte integrante de suas pesquisas: "o espaço da cena*". Um dos elementos básicos da sua pesquisa de linguagem eminentemente teatral. *Seu "tombamento" não deveria, portanto, considerar "fixo", congelado, o seu equipamento interno, para não estrangular as novas ou futuras propostas de pesquisa do Grupo* [...]. (CONDEPHAAT, processo nº 22368/1982, Parecer de Flávio Império, grifo nosso).

No Conselho, o relator do processo foi Ulpiano Bezerra de Meneses que, analisando a materialidade sobre a qual incidiria o tombamento, concluiu, favorável à medida de proteção: *"*[...] o imóvel passou por amplas reformas, mas não perdeu todas as características originais que permitem identificá-lo como "'um casarão do Bexiga'". (CONDEPHAAT, processo nº 22368/1982). Sobre as reformas, que chegaram praticamente com o pedido de tombamento, Ulpiano se manifestou, reafirmando a adequação deste instrumento apenas para a cultura material:

> Revele-se aqui, problema que deverá ser reconsiderado pelos proponentes do tombamento. O tombamento é medida que incide *sempre* e *exclusivamente em bens materiais, físicos.* A noção de patrimônio cultural é bem mais abrangente, pois inclui de posturas corporais a hábitos da fala, formas de agir e de pensar, práticas, cerimônias, objetos, estruturas, intervenções na paisagem, etc... Somente podem ser tombados, porém, os bens móveis e imóveis, de caráter material. A este respeito, a lei é bem clara e basta atentar para as condições de registro a que ela alude (art. 140 do Decreto 13.426). Há outras formas de preservação do patrimônio cultural que não apenas as legais, e outras formas legais, que não o *tombamento.* Contudo, como instituto legal, o tombamento se circunscreve tão só à *cultura material,* não se tombando conceitos, tradições não materiais, ou, como já se viu, usos. Assim, se o objetivo for apenas a preservação de uma instituição e de um

[339] Manifestação neste sentido também havia sido posta pelo próprio José Celso Martinez, quando protocola o pedido de tombamento no CONDEPHAAT pela segunda vez, tão logo fora indeferido pelo Conselho: "Não se trata de preservação arquitetônica, mas ao contrário – da proteção à continuidade e ao crescimento desse bem cultural coletivo que pede agora exatamente uma transformação arquitetônica substancial que permita sua existência contemporânea". (CONDEPHAAT, Processo nº 22368/1982, grifo do autor). Já tombado, o diretor protocola em 1983 comunicação de obra no espaço cênico, com projeto de Lina Bo Bardi: "No laudo do tombamento, Flavio Império dizia que o que era tombado era o bem cultural Oficina e a própria invenção do espaço cênico que o Oficina e outros teatros do bairro do Bexiga criaram." E, mais adiante: "O direito à mutação permanente do espaço cênico, isto que é tombado. Tombamento revolucionário". (idem).

> certo tipo de ação, em detrimento de um suporte físico, não cabe tombamento. Admitindo-se, como diz o proponente da medida, a fls. 50, "*uma transformação arquitetônica substancial que permite sua existência contemporânea*", a medida mais adequada não é o tombamento, mas a desapropriação [...]. Em suma, embora se admitam reformas e adaptações (que sempre dependeriam da autorização prévia do órgão tombador), o tombamento não pode comprometer aquelas características materiais de um suporte físico cujo mérito foi reconhecido. (CONDEPHAAT, Processo nº 22368/82).

Não obstante o alerta, mesmo tombado, o Teatro Oficina foi modificado sem que o Conselho tivesse sido ouvido[340]. A partir dessas obras, o Teatro entra em sua terceira versão, com projeto de Lina Bo Bardi e com mais uma importante inovação cênica: o deslocamento do palco de uma das extremidades para ocupar, verticalmente, quase toda a extensão lateral. É com essas características que, anos depois (2003), o pedido é protocolado no IPHAN. Neste momento, a grande preocupação dos representantes do Teatro Oficina era a defesa do projeto de Lina Bo Bardi e, para tanto, o estabelecimento de uma área de entorno que pudesse garantir a arquitetura prevista em seus riscos. Muito embora as observações sobre a flexibilidade do tombamento, tal como feito no parecer de Flavio Império para o CONDEPHAAT, não tenham sido colocadas no pedido feito ao IPHAN[341], a questão do experimentalismo nas artes cênicas, que é a marca do grupo, e suas implicações espaciais parecem ter sido considerados pelos técnicos do órgão federal. No âmbito do processo, dessa forma, foram levantadas questões sobre a aplicabilidade do tombamento a uma realidade essencialmente mutável. Dalmo Vieira Filho, à época diretor do DEPAM, fez algumas reflexões, admitindo, para o caso, sua viabilidade:

> Assim, também o "quesito 2" que se refere ao aprofundamento da reflexão sobre se o tombamento pode ou não ser destituído de materialidade a ser preservada, e se seria admissível ou não pensar em sítio ou materialidade "suporte" do significado histórico e não apenas e exclusivamente da materialidade como essência indissociável do valor cultural. (IPHAN, Processo nº 01450.005674/2008-21, grifo nosso).

Na sequência:

> O reconhecimento de valor estabelecido pelo tombamento pode traduzir-se em uma permanente consagração do sítio geográfico (uma permanente especificação deste espaço) como tendo sido o local de atuação do Oficina. Independentemente

[340] Tão logo era tombado, o proponente já aludia a necessidade de obras que modificariam o interior do teatro. Em 28 de abril de 1983, solicita formalmente ao Conselho apreciação de um plano de obras que, na prática, já se encontrava em andamento, como comprova a denúncia de obra irregular no local, anexada ao processo e com a data do dia seguinte ao pedido de análise. (CONDEPHAAT, Processo nº 22368/82).

[341] Em uma das várias reiterações que Zé Celso fez para o reconhecimento do Oficina no IPHAN, coloca como importantes pontos a serem preservados 'os principais elementos cênicos do Teatro tombado, sua estética, sua ética e estética ecológica, a luminosidade natural advinda do ambiente externo, os ventos, a acústica de Teatro ao Ar Livre [...]".(IPHAN, Processo nº 01450.005674/2008-21).

> do edifício atual, trata-se de área pública, cuja destinação como teatro parece irreversível. O tombamento seria, mais do que outra coisa, um elo permanente da atividade artística que em qualquer tempo vier a ocorrer no local, com o Oficina, seu tempo, seu contexto, sua história e sua atividade. *O tombamento teria um efeito quase que declaratório*, estabelecendo uma espécie de campo santo da cultura, do patrimônio e do teatro brasileiro naquele sítio. (Idem, grifo nosso).

A dinâmica de sua realidade, por outro lado, não o credenciou a ser registrado como patrimônio imaterial (pedido este, aliás, nunca feito pelos interessados). Nas palavras de Márcia Sant'Anna, na época diretora do Departamento de Patrimônio Imaterial do IPHAN, estão os motivos para a recusa:

> Este projeto [o de Lina] é, sem dúvida, a 'concepção arquitetônica, urbanística e paisagística que corresponde às ideias e concepções artístico-teatrais' do grupo teatral em causa, conforme consignado no parecer anexo. Ideias que, *ainda que não possam ser associadas a um grupo social ou à vida cotidiana do local onde se desenvolvem – o que, sem dúvida, possibilitaria o seu registro* -, conferem sentido ao espaço que as abriga e o tornam um marco urbano da cidade de São Paulo e uma referência cultural para o país. (IPHAN, Processo nº 01450.005674/2008-21, grifo nosso).

O Teatro Oficina foi oficialmente reconhecido pelo IPHAN, que conclui o processo em 2010. Há neste caso um tensionamento bastante forte ao qual é submetido o tombamento, evidente não só nas discussões sobre abrir mão da materialidade (em termos exatos: desconsiderar a incidência dos efeitos de preservação da matéria dados pelo decreto-lei nº 25), mas também nas alterações que, à revelia do órgão, foram feitas tão logo era tombado no âmbito estadual. Para iluminar as discussões possíveis em casos como os até agora relatados, convém, por fim, abordar o tombamento do Estádio do Maracanã[342].

5.1.4 – Desmaterialização do tombamento

O tombamento do Estádio Jornalista Mário Filho, popularmente conhecido como Estádio do Maracanã, teve início em 1983, por solicitação de Marcos Vilaça, então Secretário de Cultura do Ministério da Educação e Cultura. Tal pedido fazia parte do mesmo contexto de abertura do patrimônio cultural para tipologias até então não consideradas – e onde temos tombamentos como o do Terreiro da Casa Branca e o da Fábrica de Vinho de Caju Tito Silva. Em 1999, notadamente motivado por algumas alterações que se faziam (como a instalação

[342] IPHAN, Processo 1094-T-83.

de cadeiras coloridas nas arquibancadas, ainda consideradas reversíveis), o IPHAN expede a notificação de tombamento provisório.

Ao longo do processo, vários técnicos se manifestaram favoravelmente à proteção; nunca se cogitou, contudo, o reconhecimento em razão de suas características arquitetônicas, mas sim por ser referência para o povo brasileiro, o templo da prática esportiva não somente mais popular do país, quanto também bastante viva[343]. Em parecer de 2000, a arquiteta Cláudia Girão sugere reenquadramento do pedido original quanto ao Livro de Tombo onde o Estádio eventualmente viesse a ser classificado, caso a decisão fosse favorável: do Livro de Tombo Histórico, deveria migrar para o Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, visto que os valores etnográficos e paisagísticos do Estádio superariam quaisquer outros[344]. A decisão, com a inscrição no Livro de Tombo sugerido, deu-se na 21ª Reunião Ordinária, ocorrida em 13 de abril de 2000. Em seu parecer, o conselheiro relator, Nestor Goulart Reis Filho, frisa que

> O Urbanismo e a Arquitetura (sobretudo as obras de uso coletivo) têm uma dimensão simbólica, que ultrapassa os limites dos aspectos utilitários. Mas poucas vezes a monumentalidade reúne qualidades simbólicas de caráter democrático. Em geral, as obras monumentais são afirmações de poder sobre o povo. Neste caso, ocorre o contrário. O Maracanã tem a monumentalidade da massa que o utiliza, a qual representa. *Não deve ser descaracterizado*. No Brasil, dada a fragilidade das instituições democráticas e da cidadania, é comum os monumentos e espaços de uso popular *serem abandonados e descaracterizados*. A dimensão simbólica das grandes obras e dos grandes espaços de uso popular e a manutenção de um nível elevado de qualidade nessas obras e nesses espaços é um objetivo cultural relevante. Manifesto-me pela aprovação, congratulando-me com o povo do Rio de Janeiro pelo valor simbólico de seus monumentos. (IPHAN, Ata nº 21, de 13 de abril de 2000, grifo nosso).

Por ocasião do tombamento, o Maracanã passava por algumas obras e um dos conselheiros indaga qual seria a consequência disso acaso fosse tombado. O relator toma a palavra e

---

[343] Pelo tombamento, ficava explícito "o interesse pelo Estádio enquanto símbolo da prática viva do futebol e não enquanto valor emergente da arquitetura esportiva nacional". (IPHAN, Processo 1094-T-83, parecer de Luiz Fernando Franco – Diretoria de Tombamento e Conservação (DTC)).

[344] Não nos cabe aqui trazer definições científicas do que é Etnografia, tanto pela falta de competência para isso, quanto por fugir às razões desta tese. No entanto, é importante registrar que o termo foi usado no processo com o sentido de uma ciência ou metodologia ligada à compreensão da cultura e do comportamento de grupos sociais. Há, portanto, relação com as manifestações e práticas culturais – em outros termos, com a cultura em sua dinâmica: o conhecimento das crenças, modos de falar, de se divertir etc. Nesse sentido, especificamente para o caso, o futebol e o congraçamento das torcidas são reconhecidos e valorizados no tombamento do Estádio. Para o conselheiro José Simões de Belmont Pessoa, o valor etnográfico do tombamento do Maracanã residia não [n]"a obra de arquitetura, mas [n]o cenário desse grande congraçamento". (IPHAN, Ata nº 21, de 13 de abril de 2000). A título de exemplo, fazem parte do Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico o Terreiro da Casa Branca (bem como os demais terreiros) e o Presépio de Pipiripau, onde se identifica o valor etnográfico. Para a grande maioria dos outros bens inscritos neste Livro, nota-se o reconhecimento, sobretudo, do valor paisagístico, de que são exemplos os conjuntos arquitetônicos e paisagísticos de Lençóis, Mucugê e Porto Seguro (BA), dentre vários outros.

explica seu ponto de vista, exemplificando a partir da colocação de cadeiras coloridas nas arquibancadas: "A única que me surpreendeu, de início, foi a cor das cadeiras e, no próprio processo, foi considerada irrelevante. Realmente, *o grande cenário é o do estádio em uso*, quando as pessoas estão lá vibrando, é o que consta do processo, eu não fui verificar *in loco*"[345]. (IPHAN, Ata nº 21, de 13 de abril de 2000, grifo nosso). Assim, as mudanças poderiam ser aceitas desde que não houvesse descaracterização do bem; o uso de novas tecnologias, de adaptação para melhoria da segurança, dentre outros, foram temas recorrentes na fala de muitos conselheiros, que sinalizavam que o tombamento não deveria se opor a isso. Num dos pareceres do processo, a arquiteta Cláudia Girão também se refere às adaptações, ressaltando que:

> O tombamento do Maracanã não impedirá que se introduzam intervenções que visem modernizar e aprimorar a qualidade do serviço oferecido, as quais são certamente inerentes à sua categoria de estádio oficial. Essas intervenções devem, contudo, respeitar a essência da obra e se condicionar às premissas de sua preservação como patrimônio histórico e artístico nacional. (IPHAN, Processo nº 1515-T-04).

Alguns anos após o tombamento, com as alegadas adaptações a serem feitas no Estádio para a Copa (2014) e Olimpíadas (2016), dentre outras intervenções, a retirada da marquise[346] foi autorizada pelo então superintendente do IPHAN no Rio de Janeiro. Não trabalharemos aqui com motivos que deram base ao pedido e sua aceitação (como o alegado comprometimento estrutural e as exigências da FIFA, dentre os mais recorrentes); nossa análise tem por objeto o manejo de um conceito de tombamento pautado na flexibilidade, fundamentado principalmente nos usos que se dão no espaço, presente, como vimos, não só no caso do Estádio do Maracanã, mas também no Terreiro da Casa Branca e no Teatro Oficina. Ao emitir autorização para que a EMOP (Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro) pudesse demolir a marquise, o então superintendente do IPHAN no Rio de Janeiro,

---

[345] No processo, registra-se a alteração das cores das cadeiras; contudo, além de reversível, o fato das pessoas estarem sentadas na maioria do tempo foi considerado como atenuante do impacto visual.

[346] "A tradicional estrutura de mais de 60 anos do Maracanã ficará apenas na lembrança dos saudosistas. Uma das marcas do estádio teve a retirada concluída nesta quarta-feira: a marquise do estádio não existe mais." (ESPN, 27 de outubro de 2011, grifo nosso. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/223177_maracana-perde-velha-marquise-para-ganhar-nova-cobertura>. Acesso em 25. fev. 2020). Também: "Uma das críticas de muitos torcedores ao novo estádio se refere à descaracterização do Maracanã. Visualmente, o estádio, agora chamado de arena, acabou um tanto quanto pasteurizado, bem parecido com outras construções europeias". (ESPN, 29 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/326126_fora-da-festa-zico-fala-de-injustica-no-maracana-e-aceita-convite-do-fla-para-pontape-inicial-no-estadio>. Acesso em 25. fev. 2020). A respeito de outras alterações, também feitas para a Copa do Mundo de 2014: "O projeto do novo Maracanã *vai acabar com um dos marcos arquitetônicos* do mais tradicional estádio brasileiro: a divisão entre a arquibancada e as cadeiras*".* (Folha online, 21 de setembro de 2010, grifo nosso. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk2109201027.htm>. Acesso em 25. fev. 2020).

Carlos Fernando de Souza Leão Andrade, argumentou que o Maracanã não estava inscrito no Livro de Belas Artes e, por isso, o tratamento quanto à preservação da materialidade não estaria adstrito a parâmetros rígidos. Ao falar sobre os quatro livros de tombo, afirmou (corretamente) que o decreto-lei nº 25 não fez diferenciação quanto ao tratamento que o IPHAN daria aos bens respectivamente inscritos em cada um deles. Todavia, na sequência, numa interpretação que ultrapassou a *mens legis*, colocou que "o bom senso e o princípio da razoabilidade terão que ser chamados a esclarecer decisões que podem trazer contradições terríveis, entre estas diversas razões para um tombamento". (Ofício GAB/IPHAN-RJ/nº 0426/11, anexado na ação civil pública nº 0010924-18.2011.4.02.5101 – TRF2). Evocando o parecer do Conselheiro Nestor Goulart, retoma o trecho final "ele não pode ser descaracterizado" e dá início à sua construção:

> A questão ainda que se coloca é a "descaracterização", entendendo-se como perda de determinada característica.
> Que característica, ou essência como chama Girão, deve ser preservada no Maracanã?
> Sua estrutura, por exemplo, é de fato interessante, pois não se tem fronteira definida entre pilares, vigas e cobertura. Trata-se de uma rotação interna de uma hipérbole em torno de um eixo central, supostamente existente no meio do gramado.
> Porém, não se faz referência a essa estrutura em qualquer dos pareceres citados e, caso isso ocorresse, dever-se-ia inscrevê-lo, sim, no Livro de Belas Artes, o que não aconteceu.
> [...]
> Parece-nos, por fim, que a principal característica do Maracanã *é algo que o aproxima do conceito, relativamente recente, de Patrimônio Imaterial, que aqui se revela através da inscrição no Livro Etnográfico*.
> *A imaterialidade sustenta o estádio concreto*. É o espetáculo das torcidas que, por 60 anos, fizeram a sua história e o seu espírito. (Ofício GAB/IPHAN-RJ/nº 0426/11, anexado na ação civil pública nº 0010924-18.2011.4.02.5101-TRF2, grifo nosso).

A autorização conferida para demolição da marquise gerou revolta entre muitos conselheiros, sobretudo naqueles que haviam participado do tombamento:

> Evidentemente o Superintendente do IPHAN no Rio de Janeiro tem toda razão quando diz que a torcida do Flamengo, o fantasma que habita ali é um bem imaterial; também a religião que habita a Catedral de Chartres, na França, é imaterial. Mas a igreja é material; na pirâmide existem valores espirituais que, obviamente, são imateriais, todos os bens com valores imateriais são tombados como materiais, para que se possa preservar os valores que ali residem ou que ali cavalgam, que esses nunca são materiais. (IPHAN, Ata da 68ª Reunião do Conselho Consultivo, manifestação do conselheiro Ítalo Campofiorito).

Na sequência, o Conselheiro Ulpiano Meneses também pediu a palavra:

> [...] me sinto na obrigação de apontar dois gravíssimos desvios de conceito, escandalosamente inaceitáveis, principalmente por quem teria a responsabilidade

> de ter um encaminhamento de outra natureza. Em primeiro lugar, imaginar que o valor simbólico tem o efeito de desmaterialização; é exatamente o contrário que acontece. O valor simbólico, no limite, leva ao fetichismo; é só ver o que é o talismã. [...] Em segundo lugar, e aí eu retomo o que disso e Conselheiro Ítalo Campofiorito, não há bem material tombado sem uma dimensão imaterial, não é possível que alguém que tenha responsabilidade institucional neste órgão ignore isto. (IPHAN, Ata da 68ª Reunião do Conselho Consultivo).

A revolta não se limitou apenas aos Conselheiros do IPHAN: o inconformismo com a situação resultou na judicialização do caso, por meio de uma ação civil pública (TRF2, nº 0010924-18.2011.4.02.5101) e de uma ação popular (nº 2011.51.01.010620-7), com pedido liminar para a suspensão da demolição da marquise e, no mérito, a anulação do referido ato administrativo que conferiu a autorização.

Na petição inicial, rebatendo os argumentos que autorizaram a demolição – notadamente o que defendia que, à exceção do Livro de Belas Artes, o tombamento não necessariamente protegeria a materialidade dos bens inscritos nos outros Livros -, o Ministério Público Federal alegou, citando expressamente o artigo 17 do decreto-lei nº 25:

> "*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 Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas*", a teor do disposto no art. 17 do Decreto-Lei 25/1937. Note-se que o referido dispositivo não excepciona nenhuma classe de bens (materiais) tombados, razão pela qual o Estádio Jornalista Mário Filho, inscrito no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, nos termos do art. 4º, faz jus, sem reservas, a essa proteção legal. (TRF2, Ação civil pública nº 0010924-18.2011.4.02.5101).

Em primeira instância, consta de parte da sentença, que não deu provimento ao pedido do MPF (Ministério Público Federal):

> Ora, seguindo essa linha de raciocínio, o novo projeto do Maracanã e, consequentemente, a derrubada da marquise e construção de nova cobertura não alteram as características que ensejaram a qualificação do estádio para fins de tombamento, tendo em vista que seu aspecto de "monumentalidade" foi preservado, ainda que, com a nova alteração, sua capacidade máxima tenha sido, mais uma vez reduzida, agora para 78.838 espectadores, aproximadamente.[...]
> Conclui-se, portanto, que o Maracanã como bem tombado inscrito no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico pode sofrer intervenção para sua modernização, com o objetivo de oferecer mais conforto e segurança aos torcedores, o que, inclusive, *resguarda o motivo principal de seu tombamento, ou seja, sua preservação como estádio* para realização da prática do principal esporte nacional e manifestação cultural de seus admiradores. Apenas a sua total demolição ou sua utilização exclusiva para outros fins que não sejam a realização de jogos de futebol violaria o propósito específico de seu tombamento (o seu simbolismo sociológico). (TRF2, Ação civil pública nº 0010924-18.2011.4.02.5101, grifo nosso).

Na Remessa Necessária, confirmou-se a decisão da primeira instância:

> Os elementos colhidos nos autos evidenciam que *a demolição da marquise não viola o tombamento, já que esse não teve como requisito os atributos arquitetônicos do estádio, mas sim, o seu aspecto sócio cultural*. (TRF2, Ação civil pública nº 0010924-18.2011.4.02.5101, grifo nosso).

O que se percebe nas decisões judiciais é o acolhimento do discurso que, para citar expressão do Conselheiro Ulpiano Meneses, desmaterializa o tombamento. Essa desmaterialização está presente tanto na fala do Superintendente do IPHAN do Rio de Janeiro, quando tenta transmitir a ideia de que apenas aos inscritos no Livro de Tombo de Belas Artes estariam reservados os efeitos do tombamento relacionados à preservação da matéria, quanto no pedido do Teatro Oficina, quando se afirma que o Teatro deveria ser reconhecido, mas que o tombamento devia ser tratado como "revolucionário", não considerando fixas ou congeladas as instalações internas, dentre outros.

Tal interpretação, que liga os efeitos do tombamento somente ao Livro de Belas Artes, embora incomum, já havia surgido em outros casos judiciais, como o do próprio Teatro Oficina, em 2001:

> Por derradeiro e a título de ilustração, pelo que se depreende da leitura atenta da peça de fls. 242/250, a causa do tombamento deveu-se às atividades culturais desenvolvidas no local ao longo do tempo e por via de consequência, ao prédio. O que preponderou, portanto, foi a Cultura e não o imóvel [sede do Teatro Oficina] marcado pelo empreendimento artístico. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 250728-5/00 na Ação Civil Pública nº 9023819-76.2001.8.26.0000, voto do Desembargador Geraldo Lucena).

A continuação deste raciocínio será retomada em voto de outro desembargador, com o fechamento de que não haveria prejuízo à visibilidade do bem justamente porque o tombamento não se pautara em critérios ligados às belas artes:

> Essa autorização [de construir na área envoltória], que agora se repete por duas vezes para a realização da obra pretendida pela agravada, no mínimo lança dúvidas a respeito do alegado prejuízo à visibilidade estrita do bem tombado - que, *insista-se, foi objeto de tombamento por razões exclusivamente históricas e não especificamente por sua arquitetura externa ou interna* - e à qualidade ambiental que envolve seus arredores. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 250728-5/00 na Ação Civil Pública nº 9023819-76.2001.8.26.0000, voto do Desembargador Gonzaga Franceschini, grifo nosso).

É preciso olhar com cautela algumas interpretações que têm sido dadas ao decreto-lei nº 25 e o potencial que isso tem para impactar, negativamente, a preservação do patrimônio, sobretudo nos casos em que as questões são judicializadas. Este decreto-lei tem, numa de suas partes mais significativas, vários conceitos indeterminados: trata-se do artigo 1º e seus

parágrafos, onde se define o patrimônio cultural (histórico e artístico, conforme leitura estrita e correspondente às primeiras décadas de sua aplicação). Tomando as reflexões de Massimo Severo Giannini (1976), como apontadas na Introdução, o conceito de patrimônio ali abrigado importa como conceito jurídico; no entanto, é construído a partir do reenvio de seus termos a outras áreas do conhecimento. Em nossa realidade, onde há um sistema jurisdicional unificado, eventual conflito que tenha por mérito o valor cultural e que seja levado ao Poder Judiciário será ali resolvido, com todas as dificuldades e problemas que o controle jurisdicional de atos discricionários envolve[347]. A opção, contudo, pela definição a partir de conceitos indeterminados revela-se a mais adequada, sobretudo se considerada a historicidade do conceito de patrimônio; listas taxativas, como as que aconteciam na Itália com a Lei Bottai, do final dos anos 30, mostraram o quanto a lei é incapaz de resistir a essa realidade cambiante.

Por outro lado, é necessário que se observe o decreto-lei nº 25 naquilo que o vocaciona à proteção das dimensões materiais de um bem cultural. Por uma interpretação gramatical da norma, resta evidente no artigo primeiro sua vinculação à proteção destas dimensões, visto que coloca como passíveis de tombamento os bens móveis e imóveis e, mais adiante, os monumentos naturais, sítios e paisagens. Materiais, portanto. Como vimos, imediatamente antes do decreto-lei nº 25 ser criado, o anteprojeto de Mário de Andrade previa uma série de categorias patrimonializáveis e, exemplificando-as, o autor falava em folclore, no qual incluía vocabulário, cantos, lendas etc. No decreto-lei nº 25 explicitamente optou-se por não considerar, naquele momento, tais manifestações de natureza imaterial e o trabalho que se seguiria por meio da ação dos técnicos encarregou de dar a este acervo material contornos próprios. Nos anos 80, as demandas que colocaram o tombamento em face de uma realidade bastante nova geraram reflexões sobre o problema de aplicação dos efeitos deste instrumento a situações dinâmicas. No entanto, pela força simbólica de reconhecimento – recordando que até a Constituição de 1988 a definição de bens culturais não dispunha de assento constitucional -, bem como pela então inexistência de outros instrumentos, assim como, em

[347] Questões desse tipo têm sido bastante comuns em ações civis públicas, onde as demandas por reconhecimento e preservação, muitas vezes ante a recusa do órgão de patrimônio competente, têm sido levadas ao Judiciário. Em razão de, nesses casos, ser conferida a valoração por este poder, o tema tem sido abordado no âmbito do Direito como discussão acerca da possibilidade de tombamento pelo Poder Judiciário.

alguns casos, a associação de incentivos financeiros exclusivamente aos bens tombados[348], fizeram do tombamento a única escolha possível.

Todavia, as reflexões geradas naquele contexto, as dificuldades enfrentadas e o receio de que o decreto-lei nº 25 restasse enfraquecido, alimentaram a produção normativa que se seguiu, como a que deu origem ao artigo 216 da Constituição Federal e ao decreto nº 3.551, de 2000. Nos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte, fica evidente a necessidade de reconhecimento do patrimônio imaterial tanto quanto a criação de instrumento distinto do tombamento, apto a preservar a nova tipologia de maneira mais adequada e eficaz, tomando por premissa suas singularidades:

> Deve-se enunciar, no plano constitucional, *outros meios de proteção e de ação além do consagrado instituto do tombamento* (...). A Constituição deve consagrar a figura da inventariação dos bens culturais, de natureza patrimonial ou de atividades de fazer (processos industriais e artesanais), locais de convívio religiosos ou cívicos. (...) O inventário, além de registrar com as técnicas adequadas e sem nenhuma limitação todos os bens e manifestações culturais de valor referencial para a memória nacional, funcionará como novo instrumento de proteção complementar ao tombamento. (MINC/SPHAN. Sugestões à Assembleia Nacional Constituinte, 1987, p. 03-09 Apud PAIVA, 2019, p. 79, grifo nosso).

Temos aí a vontade que foi acatada pelo legislador e podemos afirmar que havia consenso entre especialistas[349] que alimentaram as Comissões e Subcomissões formadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte em dar ao patrimônio denominado imaterial instrumentos jurídicos distintos do tombamento, capazes de oferecer proteção adequada à sua natureza. Entendia-se e confirmava-se, dessa forma, o tombamento como ferramenta de proteção dos bens materiais. Foi com base nas mesmas discussões que, ao final dos anos 90, estando já previstos outros instrumentos na Constituição Federal, tem início a movimentação para a

---

[348] Da mesma forma, é bastante plausível sustentar que, até a Constituição de 1988, também eventuais desapropriações para defesa de nosso patrimônio necessariamente estariam vinculadas ao prévio tombamento do bem, visto que a utilidade pública, para estes casos, fundamentava-se na "preservação e conservação dos *monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais*, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a *proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza*" (BRASIL, Decreto nº 3.365, de 1941, art. 5º, k, grifo nosso). Na ausência de outros instrumentos, a declaração desses monumentos como histórico, artísticos e paisagísticos, como vimos, estava a cargo do decreto-lei nº 25 e no procedimento de tombamento por ele instituído.

[349] Segundo Campos (2015), além da participação popular e de especialistas de várias entidades, órgãos estatais também se mobilizaram, dentro de suas especializações, em articulação com as Comissões e Subcomissões que davam apoio à Assembleia Nacional Constituinte. Este foi o caso do IPHAN, que enviou o documento intitulado *Sugestões à Assembleia Nacional Constituinte – conclusões da comissão destinada a promover estudos, no plano constitucional, sobre legislação de proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.* Dentro do órgão de patrimônio, a comissão foi presidida pelo então membro do Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o jurista Modesto Carvalhosa. Compunham-na, ainda, o jurista Raphael Carneiro da Rocha, os arquitetos Augusto Carlos da Silva Telles e Paulo Ormindo e a advogada Cláudia Martins Dutra.

criação[350] do instrumento destinado ao reconhecimento e salvaguarda do patrimônio imaterial. Neste processo, como vimos no presente capítulo, reafirmou-se o desejo pela criação de uma ferramenta também distinta do tombamento, ocasião em que se opta pelo registro, já mencionado no texto Constitucional e, à diferença do inventário, nunca utilizado em nosso ordenamento.

Antes de pensar a adoção do tombamento para qualquer caso envolvendo coisas (bens materiais), é preciso construir um amplo entendimento acerca das dimensões que se deseja preservar, bem como a forma como se dará eventual preservação da matéria. É necessário considerar que atualmente dispomos de outras normas voltadas à proteção do patrimônio, construídas a partir de leis que vieram disciplinar realidades incompatíveis com aquela contemplada pelo referido decreto-lei. A Lei da Arqueologia pode ser apontada como a primeira neste sentido; devemos também considerar a Constituição Federal e os instrumentos que menciona (em caráter apenas exemplificativo, com o que abre espaço para outras propostas), bem como o decreto nº 3.551, de 2000, dentre outros. O Livro dos Lugares, previsto neste decreto, certamente carrega a marca dos tombamentos ocorridos nos anos 80, amalgamando práticas e usos a um determinado espaço. Contudo, não obstante a sua criação, tombamentos com as mesmas características continuaram a ser solicitados e concretizados, não sem polêmicas, o que permite considerar que este regime jurídico de proteção aos bens culturais – estes efetivamente compreendidos em suas dimensões material e imaterial – ainda apresenta lacunas. Também, que na ausência de instrumento mais adequado à realidade, é sobre o tombamento que têm sido impostas as maiores distensões.

O motivo para tanto foi trazido aqui e está ligado à crença na baixa eficácia do registro e na aposta do tombamento como um instrumento quase onipotente. De fato, havendo necessidade de criação de obrigações (sobretudo incidentes sobre direito de propriedade), o decreto (espécie normativa que cria o registro) mostra-se fatalmente ineficaz. Como forma de driblar a alegada ineficácia e, nesse sentido, resolver a insegurança jurídica que o uso do registro poderia trazer, tem-se optado pelo tombamento, numa estratégia que, segundo entendemos, é também geradora de insegurança jurídica.

Pelo que vimos de alguns casos ao longo deste trabalho, as formas de aplicação dos efeitos de preservação da matéria podem ser identificadas e agrupadas a partir de algumas

[350] Ou regulamentação, visto que a partir das discussões, o grupo opta por utilizar para tal fim o registro, já assentado na Constituição Federal.

características. Optamos por chamar estes processos de *seleção*, *inversão* e *desmaterialização*. No início da prática de tombamentos não havia maiores detalhamentos do objeto tombado, entendendo-se que a coisa sobre a qual incidiria os efeitos de proteção, conforme o artigo 17, era o bem em sua totalidade[351]. Com a prática e os desafios que foram surgindo, podemos caracterizar uma nova forma de aplicação destes efeitos: a seleção. Por ela, descartava-se do bem tombado fragmentos ou partes em que o órgão não identificasse interesse na preservação da matéria; tais partes, residuais, restariam liberadas dos efeitos do tombamento (na maioria dos casos, seriam consideradas como área envoltória, onde se dá normalmente controle apenas do gabarito e onde temos menores restrições, feitas principalmente para garantir a adequada proteção da parte sobre a qual propriamente devam incidir os efeitos de preservação da matéria dados pelo tombamento). O processo de inversão parece bem menos comum, mas pudemos identificá-lo no Teatro Oficina. Nele, entendemos que há seleção e inversão: identifica-se a relevância de parte de um bem (seleção), contudo aplica-se os efeitos do tombamento para aquela que não representa interesse maior (ou mesmo que não desperta qualquer interesse) do ponto de vista da preservação da matéria (inversão). No Oficina, como vimos, o tombamento proposto falava timidamente sobre os remanescentes arquitetônicos do "velho casarão do Bixiga*"*, onde seriam aplicados os efeitos de preservação, sendo evidente que o valor a que o grupo buscava reconhecimento ligava-se ao espaço e ao fazer teatral e experimental que ali se davam. Após mencionar os remanescentes arquitetônicos, ao invocar o tombamento e justificar as mudanças que se pretendia no espaço cênico, Flavio Império afirmou que o espaço-cena era parte fundamental das pesquisas do Grupo, um dos elementos básicos em suas experimentações da linguagem teatral e que o "'tombamento' não deveria, portanto, *considerar 'fixo'*, congelado, o seu equipamento interno, para não estrangular as novas ou futuras propostas de pesquisa do Grupo [...]. (CONDEPHAAT, processo nº 22368/1982, Parecer de Flávio Império, grifo nosso). Ainda no caso do Teatro Oficina, foi possível identificar, a partir de outras narrativas - como a do diretor do grupo[352] e de alguns técnicos que participaram do processo -, outra forma de lidar com os efeitos do tombamento, a qual chamamos de desmaterialização. Como já nos referimos neste trabalho, por desmaterialização entendemos não a falta de

[351] No caso de conjuntos urbanos, ficou célebre a expressão "até onde a vista alcança" para expressar a falta de precisão das delimitações destes tombamentos.

[352] E aqui repetimos as palavras de seu diretor, ao afirmar que: "Não se trata de preservação arquitetônica, mas ao contrário – da proteção à continuidade e ao crescimento desse bem cultural coletivo que pede agora exatamente uma transformação *arquitetônica substancial que permita sua existência contemporânea*". (CONDEPHAAT, Processo nº 22368/1982, grifo do autor).

materialidade naquilo que se quer preservar, mas sim que para a matéria existente não se desejam aplicados os efeitos do tombamento ligados à permanência ou ao controle das eventuais mudanças.

O processo judicial que tratou da demolição da marquise do Estádio do Maracanã mostra com clareza a insegurança jurídica que se impõe quando se distende de maneira tão profunda o modo como se aplica o tombamento. Nada no decreto-lei nº 25 leva ao entendimento de que apenas aos inscritos no Livro de Belas Artes estariam reservados os efeitos e cuidados de preservação da matéria; aceitar essa leitura é entender que somente os bens considerados esteticamente relevantes estariam cobertos pela proteção da lei. O decreto-lei nº 25 protege o bem cultural a partir da preservação de sua dimensão material, o que se dá para os bens inscritos em quaisquer dos quatro livros de tombo previstos. Um bem cultural considerado de relevância histórica deve ser preservado em suas características materiais tanto quanto um bem reconhecido por seus valores paisagísticos ou etnográficos. A preservação desta matéria funda-se sobretudo na permanência como regra – não obstante as inevitáveis mudanças -, nas intervenções criteriosas e no controle, que se dá pela oitiva do órgão, de todas as intervenções que se fizerem necessárias. A leitura dada pelo então superintendente do IPHAN no Rio de Janeiro – e acolhida pelos Tribunais – de que a marquise do Maracanã poderia ser retirada porque, mais do que a materialidade, importava a presença da torcida e o congraçamento a partir do esporte, desconsidera que essa presença, a união torcida-jogador, dá-se num espaço e que este espaço, pelo tombamento, deve guardar suas principais características materiais. Trata-se de uma leitura bastante semelhante à do "*tombamento revolucionário*" do Teatro Oficina, onde se colocava que pelo tombamento deveriam ser priorizados a experimentação e o fazer teatral, em detrimento da matéria ali presente. Neste sentido falamos da desmaterialização do tombamento.

Ao tombar um bem, não é uma faculdade selecionar, entre as prescrições contidas na norma, a que se deseja ou não aplicar: as regras de inalienabilidade, da proibição de saída do país sem autorização do órgão (no caso de bens móveis), da obrigatoriedade do proprietário conservar a coisa etc., não se escolhem caso a caso, mas se configuram como prescrições vinculadas ao tombamento; da ocorrência deste decorrem todas as suas prescrições (obviamente, com as distinções feitas em seu próprio texto, como as aplicáveis exclusivamente aos bens móveis ou aquelas que se destinam apenas aos imóveis, por exemplo). Assim, tanto quanto as demais prescrições, não se opta por aplicar ou não os

efeitos voltados para a preservação da matéria e controle de sua mutabilidade: para todo bem tombado, estes efeitos são incidentes.

O IPHAN – e os correlatos órgãos de preservação nos âmbitos estadual e municipal – são órgãos aplicadores do Direito. Dada a natureza técnica da questão, essas agências têm grande importância na construção dos sentidos que vão sendo fixados para o texto normativo, bem como no modo como a norma deve ser aplicada. Prova disso foi a vitória do IPHAN, logo a partir de seus primeiros tombamentos, ao emplacar nos Tribunais um conceito de redução ou impedimento da visibilidade que vai além de algo que meramente pudesse afetar a possibilidade de visualizar o bem cultural. Assim, quando se cria sem amparo legal, já numa matéria de complexidade bastante alta, situações tão diversas a partir do uso de uma mesma norma, perde-se a chance de solidificar uma jurisprudência administrativa que certamente iluminaria as decisões dos Tribunais. Em outras palavras: o órgão técnico perde espaço para o órgão judiciário na construção e solidificação de seus próprios instrumentos de trabalho, como se pode considerá-los. As decisões, nem sempre as melhores – de que nos dá provas o caso do Estádio do Maracanã –, são, além disso, carregadas de parcelas elevadas de insegurança jurídica, o que, ao final, traz prejuízo para os objetivos que deveriam ser alcançados por meio do uso de cada instrumento em particular.

5.2 – Bens tombados e seus nomes

Nosso ordenamento jurídico não dispõe de qualquer tipo de instrumento para obrigar que determinado estabelecimento implante ou dê continuidade a usos ou atividades. Muito pelo contrário, nossa Constituição é expressa em fundar a ordem econômica na livre iniciativa, bem como em garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão[353]. Assim, a preservação de usos e a garantia de sua continuidade são possíveis apenas por mecanismos que podem incentivar – nunca obrigar – de que são exemplos ações de fomento, políticas públicas e instrumentos de planejamento urbano, como o zoneamento, que apenas induzirão ou proibirão determinados usos, não podendo exigir a prática de um uso específico. De toda

[353] "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". Ainda, no Art. 5º, XIII: "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: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

forma, como vimos, por se constituírem como parte do bem cultural (uma dimensão imaterial destes), instrumentos jurídicos específicos do campo do patrimônio cultural têm sido buscados como forma de garantir essa permanência. Este é o caso do registro, quando inclui no plano de salvaguarda medidas que visam à continuidade de práticas culturais e do tombamento, notadamente quando este uso está fortemente associado a um lugar (espaço físico). Assim como usos ou práticas, os nomes ou topônimos associados aos bens culturais são também dimensões imateriais que o compõem, identificam e reforçam seu caráter referencial.

O decreto-lei nº 25 não dispõe sobre qualquer direito ou restrição ligado ao nome do bem tombado, também não disciplinando a forma como esses bens deverão ser designados e tratados ao longo do processo. Evidentemente, ao ser encaminhado o tombamento, faz parte do procedimento cercar o objeto, descrevendo-o e, para tanto, nomeando-o. Na maioria dos casos, os bens assumem, naturalmente, as denominações com as quais frequentemente são evocados: Convento de Nossa Senhora do Carmo, Forte de São Lourenço, Fábrica de Ferro Patriótica, dentre outros[354].

A portaria nº 11, de 11 de setembro de 1986, primeira normativa que teve por objetivo detalhar o processo de tombamento, também não dispôs acerca do nome atribuído ao bem tombado, enquanto as *Recomendações básicas para a instrução de processos de tombamento* (IPHAN, s/d)[355], ao abordar o fluxo de um processo, especificaram que o DEPROT – antigo Departamento de Proteção do IPHAN - estudaria qual seria a denominação do processo[356]. De qualquer forma, hoje, ao ser finalizado o tombamento, é comum que a área técnica encaminhe para inscrição no Livro de Tombo algumas informações, como o exato Livro em que o bem será inscrito, a localização do bem reconhecido, indicação de seu proprietário, delimitação de área tombada e de entorno e, dentre estes, denominação indicada para a inscrição. No Estádio do Maracanã (IPHAN,

[354] Para os edifícios residenciais, são comuns dois tipos de tratamento: na primeira situação, dá-se ao bem o nome de seu proprietário ou o do autor do projeto. Assim, temos solar, casa ou palacete Berquó, em referência ao ouvidor Francisco Antônio Berquó da Silveira; também, Casa de Warchavchik na Rua Itápolis, em referência ao famoso arquiteto modernista Gregori Warchavichik. Num segundo procedimento, talvez por não serem conhecidos (ou notórios) proprietários e arquitetos, o imóvel vem identificado apenas por seu endereço (a exemplo, Prédio à rua dos Inválidos, 193).

[355] Apud Motta e Thompson (2010, p. 84).

[356] Ao que nos parece, essa "denominação do processo" poderia ser mais precisamente entendida como denominação atribuída ao bem cultural. Os processos de tombamento do IPHAN, além do número que recebem, são também identificados pelo nome do bem a ser estudado, o objeto do tombamento.

Processo nº 1094-T-83, p. 146) no campo de indicação para denominação consta "Estádio Mário Filho, conhecido como 'Estádio do Maracanã' ".

O tombamento tem sido evocado, por um viés preservacionista, como instrumento apto a garantir que se mantenha o nome pelo qual um bem tombado é reconhecido; assim como nos usos e práticas, nomes e topônimos são também dimensões imateriais associadas ao bem material. De fato, nomes, sejam eles de estabelecimentos comerciais, de igrejas, de casas e de topônimos - como ruas, logradouros e marcos geográficos – são ao mesmo tempo elementos de identificação, de conhecimento acerca daquele objeto e, ainda, de referência. Neste sentido, os nomes, tanto quanto as características físicas dos lugares, objetos e imóveis, são partes constituintes do bem cultural. Questões ligadas a eles têm aparecido com alguma frequência, em meio às discussões sobre o patrimônio, muitas vezes numa releitura do velho embate entre o interesse público ou coletivo, de um lado, e a propriedade - neste caso, industrial -, de outro. Em outros termos, o direito ao nome como algo que pertence à coletividade muitas vezes vem sendo contraposto a direitos patrimoniais que recaem sobre marcas e nomes comerciais. Ainda, fora de uma esfera marcadamente comercial, na arena pública podemos ver a associação entre patrimônio e o nome dos lugares em processos que procuram fixar narrativas no território por meio de denominações e redenominações de praças, ruas e prédios públicos, numa dinâmica que revela marcas de apagamentos, imposições e disputas.

O tombamento da Fábrica de Vinho de Caju Tito Silva trouxe, além da já mencionada preservação do uso - tônica dos tombamentos inovadores dos anos 80 – também uma breve menção, naquele momento sem maiores desdobramentos, à relação entre tombamento, desapropriação e o nome comercial e marca pertencentes aos produtores[357]. Essas questões, ligadas à marca e ao fundo de comércio, surgiram no âmbito do processo de tombamento em virtude da desapropriação do imóvel empreendida pelo Estado: mesmo não havendo qualquer oposição ao tombamento, os proprietários solicitaram, na 160ª Reunião Ordinária do Conselho[358], que a marca dos produtos e o nome comercial da fábrica continuassem como parte de seu patrimônio. Na notificação de tombamento ao Governador e ao Prefeito,

[357] Neste caso – e também no Estádio Maracanã, como veremos – a questão do tombamento associado ao nome/marca não foi levantada a partir de um viés preservacionista, mas sim por meio de uma abordagem comercial de exploração da propriedade industrial. Mas, o que interessa mostrar é como ao tombamento têm se colocado possibilidades de produção de efeitos jurídicos que incidem sobre essa dimensão imaterial constituída por nomes, marcas e topônimos.
[358] Ocorrida em 28 de março de 1984.

encaminhada pelo IPHAN, foi indicado que o tombamento "compreende o imóvel sito na Rua das Areias, nº 33, maquinaria, equipamentos e marca comercial, pertencentes a esse Estado por força da desapropriação efetivada em 01 de julho de 1983*"*(ACI-RJ, Processo nº 1054-T-82). Ao final do processo, há uma discussão para saber se a marca e o nome comercial da Fábrica haviam sido desapropriados ou não (o que não havia ficado claro no processo, sobretudo após o pedido dos proprietários e a informação do governo da Paraíba de que os excluiria da desapropriação); outra questão que também se colocou foi a de saber se estes – marca e nome comercial – haviam sido tombados, ao que se apõe uma informação manuscrita, cuja autoria se desconhece: "*A marca foi tombada*. O que se discute é a propriedade". (ACI-RJ, Processo nº 1054-T-82, grifo nosso). Embora o nome comercial figurasse na notificação de tombamento, ao final do processo ele não constou da inscrição no Livro de Tombo[359] como elemento "tombado".

Se a normatização de questões ligadas ao nome de um bem cultural é ausente em nosso ordenamento, elas vêm sendo objetos de disposições contratuais e figurando, ainda, em processos judiciais. Em relação às primeiras, a Portaria nº 12, de 9 de maio de 2017, da Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias do município de São Paulo, ao instituir chamamento público para Procedimento de Manifestação de Interesse visando selecionar propostas para a revitalização, modernização e gestão de catorze parques públicos do município de São Paulo, trouxe nas *Diretrizes gerais para realização dos estudos* a seguinte orientação: "Para a eventual previsão de exploração de direitos de nome (naming rights), o *nome original do parque deverá compor o novo nome proposto*, devendo ser *igualmente preservado o nome de qualquer equipamento* dentro de seu perímetro"[360]. No mesmo sentido, em 2015, ao falar sobre o Chamamento Público nº 1, que buscava propostas para o Estádio do Pacaembu, o então Secretário de Esportes, Lazer e Recreação da prefeitura afirmou que o interessado que obtivesse a concessão deveria manter tanto o nome oficial do

[359] Não há mais informações no processo acerca do desdobramento desta desapropriação, mas apenas o relato de que após sua efetivação o imóvel e maquinário ficariam sob a responsabilidade da Universidade Federal da Paraíba, que empreenderia estudos sobre a produção de vinhos e alimentos feitos de caju a partir da criação de uma empresa escola. Segundo informações obtidas no site da Fundação Joaquim Nabuco, o projeto de revitalização da Fábrica e das técnicas de produção por ela empreendidas não vingou e o imóvel e maquinário ficaram abandonados até 1997, quando então se inicia um processo de restauração concluído apenas em 2003. Disponível em: < http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&id=989:fabrica-tito-silva>. Acesso em 07.jul. 2020.

[360] Disponível em: < http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-secretaria-municipal-de-desestatizacao-e-parceirias-smdp-12-de-09-de-maio-de-2017>. Acesso em 08.jul. 2020, grifo nosso. Importa considerar que, dentre os parques incluídos, muitos deles são tombados (não somente em âmbito municipal, mas também estadual): Parque da Aclimação, Parque do Ibirapuera, o Jardim da Luz e o Parque Trianon.

lugar (Paulo Machado de Carvalho), quanto o nome como popularmente era conhecido (Pacaembu). E completou: "Mas o apelido pode ser acompanhado de um *naming rights* (direito sobre a propriedade de nomes)"[361], se fosse a vontade da empresa.

No Brasil, a prática dos *naming rights,* conhecida sobretudo em razão da nomeação de estádios de futebol, não está ainda normatizada e também pouca doutrina se produziu sobre o tema. Segundo Marçal Justen Filho (2012), os *naming rights* (ou direitos à denominação, na tradução que sugere) configuram-se como prática empresarial de dar nomes a eventos ou edifícios como forma de divulgação publicitária de empreendimentos ou marcas. Ainda, de forma mais específica,

> A expressão '*naming rights*' ou direitos à denominação indica a titularidade da faculdade de atribuição de um nome a um objeto material ou a uma atividade. O ponto fundamental consiste na ausência de relação de domínio sobre o objeto denominado.
> O direito à denominação consiste na atribuição de autonomia econômica e jurídica a uma faculdade reputada tradicionalmente como inerente a outra espécie de relação jurídica – especialmente à propriedade. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 219-20)[362].

À margem de regulamentação legislativa, foi a partir da reflexão das funções que os nomes desempenham e das demais regras e princípios existentes em nosso ordenamento jurídico – além do abandono da tradicional classificação dos bens públicos -, que Justen Filho procurou elencar as possibilidades e vedações a esta prática. Assim, entendeu que existem casos em que o direito à denominação não se aplica, considerando que há

> a inviabilidade de comercialização – indireta ou, mesmo, parcial – de direitos relativamente aos bens formadores da identidade nacional ou que traduzem uma dignidade imaterial. Ou seja, deve-se explorar as oportunidades de obtenção de resultados econômicos, mas é vedado amesquinhar a essência do Estado e da Nação brasileiras. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 230-31).

Ainda, o autor afirma que a prática não é adequada para a denominação de locais e espaços que tenham relevância no processo histórico da nação, bem como locais ou espaços que digam respeito à identidade do povo[363]. Embora não tenha explicitamente usado o termo

---

[361] Radio Brasil Atual, 20 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2015/01/prefeitura-anuncia-concessao-do-estadio-do-pacaembu-4380/>. Acesso em 08.jul. 2020.

[362] Neste processo, tratando-se de bens públicos, a vantagem para o Estado decorre da onerosidade da cessão, que possibilita obtenção de recursos a serem investidos na consecução das atividades estatais.

[363] "Todo bem público que se configure como substrato material de valores coletivos transcendentes não se destina, usualmente, a uma utilização para satisfação de interesses específicos. O vínculo com os valores imateriais conduz a que o bem seja, em si mesmo, uma representação da identidade coletiva". (JUSTEN FILHO, 2012, p. 232).

patrimônio cultural, é evidente que disso se fala: lembremos que o patrimônio cultural é aquele conjunto de bens materiais e imateriais que são "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira", como preconiza o familiar artigo 216 de nossa Constituição Federal. A ausência de regulamentação sobre o tema tem permitido tratamento bastante casuístico, com poucas reflexões que o assunto efetivamente demanda. Dessa forma, como vimos acima, para a concessão dos parques municipais de São Paulo, o nome original poderia ser composto com outra denominação, o que nos parece, de qualquer maneira, medida de grande impacto para parques que são referências e que estão cristalizados no imaginário coletivo. Situação semelhante a esta pode ser vista no Rio de Janeiro, com o antigo Teatro Adolpho Bloch, instalado no prédio tombado onde funcionou a Rede Manchete, e que em 2018 reabriu com o nome de Teatro Prudential, em referência à seguradora evidentemente homônima[364]. Este último caso mostra a complexidade da questão, que não se restringe apenas aos bens públicos: bens privados podem ser referências identitárias e/ou de memória – e justamente por isso, são passíveis de tombamento, condição que os declara patrimônio cultural. Tanto quanto para os bens públicos, a aposição de novas denominações (ou mesmo a supressão de nomes originais) é também uma questão a ser considerada quando este bem é de propriedade privada, mas pelo tombamento ou outra forma de identificação de valor cultural se reconhece uma camada de significados e valores que dizem respeito a toda a coletividade.

Há outras situações também complexas referentes à denominação de edifícios ou lugares, mas que não estão ligadas aos *naming rights* por não se tratar exatamente de cessão onerosa da denominação. Um desses casos pode ser ilustrado pela disputa judicial movida na ação popular TJRJ nº 0070096-47.2014.8.19.0001, de 2014, onde o réu desejava acrescentar o nome da rede hoteleira Belmond, que havia comprado o hotel, ao nome Copacabana

[364] "Um palco voltou à cena. Fechado para o público desde 1999, o Teatro Manchete reabre, enfim, repaginado. *E sem apagar as marcas do passado.* Com projeto de Oscar Niemeyer e paisagismo de Burle Marx, o agora Teatro Prudential — Sala Adolpho Bloch, na Glória, passa ser tocado por um time de curadores capitaneado pela produtora Aventura Entretenimento, associada ao grupo Br Properties (que também gerencia o Teatro Riachuelo e o Imperator, ambos no Rio)". **Teatro Manchete reabre com o nome de Teatro Prudential — Sala Adolpho Bloch.** Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4pYYlfFx6IgJ:https://oglobo.globo.com/rioshow/teatro-manchete-reabre-com-nome-de-teatro-prudential-sala-adolpho-bloch-23688615+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 11. jul. 2020, grifo nosso. Na página do Teatro, a descrição ressalta o quanto o lugar é referência para os cariocas: "Projetado por Oscar Niemeyer e com paisagismo assinado por Burle Marx na década de 60, o antigo Edifício Manchete é um ícone carioca. É lá que está o antigo teatro Adolpho Bloch e que em sua nova fase recebe naming rights e reabre como Teatro Prudential – Sala Adolpho Bloch.". Disponível em: <https://www.teatroprudential.com.br/o-teatro/>. Acesso em: 11. jul. 2020. Se antes denominava todo o Teatro, com o uso dos *naming rights* o nome de Adolpho Bloch perde destaque e importância, passando a designar apenas a sala de espetáculos.

Palace[365] e o autor pleiteava a manutenção do nome original, sem qualquer tipo de acréscimo. O argumento do autor amparava-se no tombamento do hotel (pelos três entes federativos) para afirmar que a alteração do nome descaracterizaria o patrimônio histórico e cultural que ele representava. Ao deferir a antecipação de tutela, o tribunal entendeu que:

> Com efeito, não se trata apenas de tombamento do imóvel, mas sim, de todo conjunto de bens materiais e características imateriais que integram o patrimônio histórico e cultural denominado e conhecido por Hotel Copacabana Palace. Nesse diapasão, a pretendida alteração do nome descaracterizará o patrimônio protegido, fazendo com que se percam os valores histórico, social e cultural que justificaram a intervenção estatal para a sua preservação no interesse difuso de toda a coletividade brasileira. Vale lembrar, que a Constituição da República de 1988, trouxe importante mudança na disciplina jurídica do tombamento, alargando o conceito de patrimônio cultural brasileiro, para incluir os bens imateriais que também passaram a merecer proteção estatal. Destarte, conclui-se que todo o conjunto de bens materiais e imateriais que integram o Hotel Copacabana Palace encontra-se protegido, devendo o Estado e toda a sociedade zelar pela conservação e preservação de sua identidade e memória cultural, histórica e artística para as gerações futuras. (TJRJ nº 0070096-47.2014.8.19.0001).

Estado, município e também o IPHAN informaram não ter interesse na ação e o Ministério Público considerou que a mesma não deveria prosperar. Da sentença em primeiro grau constou a seguinte fundamentação, confirmada por unanimidade no recurso de apelação[366]:

> No mérito, sabe-se que o tombamento é uma limitação administrativa imposta ao proprietário do bem privado. E na ciência do direito, sabemos todos que toda limitação ao exercício de direitos derivados da propriedade deve ser interpretada restritivamente. Segundo a prova produzida nos autos, a proteção conferida ao COPACABANA PALACE está adstrita à sua integração paisagística com a Praia de Copacabana, qual seja, a faceta visível da edificação, os elementos construtivos, tais como fachada, volumetria e telhado, representando o retrato de uma época. Os grandes hotéis do mundo são associados a operadoras de renome internacional, sendo descabido que o proprietário do ´COPA´ seja impedido de associar o nome do hotel a uma das maiores operadoras do mercado hoteleiro, sob pena de por em risco a própria finalidade pública do tombamento, o qual busca evitar a descaracterização ou destruição do patrimônio protegido. Incontroverso no feito que o hotel, no plano de sua divulgação, já estava há muito associado à operadora ´Oriente-Express´ e, agora, estará associado à ´Belmond´, nada havendo nos autos que possa sugerir a desfiguração ou a descaracterização do objeto de proteção estatal, orgulho de nossa cidade. Dito isso, acompanhando a manifestação do Ministério Público às fls. 416/423, entendo que a pretensão não merece prosperar, pelo que JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. (TJRJ nº 0070096-47.2014.8.19.0001).

[365] Não se tratava de alterar a fachada do edifício, onde está inscrito tipograficamente o nome Copacabana Palace - e que, em razão de seu tombamento, não deve sofrer alterações físicas -, mas sim de adotar comercialmente o novo nome da rede que o adquirira, usando-o em peças publicitárias e gráficas, *souvenirs* do hotel etc.

[366] Neste, a relatora chegou a afirmar a possibilidade inclusive da alteração do nome que consta da fachada, visto que, em seu entendimento, a inscrição não poderia ser considerada parte do complexo arquitetônico. Quanto ao acréscimo da marca Belmond, informou haver amparo no Direito Empresarial brasileiro.

A ação ordinária nº 0106801-54.2014.04.02.0000 (TRF2) pode ser mencionada como outro exemplo de associação do tombamento ao nome do bem, da mesma forma não relacionado ao uso dos *naming rights.* Trata-se, no caso, de extensão do tombamento como modo de garantir a propriedade do nome *Maracanã* ao Estado do Rio de Janeiro (proprietário do Estádio) e, com isso, a possibilidade de sua cessão a particulares para exploração econômica[367]. Em 2012, a H. Stern havia obtido no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI –, sem qualquer oposição, o registro da marca Maracanã, que seria usada para uma coleção de joias. O autor da ação, Complexo Maracanã Entretenimento S/A, sustentava que o tombamento do Estádio pelo IPHAN, ocorrido em 2000, incluíra o nome "Estádio Mário Filho, conhecido como Maracanã". Assim, alegando que o tombamento fazia surgir um patrimônio imaterial ligado ao fundo de comércio, pede em juízo a suspensão dos efeitos do registro da marca "Maracanã", feito pela H. Stern junto ao INPI. O pedido foi acolhido com entendimento majoritário de não se tratar de um conflito marca *versus* marca (cujo registro no INPI, de fato, o Complexo Maracanã Entretenimento S/A não havia feito), mas de algo maior – o interesse pela exploração do fundo de comércio – e garantido por um contrato de exploração estabelecido entre o autor da lide e o Estado do Rio de Janeiro. Ainda em favor dos argumentos do autor, o desembargador Abel Santos concluiu seu voto:

> E há mais um detalhe, que eu me esqueci de observar: a concessão da marca é nominativa. E o tombamento se faz também sobre a expressão Maracanã; "Estádio Mário Filho, também conhecido como Maracanã." Então, neste momento, diante de todo esse contexto, a distintividade fica abalada para que se conceda uma marca apropriada. (TRF2, 0106801-54.2014.4.02.0000).

Assim, à margem de amparo legal, o uso do tombamento estendido aos nomes que designam os bens tombados, ainda que não necessariamente com a finalidade de preservação do patrimônio cultural em sua dúplice dimensão, foi resolvida de forma bastante diversa nos tribunais. Embora as ações guardem considerável diferença, no caso do Estádio do Maracanã entendeu-se que seu nome pertencia ao Estado em decorrência do tombamento e, portanto, poderia ser explorado ou cedido para exploração por particulares com exclusividade. Nos autos que trataram do Hotel Copacabana Palace, julgou-se em última instância que do tombamento não derivava qualquer tipo de proteção ao nome do reconhecido hotel.

---

[367] Vê-se que é um processo inverso ao dos *naming rights:* por estes, permite-se que um novo nome seja conferido ao bem (para o caso de nossos estudos, aos bens tombados), muitas vezes com a supressão do nome original. Na ação analisada, contudo, a concessionária não desejava eliminar ou transformar este nome original, e sim explorá-lo economicamente com exclusividade. Para tanto, defendeu na lide que a propriedade do nome Maracanã pertencia ao Estado do Rio de Janeiro (e, por consequência, o Estado poderia cedê-la para exploração, que se faria de forma conjunta com a exploração do complexo esportivo).

O tombamento, portanto, tem sido manejado na tentativa de garantir a preservação de elementos que compõem o bem cultural para além de sua própria matéria; os usos e nomes ligados aos bens tombados são exemplos disso, como vimos no presente capítulo[368]. Em outros termos, o tombamento tem sido acionado (e não somente no interior dos órgãos técnicos) como um instrumento coringa a que se tem atribuída a capacidade de garantir a proteção de dimensões imateriais; se ele pode, em alguns casos, contribuir para isso, não se pode afirmar que seja suficiente e, não raras vezes, adequado para tanto. Somando-se à inadequação que é fruto do desencontro entre os efeitos que do tombamento derivam e as expectativas de como a matéria deve ser preservada em situações peculiares, ainda temos decisões judiciais em sentidos divergentes, que nos mostram como a construção de soluções na ausência de regulamentação legal é fonte de insegurança jurídica quanto aos resultados esperados[369]. Há, portanto, uma clareira normativa que não tem sido enfrentada da forma como deveria – ou seja, pela produção legislativa – e que, não obstante as tentativas de integração do Direito, nos dá mostra de que ainda é fonte de insegurança jurídica.

5.3 – Na clareira normativa, a insegurança jurídica

A segurança jurídica é uma expressão a que frequentemente se associam os ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade; no entanto, segundo Humberto Ávila em *Teoria da Segurança Jurídica* (2019), ela deveria ser entendida, em substituição, a partir da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativas, visto que, "se segurança é um estado de certeza, e certeza é um ponto específico de predeterminação normativa absoluta, a única certeza é a de nunca encontrá-la". (ÁVILA, 2019, p. 89). Para que a segurança jurídica se realize – e, a partir dela, que sejam garantidos direitos fundamentais e a consecução das finalidades do Estado -, é necessária a conjugação e o aperfeiçoamento desses três elementos. Neste trabalho, importa chamar atenção para um deles - a cognoscibilidade -, que nos parece problemática no uso e aplicação do decreto-lei nº 25.

---

[368] Efetivamente, não foi a intenção trazer todas as minúcias técnico jurídicas que envolvem questões de propriedade industrial e suas possíveis relações com o tombamento a este trabalho, sobretudo porque matéria extensa e de grande complexidade. No entanto, algumas situações e decisões judiciais foram colocadas de forma a mostrar que se trata de uma questão atual, que têm ficado à deriva em razão de interpretações as mais diversas.

[369] E os trouxemos a este trabalho a partir de decisões que apontaram a não garantia de preservação ou manutenção de práticas ou nomes a partir do uso do tombamento e da incorporação, de forma inadequada, do discurso da desmaterialização, naturalizando-o em situações onde efetivamente ele jamais se encaixou, a exemplo do Estádio do Maracanã.

Se tomarmos as teorias da interpretação do Direito defendidas por Guastini (2005) e Grau (2009) apresentadas na Introdução deste tese, podemos justificar o abandono da ideia de determinação em favor da de cognoscibilidade como um dos elementos da segurança jurídica: a impossibilidade de atribuição de significados unívocos para os textos normativos impede que se fale em certeza do direito, a que corresponderia o termo determinação (total capacidade de conhecimento de conteúdos normativos), mas, de forma mais realista, apenas em cognoscibilidade, entendida como certeza relativa, "capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los". (ÁVILA, 2019, p. 141). A expressão, ainda, "permite abranger tanto aspectos materiais relativos à acessibilidade do conteúdo (como publicação e intimação, por exemplo) e à sua abrangência quanto à sua inteligibilidade (como clareza e determinabilidade, por exemplo)" (idem).

Para Riccardo Guastini (2019), no prefácio da edição inglesa da obra de Humberto Ávila,

> A cognoscibilidade do direito traz dois problemas distintos: cognoscibilidade dos textos normativos e cognoscibilidade de seu significado, i.e., das normas, respectivamente. Os textos normativos são cognoscíveis quando são (obviamente) publicados e acessíveis. As normas, de seu turno, são cognoscíveis não somente quando os textos normativos são inteligíveis em virtude de sua formulação, mas, sim, quando sua interpretação é guiada por métodos interpretativos e estratégias argumentativas conhecidos e controláveis intersubjetivamente. Com tais condições, o direito pode ser (relativamente) cognoscível, não obstante sua (fatal) indeterminação [...]. (GUASTINI, 2019, prefácio).[370]

Ao abordar os sentidos da palavra "jurídica" na locução segurança jurídica, Ávila afirma que ela pode ser entendida de várias formas[371], sendo segurança *no* Direito a que denota o sentido mais amplo e aquela em que está embutido o entendimento de que ela não é um dado, parte inerente do Direito, mas um "estado ideal que *se conquista* no próprio processo de interpretação e de aplicação do Direito". (ÁVILA, 2019, p. 153, grifo nosso). Essa afirmativa nos é de grande interesse em sua relação com o tema desta tese: a segurança jurídica nos processos de tombamento – notadamente em suas intersecções com dimensões imateriais – será dada apenas por meio da interpretação e aplicação da norma que o institui, o decreto-lei nº 25. Neste sentido, o órgão executivo tem grande importância, visto que é nele que as políticas de patrimônio (entendido este em sua complexidade e completude) são desenvolvidas. A segurança jurídica – e bem afirma Ávila – é dirigida aos três poderes e, portanto, todos têm papel ativo nos sentidos que vão se fixando para o texto legislativo;

[370] In: ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2019.
[371] Segurança do Direito, segurança pelo Direito, segurança frente ao Direito etc.

contudo, sabemos que nosso sistema coloca nas mãos do Judiciário o poder da palavra final e, ainda, de apreciar qualquer tipo de questão que lhe venha a ser submetida. As decisões de órgãos técnicos, quaisquer que sejam, naturalmente se estruturam como norteadoras dos órgãos judiciários quando estes apreciam questões desta natureza. Se sabemos que a formação de nosso patrimônio cultural não é de ordem exclusivamente técnica, não se pode, contudo, ignorar o papel que os técnicos – inclusive mediando as demandas que a sociedade produz – têm ao definir conceitos, tipologias, procedimentos. Uma jurisprudência administrativa sólida certamente é um farol a guiar as decisões jurisprudenciais; estas, sem amparo das primeiras, tendem a ser construídas casuisticamente, sem o cotejo do caso particular com o universo maior em que efetivamente está inserido[372].

Assim, considerando a cognoscibilidade como exigência de clareza e inteligibilidade não só das normas, mas também de sua aplicação, chega-se à conclusão mostrada por Ávila em sua obra referencial de que uma regra, ainda que precisa e com poucos conceitos indeterminados, não garantiria a segurança jurídica quando aplicada de forma flexível ou até mesmo inesperada. Esta segurança na aplicação das normas restará sempre dependente da argumentação e de elementos processuais[373]. No caso do tombamento, como mostramos desde o início, está presente um grau elevado de indeterminação em razão de seus termos abertos, sendo que a maioria desses conceitos ganha precisão de contornos a partir de processos valorativos. Como observou Massimo Severo Gianinni (1976), o conceito de patrimônio cultural que emerge deste processo é histórico notadamente porque os valores mudam com o tempo, o que acaba por explicar a constante expansão do conceito.

Se estes conceitos indeterminados têm garantido, a partir da interpretação, a longevidade do decreto-lei nº 25 e a expansão, mesmo antes do tratamento constitucional, do conceito de patrimônio cultural, não se pode deixar de mencionar interpretações que têm levado, com grandes riscos, a aplicações excessivamente maleáveis de alguns conteúdos da norma: em

[372] Sobre a insegurança jurídica também como produção dos órgãos jurisdicionais: "Como a interpretação normativa envolve valorações, e se sujeita a ponderações, a incompreensibilidade e a instabilidade normativa também são visíveis na atividade do Poder Judiciário. São perceptíveis não apenas diferentes interpretações provenientes de diferentes órgãos julgadores. Reconhecem-se, igualmente, interpretações diversas de um mesmo órgão julgador. Tome-se, como exemplo, o Supremo Tribunal Federal, em cujo âmbito decisório podem ser encontrados vários casos reveladores de uma mudança de jurisprudência". (ÁVILA, 2019, p. 67).

[373] "Os elementos argumentativos dizem respeito ao uso de estruturas claras e objetivas de raciocínio, presentes quando as premissas e as conclusões do raciocínio jurídico são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como a sua construção obedece a critérios racionais de argumentação, baseados na sua consistência formal e na sua coerência material. Os elementos processuais dizem respeito a um procedimento, administrativo ou judicial, que permite e que considera a ampla defesa e o contraditório, bem como garanta a fundamentação escrita e lógica das decisões." (ÁVILA, 2019, p. 160).

certos casos, dá-se um processo interpretativo não uniforme (como aquele que distingue livros do tombo quanto aplicação ou não dos efeitos do tombamento); em outras, trata-se de um processo que, mais do que interpretativo, é integrativo: na existência de clareiras não abrangidas pela norma de proteção, busca-se estender não propriamente os efeitos desta, mas apenas a ideia central de preservação, proteção e manutenção - da qual o decreto-lei nº 25 é portador -, para outras situações. Aqui, podemos colocar os casos onde se entende que do tombamento também deriva a permanência (proteção) do nome do bem tombado, bem como a criação de direitos, como o de propriedade industrial, estabelecido a partir da extensão dos efeitos deste instrumento jurídico.

É certo que a interpretação do texto normativo e seu processo de aplicação cumprem significativo papel na obtenção da segurança jurídica que se espera de qualquer aplicação do Direito – cujo fim, importa dizer, diz respeito à consecução das próprias finalidades da norma -, mas também é verdade que se interpreta não somente o texto normativo, mas também o objeto da norma[374]. Assim, a norma também é construída diante do caso concreto:

> [...] a argumentação não se limita apenas ao plano normativo, mas se dirige também ao plano fático: os elementos fáticos não estão prontos antes mesmo do processo aplicativo, mas dependem de valorações orientadas pelo ordenamento jurídico. Muito embora possa haver clareza com relação ao conceito normativo, pode haver incerteza com referência à situação de fato". (ÁVILA, 2019, p. 356).

É preciso, portanto, atenção ao interpretar o objeto para o qual se pretende aplicar o tombamento, entendendo que de sua incidência decorrerão os efeitos prescritos no decreto-lei. Especial cuidado deve ser dispensado, conforme os casos concretos nos mostraram, quando se pretende a preservação de usos que guardam relação com determinados lugares e edifícios, buscando-se observar em que medida os efeitos do tombamento são desejáveis ou não para a preservação do bem cultural identificado. Em contrapartida, da aplicação criteriosa decorrerá a cognoscibilidade quanto aos efeitos que se espera do uso deste instrumento.

Para finalizar, podemos retornar a alguns pontos tratados neste capítulo, sobretudo quando falamos dos processos de seleção, inversão e desmaterialização do tombamento. No primeiro dos casos, dentro de um enquadramento criteriosamente avaliado entre o que deve ser preservado e o que não importa, não parece haver grandes problemas, justamente porque a seleção permite direcionar sobre onde exatamente recairão os efeitos de proteção dados pelo

[374] No caso, o bem tombado ou em processo de tombamento.

instrumento jurídico. De qualquer forma, se não há maiores óbices a partir de uma interpretação jurídica, cremos que possam existir os de ordem simbólica ou conceitual – o que fatalmente deve ser considerado na definição e detalhamento de tombamento em que esta seleção será realizada. A exemplo, citamos desencontros entre este processo de seleção se comparado ao que prescrevem as Cartas Patrimoniais e as teorias da restauração, que também se debruçam sobre o patrimônio cultural: em muitos casos, um processo de seleção que pince apenas fragmentos de um determinado bem terá a grande probabilidade de ser fundamentado em práticas já em desuso, onde critérios como autenticidade são os grandes norteadores das políticas de seleção, ao que se soma o risco de fragmentação na leitura do que se considera o bem cultural. Isso nos mostra como o trato com o patrimônio é interdisciplinar e deve ser alimentado a partir de várias áreas do saber: a contribuição jurídica tem enorme importância, mas não é por si suficiente (e basta citarmos o coração deste regime de proteção, que é o conceito de patrimônio cultural e que, para retomar Gianinni (1976), opera mediante reenvio extrajurídico). O tombamento de terreiros poderia ser pensado a partir deste processo[375]: estariam tombadas, por exemplo, as árvores sagradas, para as quais os efeitos do tombamento se mostram adequados; eventualmente, também os assentamentos, a ser apreciado em cada caso e de acordo com o tratamento que lhes deve ser dispensado. No entanto, como não são apenas as árvores que importam como bem cultural e há ali uma prática cultural bastante viva, a simultaneidade do registro poderia contribuir com outras ações, a serem previstas dentro de um plano de salvaguarda. Isso faria com que não fossem

[375] Retomando considerações feitas no Capítulo 1, temos que apontamentos com essa diretriz foram realizados no processo de tombamento do primeiro terreiro, o da Casa Branca, quando colaboradores de várias instituições responderam a oficio de Augusto da Silva Telles, então diretor da DTC/IPHAN, que solicitava pareceres e justificativas para subsidiar a decisão final. Este documento, por sua vez, traduzia questionamentos da área técnica, notadamente da arquiteta Dora Alcântara, que formula algumas perguntas já indicando, pelas mesmas, alternativas quanto à forma de incidência dos efeitos do tombamento: ao considerar os efeitos de proteção da matéria previstos no artigo 17 do decreto-lei nº 25, questiona "quais são os elementos materiais existentes nos Terreiros de Candomblé sobre os quais a legislação poderá incidir sem prejuízo da natureza de tais bens: as construções? A vegetação? Objetos de culto? Outros? São eles suficientemente representativos dos valores em questão?" (IPHAN, Processo nº 1067-T-82). Em sua resposta, Peter Fry, antropólogo do Museu Nacional, chama a atenção para as constantes incorporações de formas arquitetônicas no Terreiro, da mesma maneira que, também paulatinamente, outras construções eram destruídas sem deixar quaisquer traços. Se essa dinâmica poderia ser um problema para o uso do tombamento, Fry aponta as árvores sagradas, elementos que não poderiam ser retirados, e conclui acerca da pertinência de um tombamento sobre as mesmas. (Idem). Concordando com as respostas de Peter Fry, Augusto da Silva Telles, então diretor da DTD/SPHAN, entendeu ser adequada "a inscrição do Terreiro da Casa Branca nos Livros do Tombo desta Subsecretaria, como bem cultural excepcional, pelo seu valor histórico, etnográfico-paisagístico. Ficaria ao tempo registrado que as edificações existentes poderão sofrer alterações e adaptações necessárias ao culto-dinâmico, guardada, evidentemente, a preservação do sítio em suas características paisagísticas". (Idem). Tais ressalvas quanto à aplicação dos efeitos do tombamento não constou da descrição final no Livro do Tombo, que foi registrada de acordo com o seguinte texto: "O tombamento inclui uma área de 6800m^2 com as edificações, as árvores e principais objetos sagrados".

aplicados os efeitos a outros elementos do terreiro que têm natureza incompatível e também dispensaria as necessárias autorizações do órgão para alterações, constantes do decreto-lei nº 25, e que absolutamente não fazem sentido nestes casos[376].

Os processos de inversão e desmaterialização fogem por completo às prescrições do decreto-lei nº 25. No primeiro caso, cabe destacar que os efeitos do tombamento se aplicam à matéria em relação a qual se deseja garantir a permanência e não sobre materialidade qualquer, tomada apenas como recurso para garantir o uso do tombamento. Quanto à desmaterialização, o decreto-lei não institui o tombamento apenas como instrumento de reconhecimento, visto que de seu uso decorre obrigação, e não faculdade, da incidência de todos os efeitos prescritos. Essas duas situações nos mostram aquilo que de fato não está coberto por esta norma jurídica: sem a possibilidade de uso do tombamento para todos os casos que se apresentam como patrimônio cultural e, ainda, ante à impossibilidade ou diante da ineficácia do registro para algumas situações, ficam à margem situações como a do Teatro Oficina, cuja importância como patrimônio cultural – inclusive pelo que representa sua materialidade - resta fora de dúvida, mas para os quais não encontramos em nosso ordenamento instrumentos jurídicos mais adequados[377]. Obviamente, por um tensionamento que decorre da demanda por proteção de novas realidades, as normas vigentes têm sido chamadas à ação, na ausência de outras. O uso do tombamento, na falta de outros instrumentos para os primeiros casos que foram apresentados ao órgão de proteção, nos anos 80, teve um caráter fortemente simbólico e até necessário. Há, todavia, uma trajetória que se seguiu a isso e que tem possibilitado que um regime jurídico de proteção, ainda que incompleto, venha se desenvolvendo. No entanto, situações que frequentemente vão surgindo nos mostram que essa lacuna continua presente e que o uso ou evocação do tombamento não tem conseguido colmatá-la; ainda, que deste uso mal adaptado têm sido produzidas interpretações que ao fim são fonte de insegurança jurídica, com prejuízo da proteção do bem cultural, objetivo principal da norma.

[376] Lembremos que a dinâmica de construção, substituição e demolições é fundamentada por orientações sagradas, fazendo parte deste processo cultural que se dá nos terreiros.

[377] Devemos considerar que, neste caso, o registro - negado pelo IPHAN em razão dos critérios que o órgão adotou para reconhecimento dos bens imateriais - também não seria suficiente, visto que a situação exige intervenção sobre o direito de propriedade, para o qual este instrumento não se aplica. A proteção para o Teatro Oficina (e certamente vários outros, como alguns terreiros) poderia se resolver por aplicação de uma área envoltória – obviamente se dentro de determinados parâmetros que não aniquilassem o direito de propriedade do imóvel vizinho. Isso, contudo, não é pelo nosso ordenamento uma possibilidade dissociada do tombamento.

Nos três casos, ainda, a forma como se aplica o tombamento pode resultar, aos olhos da sociedade – para quem o patrimônio é preservado -, falta de clareza quanto aos efeitos decorrentes, bem como frustração de expectativas que são criadas pelo seu uso: um processo de seleção onde o que se protege é uma parte menor, quando se designa todo o bem como tombado, gera confusão acerca do uso do tombamento, com entendimentos ou expectativas de que tudo está protegido, quando de fato não está. Sobre a inversão e desmaterialização, os problemas são os mesmos, em maior intensidade.

De *lege ferenda*, a solução para o impasse – que certamente resultaria em melhores soluções, inclusive para o caso onde há o processo que identificamos como seleção – seria a criação de novo instrumento jurídico, uma espécie de restrição associada ao uso, necessariamente formalizado por uma lei em sentido estrito. Com isso, a necessidade de eventuais intervenções sobre a propriedade poderia ser suprida – a exemplo, a possibilidade de criação de área envoltória, ainda que sem a existência de um bem tombado, mas sempre associada a um bem cultural (hoje, como vimos, já não mais os exclusivamente tombados). Outra prescrição poderia ser a vedação a demolições, mas com possibilidade de alteração das características físicas originais, para citar um exemplo, efeito a ser aplicado somente se o caso demandasse[378]. Ainda, como instrumento a ser vinculado ao uso, poderia ser levantado acaso este viesse a desaparecer. Importante ressaltar que a restrição estaria limitada a garantir algumas condições físicas necessárias à existência ou permanência do uso desejado, não se sobrepondo ao que se obtém pela desapropriação, necessária em muitos desses casos, e também não fazendo as vezes de ações de fomento, que com grande frequência devem estar presentes.

Por fim, quanto à proteção dos nomes que designam os bens tombados, a lacuna legislativa também é presente e as ações judiciais vistas aqui nos mostraram soluções distintas quanto à possibilidade de o tombamento garanti-la. Duas vias paralelas de ação deveriam necessariamente ser construías: a primeira estabelecendo a proteção desses nomes quando associados a bens culturais, de alguma forma restringindo ou disciplinando os processos legislativos municipais[379] de denominação de logradouros e bens públicos. A criação de uma lei que vinculasse o nome ao bem cultural que designa poderia impor freios e maiores regramentos a este processo, normalmente realizado em profusão por vereadores. A segunda via de ação teria de enfrentar, necessariamente, questões ligadas à propriedade industrial e

[378] Alguns edifícios nas Feiras registradas poderiam receber tratamento como o descrito.
[379] Em alguns casos, também do Poder Executivo.

ao Direito Comercial; assim, teria de dispor sobre o cada vez mais frequente uso dos *naming rights* quando a prática estivesse associada a um bem cultural. Necessariamente deveriam ser abordados pontos como a incorporação (se possível e em que termos) de marcas a nomes existentes que são fortemente ligados à identidade do local e, também, num outro sentido, de marcas ou nomes comerciais com os quais o bem ficou notório, mas que, não sendo de domínio público, podem ser pleiteadas por seu titular ainda que encerre suas atividades empresariais no imóvel tombado[380]. Ainda, como mostrou o processo envolvendo o Complexo Industrial Maracanã e a joalheria H. Stern, outra questão em aberto é se a exploração econômica de um nome associado a um bem tombado[381] poderia ou deveria ser realizada e em que termos.

As questões enfrentadas neste trabalho mostram quanto o bem cultural como o temos hoje - uma realidade complexa e simultaneamente formada por dimensões materiais e imateriais - ainda não está completamente amparado por especial regime jurídico de proteção; mais, o quanto o tombamento – notadamente por sua longevidade e pela força simbólica que o associa à própria ideia de patrimônio e preservação – tem sido, ainda que inadequado para a garantia dessas dimensões imateriais, frequentemente evocado para tanto. Percebe-se também o prejuízo à segurança jurídica, que deveria ser garantida justamente pelo uso das

[380] A exemplo, a Fábrica de Vinhos de Caju Tito Silva, cujos proprietários, mesmo tendo o imóvel e complexo industrial desapropriados pelo Estado, ainda desejavam viver da exploração da marca. No mesmo sentido, a Cia. Cinematográfica Vera Cruz, em São Bernardo do Campo: o complexo edificado – hoje de titularidade do município de São Bernardo do Campo - é tombado e conhecido, naturalmente, como Estúdios da Vera Cruz ou mesmo Cia. Cinematográfica Vera Cruz, ainda que a Cia. tenha encerrado suas atividades há bastante tempo. No entanto, são recorrentes as ações da Cinematográfica Vera Cruz Ltda., empresa que desde 2006 tem a titularidade da marca Vera Cruz, contra o município de São Bernardo do Campo, titular do domínio dos Estúdios. Numa dessas ações, da qual pende recurso, constou da decisão em primeiro grau que "As veiculações [do nome Vera Cruz] foram indevidas, motivo pelo qual é de rigor o acolhimento do pedido de obrigação de não fazer em face da Municipalidade, a fim de que esta não mais veicule a expressão 'Vera Cruz', na imprensa, pela internet, em seu sítio oficial ou por qualquer outro meio de comunicação, tampouco na via pública e tampouco em quaisquer outros meios de publicidade". E, mais adiante: "Nos termos da fundamentação supra, fica ressalvado a indicação do local onde funcionou os estúdios Vera Cruz, eis que ponto de referência e de grande notoriedade na cidade, desde que informe expressamente, no mesmo meio de veiculação, a inexistência de vinculação à empresa ré". (TJSP, 2ª Vara da Fazenda Pública, Autos nº 1010197-27.2018.8.26.0564). Há uma confusão, em alguns momentos deste processo, entre a proibição do ente público para explorar ou ceder a terceiros a exploração desta marca e o uso deste nome, que se confunde com a marca, para a designação dos galpões edificados, o que se demonstra no julgamento do recurso contra decisão que indeferiu a tutela de provisória: "No entanto, ainda não está claro nos autos a que título e em que contexto a ré vem utilizando o mencionado termo. Veja-se que o Município agravado é titular de um prédio cujo nome é Pavilhão Vera Cruz e, em princípio, tal utilização é lícita, pois a proteção marcaria não implica na apropriação dos signos, mas apenas na sua proteção no contexto empresarial e à luz do princípio da especialidade". (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2169776-37.2018.8.26.0000).

[381] As reflexões podem perfeitamente se expandir e serem válidas para casos que, mesmo não havendo tombamento, recaem sobre referências identitárias, a exemplo dos logradouros públicos e de marcos geográficos.

normas, o que ao final resulta em riscos à própria forma como se deseja preservar este patrimônio.

Ainda que no Brasil as discussões sobre o patrimônio imaterial tenham sido pioneiras (lembremos de nossa importância na construção da Declaração para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003) e também de que das reflexões trazidas por estas discussões já tivesse emergido com clareza, desde o início, a compreensão de que todo patrimônio é um complexo formado pelas duas dimensões, material e imaterial, não podemos desprezar um lastro de pelo menos 50 anos em que se desenvolvia uma política de patrimonialização de bens exclusivamente materiais, com o tombamento sendo instrumento de reconhecimento e garantidor de efeitos de proteção. Assim, se nosso amadurecimento e clareza quanto a essa dúplice dimensão permitiu que se pensasse o patrimônio imaterial muito antes do que ocorreu em países como França, Itália e Portugal, como vimos na Introdução, fato é que ainda não está resolvido o problema de como tratar o patrimônio como uma unidade. O estado da arte do patrimônio cultural entre nós é fruto de nosso processo histórico de construção deste conceito; uma construção que é ao mesmo tempo teórica, valorativa, material e também jurídica. Trata-se, portanto, de um processo que vem se dando em temporalidades diversas e em que há um histórico já bastante consolidado e erigido a partir de concepções e ancoragens do patrimônio como algo material. O tombamento, portanto, tem sido nuclear neste contexto.

Colocamos como questão, antecipando nosso entendimento como afirmativo, saber se é possível chegar a essa unidade de tratamento jurídico que o bem cultural demanda, sem desconstruir o que foi feito até hoje. Para tanto, instrumentos como o inventário deveriam de fato ser a porta de entrada para o processo de patrimonialização, o que fatalmente melhor direcionaria o uso ou associação dos instrumentos jurídicos disponíveis. Ainda, é necessário que a lacuna legislativa seja sedimentada, sem o quê ficam à margem da proteção casos que efetivamente são bens culturais, mas em relação aos quais os instrumentos disponíveis não se aplicam ou não garantem a proteção adequada. A codificação ou criação de uma lei geral - embora não tenha o condão de solucionar todos os problemas (e isso se percebe a partir da análise dos Códigos italiano e francês para a área, bem como da lei geral portuguesa) –

certamente organizariam o tratamento do assunto, facilitando a compreensão do uso de cada instrumento e, principalmente, das associações possíveis entre eles[382].

O percurso a ser trilhado nesta tese elegeu como abordagem as intersecções entre as dimensões material e imaterial do bem cultural a partir do uso do tombamento e, neste contexto, quais seriam os limites deste instrumento que há mais de 80 anos tem contribuído para a preservação de nosso patrimônio cultural. Trata-se, portanto, de uma entre tantas abordagens possíveis numa realidade que, em constante mutação, sempre será um desafio para o Direito.

[382] Trazemos aqui encaminhamentos de ordem jurídica, não esquecendo que outros são necessários para a consecução do fim proposto, como reorganização do organograma dos órgãos de preservação, que foram sendo construídos a partir de sobreposições nem sempre integradoras, como as compartimentações material e imaterial.

CONCLUSÃO

Acontece, contudo, que aos funcionários do SPHAN, tanto quanto a nós do seu Conselho Consultivo, não compete alterar os processos do decreto 25, mas, muito ao contrário, compete-nos mantê-los com o maior escrúpulo, defendê-lo com a maior energia. Ou abandonamos nossos postos ou cumprimos nosso dever. Não há alternativa, arbítrio, ou transigência que seja possível de nossa parte. Exceções ou modificações da lei devem ser obtidas batendo-se em outra porta, que não a nossa.
Afonso Arinos de Mello Franco

Não é incomum ouvir o trocadilho de que um bem tombado está, de fato, tombado, num jogo onde as palavras assumem, antagonicamente, os significados de instrumento de preservação, por um lado, e qualidade daquilo que está degradado, por outro. A afirmação permite pensar sobre a capacidade que tem o tombamento para garantir efetivamente a preservação de um bem cultural, mas é necessário olhar a questão com a profundidade que o assunto demanda. Qualquer estudante de Direito, em seu primeiro contato com o curso, aprende a diferença entre eficácia jurídica e eficácia social (ou efetividade) das normas; numa breve síntese, as últimas ocorrem quando as normas são reconhecidas em seu meio social e, por isso, são observadas e cumpridas. Já a eficácia jurídica se dá quando uma norma reúne todas as condições, dentro do ordenamento, para gerar efeitos jurídicos[383]. Este é o caso do tombamento, instrumento capaz de produzir os efeitos prescritos pelo decreto-lei nº 25 de forma plena. Grande parte do que temos hoje protegido e incorporado ao nosso patrimônio cultural só foi possível porque tombado: somando-se à sua função como instrumento de reconhecimento de algo como bem cultural, o tombamento é importante em razão dos efeitos de preservação da matéria que dele se originam.

Muito da degradação que atinge nosso patrimônio está associada, mais do que a uma alegada ineficácia do tombamento, a outros fatores. Primeiro, não se pode desconsiderar as omissões do Estado, que não cumpre seu dever constitucional de forma efetiva na tutela de nossos bens culturais, notadamente pela falta de interesse e pelos parcos recursos destinados a tal fim. Isso se liga a uma segunda proposição: a de que é possível creditá-la (a degradação) a uma insuficiência, não do tombamento considerado de forma isolada, mas do regime jurídico que deveria ser aplicado aos bens culturais. Neste sentido, não obstante a existência, fato é

[383] Assim, eficácia é a aptidão para produzir os efeitos que a norma prescreve. Neste sentido, a norma pode ou não depender de outras normas para a concretização de seus efeitos, o que faz com que sejam classificadas em normas de eficácia plena, limitada ou contida.

que instrumentos jurídicos e possibilidades legais[384] que se destinariam ao fomento ou à distribuição de ônus decorrentes das restrições impostas pelo tombamento pouco têm sido utilizados. Os planos diretores municipais no Brasil, por exemplo, não são obrigatórios para todas as cidades[385] e, ainda quanto a eles, não se coloca um conteúdo material mínimo[386] que gere a obrigatoriedade de tratar a cultura a partir de suas expressões territoriais. Na maioria dos casos, o que se nota é sua inclusão, quando muito, como mera citação, sem o desenvolvimento de instrumentos ou mecanismos que possam dar concretude às intenções expressadas no plano. Nas leis de zoneamento, da mesma forma, é pouco frequente que bens ou territórios que despertem interesse cultural estejam presentes entre zonas e macrozonas disciplinadas. Mais do que isso: aqui nos reportamos a uma competência que, no Brasil, é atribuída aos municípios, quando sabemos que o patrimônio cultural vem distribuído, tanto em relação às competências materiais quanto às legislativas, aos três entes federativos. Isso nos coloca o problema da (difícil) articulação entre as três esferas e a pauta frequente, entre os agentes da área, da criação de um sistema nacional de patrimônio cultural, com o que se efetivaria o federalismo cooperativo para esta questão.

Todo este quadro está também associado à complexidade que o patrimônio cultural ganhou ao longo dos anos e, nesta tese, a historicidade deste conceito foi a premissa para discutir a abordagem jurídica que deve ser dada à sua preservação e aos mecanismos aptos para tanto. Nem o tombamento e nem outros instrumentos podem ser adequadamente analisados sem que estejam ancorados na realidade social e no tempo presente. Assim, no início deste trabalho, dentre tantas opções possíveis, colocamos como questão a ser enfrentada a proteção deste patrimônio cultural complexo, formado simultaneamente por dimensões materiais e imateriais, a partir do uso do tombamento. Ao afirmar a plasticidade da norma que inseriu este instrumento em nosso ordenamento, notadamente pela sua capacidade de recepcionar

---

[384] Como a transferência do direito de construir e isenções tributárias.

[385] Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade): "Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos".

[386] "Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle". Há ainda, pelo artigo 42-A, disposições específicas para planos que incidam sobre áreas suscetíveis a ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001)

toda a transformação pela qual passou o conceito de patrimônio ao longo dos anos, questionamos quais seriam seus limites de tensionamento[387], a partir dos quais ela não mais se prestaria, com a segurança necessária, aos fins de preservação do patrimônio. Expusemos o entendimento da insuficiência e até mesmo inadequação do tombamento para estas situações, defendendo que seu uso para a proteção de bens culturais com dimensões imateriais a serem também patrimonializadas não garante a segurança jurídica que se espera do Direito. Aqui, faz-se necessária uma reflexão: é possível contestar a assertiva com a afirmação de que o tombamento vem protegendo efetivamente o bem cultural nestas situações, para as quais o tombamento do Terreiro da Casa Branca e, inclusive, o do Teatro Oficina, dariam provas. Contudo, nos dois casos, o tombamento foi imediatamente sucedido da desapropriação – e com isso queremos apontar a necessidade de outras ferramentas jurídicas para o tratamento adequado do direito de propriedade. Para o Teatro Oficina houve ainda a cessão de uso ao grupo teatral pelo período de 99 anos. Se o direito de propriedade fica resolvido efetivamente com a desapropriação, a questão das alterações físicas – e aqui consideramos novamente a situação dos terreiros - também não têm implicado, nesses casos, consequências maiores, visto que o próprio órgão de patrimônio idealizou o tombamento a partir de uma flexibilidade quanto às intervenções que se darão no espaço. A flexibilidade, contudo, que implica conversas entre órgão de proteção e comunidade praticante quando da deliberação de intervenções a serem efetivadas, é despida de sentido: se a cosmovisão que permeia as práticas religiosas nos terreiros deixa ao campo do sagrado as escolhas sobre o que e como edificar – e se o próprio órgão de patrimônio entende isso como parte da dimensão imaterial que se deseja constituir como patrimônio – não deveria haver a obrigatoriedade de consultas ao órgão para tanto. De qualquer forma, trata-se de um tombamento consensual e, tanto por isso, com maiores garantias de prosperar.

Por outro lado, a insegurança jurídica virá das situações de conflito. Vimos como, jurisprudencialmente, a interpretação que tem se dado ao decreto-lei nº 25 não se traduz necessariamente em uma incorporação do que seria um espírito mais geral da norma – tomado este como a finalidade de preservação de todo e qualquer bem cultural - aos casos em que nomes e marcas são entendidos como parte do bem cultural. Curiosamente, a

[387] E aqui é interessante observar que, se ao tombamento se tem tecido as críticas expostas no início desta conclusão – a de que não garantiria efetivamente a proteção do bem cultural -, por outro lado, nele continua sendo depositada a crença de ser o instrumento por excelência da preservação dos bens culturais. Prova disso são as cada vez mais comuns ações civis públicas onde grupos sociais pleiteiam, face ao Estado, o reconhecimento e proteção de bens culturais por meio do tombamento e, como reflexo disso, tombamentos que são garantidos em virtude de sentenças judiciais.

situação em que o tombamento foi vinculado ao nome para fins de proteção foi exatamente aquela em que o interesse não estava ligado ao campo do patrimônio cultural, mas sim às relações comerciais, notadamente à exploração marcária pretendida pelo concessionário. Embora exista pouca jurisprudência quanto ao tema, as decisões dissonantes (também consideradas aquelas dentro do mesmo processo, em suas diversas instâncias) mostram a não pacificação desta questão.

Todo o processo de conformação do tombamento às novas realidades que foram surgindo ao longo do tempo está efetivamente pautado pela interpretação da norma jurídica que o instituiu. A interpretação das normas, como vimos, é de grande importância porque permeada também por um espaço de criação do Direito. Evidentemente, a partir deste processo, os sentidos vão se consolidando e ganhando estabilidades, ainda que temporárias[388]. Como um órgão administrativo de aplicação das normas de patrimônio, o IPHAN teve (e tem) um papel central na orientação e pré-fixação de conceitos; trata-se de uma "jurisprudência administrativa" que certamente, dado seu caráter técnico, alimenta as decisões judiciais. Exemplo disso foi o conceito de visibilidade, vizinhança e ambiência, desenhado no órgão e posteriormente absorvido pelos tribunais. Há, ainda, as interpretações que se dão no corpo social, e que se cristalizam nas demandas feitas aos órgãos de proteção: neste sentido, os pedidos de tombamento do Terreiro da Casa da Branca – bem como o dos demais terreiros -, do Cine Belas Artes e de tantos outros se apresentam a partir da finalidade mais ampla que se deseja: a preservação do bem. Tanto nos espaços técnicos quanto no meio social, a ausência de um instrumento adequado ou a crença na ineficácia dos que existem, muitas vezes tem levado à escolha do tombamento, que passa a ser colocado como uma norma suficientemente forte e capaz de garantir a preservação do patrimônio cultural. Para tanto, interpreta-se o dispositivo da norma deixando à margem, quando mais adequado à situação, aqueles efeitos propriamente incidentes sobre a matéria. Em nome dessa segurança, como vimos, o que tem acontecido é a insegurança jurídica que chega por meio das decisões judiciais. A fundamentação para a demolição da marquise do Maracanã e a afirmação de que inscrições em Livros de Tombo distintos não produzem os mesmos efeitos sobre a matéria (só ao bem inscrito no Livro de Belas Artes estariam reservados os efeitos

[388] "Se há concordância quanto a utilizar o termo 'direito' para designar não o conjunto das disposições legislativas, mas o conjunto das normas que essas disposições exprimem como seu significado, então dever-se-á também admitir que o direito nasce não da legislação, mas da interpretação das leis ou, ao menos, da colaboração entre legislador e intérpretes". (GUASTINI, 2005, p. 220).

de proteção dos meios físicos), vistos nas sentenças e acórdãos trazidos aqui, nos dão mostra da fragilidade que o tombamento assume quando incorporado o discurso de sua desmaterialização. Decisões como esta seguem na contramão da segurança que se espera do uso deste instrumento.

O processo de interpretação, não obstante seu caráter também de criação, deve ser feito, em todo caso, dentro do que informa o dispositivo da norma, tanto quanto das margens possíveis de sentido que se podem extrair dele. Prescindir da materialidade de um bem como algo a ser preservado pelo tombamento – e façamos a ressalva: a ser preservado nos moldes que o tombamento prescreve, como uma norma que tem por fundamento a permanência como regra e o controle da mutabilidade – é entender, para além do que permite o texto normativo, que o tombamento possa ser usado para a produção de apenas um (ou alguns) de seus efeitos, notadamente aquele de reconhecimento do bem como bem cultural. A análise de seu texto nos mostra a clareza quanto às suas prescrições relacionadas à matéria; mais, visto em sua relação com outras normas do ordenamento, percebe-se como é um instrumento entre vários outros (existentes ou a serem criados) que podem ser manejados. Ele é parte de um regime jurídico de proteção do patrimônio cultural e, neste regime, assume funções bem definidas. Ainda assim, não obstante o tombamento ser um instrumento que necessariamente incidirá sobre um bem material, evidentemente ele poderá ter reflexos mediatos na preservação de um bem imaterial. O caso da Tava Mirim é prova disso e nos mostra também a fragilidade desta dicotomia que separa os bens a partir do critério de possuir ou não materialidade. Efetivamente, entende-se que os instrumentos devem ser manejados e combinados, pois se como fim servem à preservação do bem cultural, de forma imediata podem se destinar à garantia de uma ou outra das dimensões do objeto a ser preservado.

Há algumas questões que se colocam: a primeira, a de que existe uma lacuna[389] neste regime jurídico. O estudo do Livro de Registro dos Lugares e sua comparação com o tombamento nos mostrou de forma mais acentuada esta clareira normativa, em relação à qual seria adequada a criação de um instrumento que garantisse a preservação do lugar em moldes distintos daqueles que o tombamento permite. Há também uma segunda questão: como vimos na Introdução, países como Itália, Portugal e França carregam ainda o lastro de uma prática de patrimonialização que, por décadas, foi ancorada na materialidade. No Brasil, apesar de nosso pioneirismo nas discussões sobre o patrimônio imaterial, o fato também é

[389] E assim, como lacuna, há ausência de um dispositivo normativo a ser interpretado; deixamos, portanto, o campo da interpretação (que tem permitido a longevidade da norma) e ingressamos na integração do Direito.

sentido: durante muito tempo, o nosso patrimônio nacional foi o patrimônio material; o instrumento de proteção, por consequência, o tombamento. Ao longo da realização deste trabalho, em 2018, o IPHAN colocou em consulta pública a minuta de um texto que fundamentaria a política de proteção do patrimônio material[390], numa ação que, não obstante a importância de conceitos consignados no documento, reforça por outro lado as compreensões seccionadas entre o material e imaterial. Curiosamente, neste documento se elencou, dentre os instrumentos de reconhecimento aplicáveis a quaisquer bens culturais de natureza material[391], a chamada "declaração" que, conforme o item IV do artigo 20, deverá ser aplicada aos Lugares de Memória. O parágrafo 2º do mesmo artigo destacou que os procedimentos para reconhecimento dos Lugares de Memória serão normatizados por portaria específica, o que ainda não ocorreu. No site do IPHAN, há breve descritivo deste instrumento, que nos aponta sua finalidade e o tangenciamento em relação a muitos dos bens hoje registrados no Livro dos Lugares: "por meio desse reconhecimento, ainda que um bem cultural tenha perdido sua integridade e autenticidade, em consequência da ação humana ou do tempo, o Iphan poderá reconhecer a importância de seus valores simbólicos"[392]. Como veio disposto na Seção II – Do Reconhecimento, e não foi repetido na Seção III – Da Proteção - onde tombamento, cadastro e valoração são novamente citados –, nos parece que será, de fato, instrumento apenas de reconhecimento, sem efeitos jurídicos de outra ordem. Neste caso, as situações que identificamos nesta tese, notadamente aquelas que ficaram no limiar entre o tombamento e o registro no Livro dos Lugares, continuarão à margem de proteção.

E, por fim: a edição desta portaria teve por objetivo colocar também a prática de preservação do patrimônio material no seio de uma política pública – tal como se deu para o patrimônio imaterial, desde seu início dentro de uma previsão como esta -, onde estivessem definidos conceitos, diretrizes e premissas. Contudo, talvez este momento tivesse sido melhor aproveitado se acompanhado por uma normativa geral de proteção ao patrimônio – ainda que com as especificidades incorporadas em seus títulos -, que pudesse unir princípios comuns ao patrimônio cultural considerado em sua complexidade e totalidade. Obviamente,

[390] Aprovada no mesmo ano como Portaria nº 375, de 19 de setembro de 2018 (Institui a Política de Patrimônio Cultural Material do Iphan e dá outras providências).
[391] Dentre os quais estão o tombamento, o cadastro (destinado aos bens arqueológicos), a valoração (a ser atribuída aos bens ferroviários da extinta Rede Ferroviária Federal S/A) e a chancela, destinada às paisagens culturais.
[392] <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1837>. Acesso em 29 nov. 2020.

a criação de uma normativa desta ordem não é tarefa simples, notadamente porque deve considerar toda construção existente, mas certamente é um caminho a ser investigado.

Muitas questões que o tombamento coloca estão ainda, após mais de 80 anos de sua prática, em aberto; a elas têm se juntado tantas outras. Embora arquitetado para incidir sobre a matéria, suportes físicos para os quais se esperam efeitos de preservação e permanência, a realidade em que se insere este instrumento é, em todo caso, marcadamente dinâmica. Ao lado de várias outras áreas do conhecimento, felizmente hoje tem aumentado o número de juristas que olham para o patrimônio cultural em busca de estratégias e novas formas de preservação, que entendem a importância deste acervo cultural para a construção de nossas referências, para a melhoria da qualidade urbana e ambiental e como significativo elo na transmissão e contato entre gerações e culturas distintas. Com o presente trabalho procuramos contribuir com os esforços até agora realizados, com a certeza de que ele não abrange o patrimônio cultural em sua totalidade e de que tampouco esgota o assunto a que se propõe, mas com a esperança de que venha contribuir também, a partir de uma perspectiva jurídica, com reflexões que ajudem a instrumentalizar da melhor forma a proteção daquilo que culturalmente construímos.

REFERÊNCIAS

FONTES DOCUMENTAIS

Documentos Diversos

Arquivo da Câmara dos Deputados. **PL nº 511,** de 1936.
Arquivo da Câmara dos Deputados. **PL nº 466,** de 1955.

Arquivo Nacional. **Fundo Relativo ao Ministério da Educação e Saúde Pública.** 1937 a 1939; 1945.

Diário do Congresso Nacional. **Anteprojeto da Constituição de 1967**, de 13 de dez. 1966. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 26 Jun. 2018>.

IPHAN-ACI-BSB, DID, GTPI, Caixas A, B e C.
IPHAN-ACI-RJ, Série Legislação.
IPHAN-ACI-RJ, Série Casos Judiciais.
IPHAN-ACI-RJ. **Recomendações básicas para a instrução de processos de tombamento.** Sem data.

IPHAN, **Atas das reuniões do Conselho Consultivo do IPHAN**, de 1938 a 1958. Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/atasConselho>.
IPHAN, **Ata da 21ª Reunião do Conselho Consultivo**, de 13 de abril de 2000.
IPHAN, **Ata da 64ª Reunião do Conselho Consultivo**, de 24 de junho de 2010.
IPHAN, **Ata da 68ª Reunião do Conselho Consultivo**, de 24 de junho de 2010.

Pareceres do Consultor-Geral da República. Volumes de 1936 a 1958.

Revista de Direito Administrativo, de 1945 a 2019, volumes 1 ao 278. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/archive>.

Revista Forense, de 1937 a 1958.

Folha online, 21 de setembro de 2010, grifo nosso. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk2109201027.htm>.
ESPN, 27 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/223177_maracana-perde-velha-marquise-para-ganhar-nova-cobertura>.
ESPN, 29 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/326126_fora-da-festa-zico-fala-de-injustica-no-maracana-e-aceita-convite-do-fla-para-pontape-inicial-no-estadio>.

Fontes normativas

ARGENTINA. **Lei 12.665**, de 30 de setembro de 1940. Cria a Comisión Nacional de Museos y Monumentos y Lugares Históricos.

BRASIL. **Decreto nº 967,** de 2 de janeiro de 1903. Cria o cargo de Consultor Geral da República.
_____. **Decreto nº 19.459,** de 6 de dezembro de 1930. Institui a Comissão Legislativa.
_____. **Decreto nº 19.684**, de 10 de fevereiro de 1931. Promulga os dispositivos disciplinares da Comissão Legislativa.
_____. **Decreto nº 20.910,** de 20 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal.
_____. **Decreto nº 22.386,** de 24 de janeiro de 1933. Aprova o Regulamento do Gabinete do Consultor Geral da República.
_____. **Decreto nº 22.298,** de 12 de julho de 1933. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional.
_____. **Constituição (1934).** Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Congresso, 1934.
_____. **Decreto nº 24.735**, de 14 de julho de 1934. Aprova, sem aumento de despesa, o novo regulamento do "Museu Histórico Nacional".
_____. **Constituição (1937).** Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Congresso, 1934.
_____. **Lei nº 378**, de 13 de janeiro de 1937. Dá nova organização ao Ministério de Educação e Saúde Pública.
_____. **Decreto nº 6,** de 16 de novembro de 1937. Dispõe sobre a extinção da Justiça Federal e o andamento das causas em curso, e dá outras providências.
_____. **Decreto-lei nº 25**, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.
_____. **Decreto-lei nº 3.365**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.
_____. **Decreto-lei nº 3.866,** de 29 de novembro de 1941. Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
_____. **Constituição (1946).** Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Congresso, 1946.
_____. **Lei nº 2.786,** de 21 de maio de 1956. Altera a lei sobre desapropriação por utilidade pública.
_____. **Lei nº 3.924**, de 26 de julho de 1961 - Lei da Arqueologia.
_____. **Constituição (1967).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso, 1967.
_____. **Emenda Constitucional nº1 (1969).** Edita novo texto da Constituição Federal. Brasília, DF: Ministério da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, 1967.
_____. **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).
_____. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso, 1988.
_____. **Decreto nº 3.551**, de 4 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.
_____. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade).
_____. **Decreto legislativo nº 22,** de 2 de fevereiro de 2006. Aprova o texto da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.
_____. **Decreto nº 5.753,** de 12 de abril de 2006.Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

BRASIL, IPHAN, **Portaria nº 11**, de 11 de setembro de 1986.
BRASIL, IPHAN, **Portaria nº 12,** de 18 de setembro de 1986.
BRASIL, IPHAN, **Portaria nº 314,** de 8 de outubro de 1992.
BRASIL, IPHAN, **Portaria nº 37,** de 4 de março de 1998.
BRASIL, IPHAN, **Portaria nº 299**, de 17 de julho de 2015.
BRASIL, IPHAN, **Portaria, nº 489,** de 19 de novembro de 2015.
BRASIL, IPHAN, **Portaria, nº 375,** de 19 de setembro de 2018.

PMSP, **Portaria nº 12,** de 9 de maio de 2017.

FRANÇA, Ordonnance nº 2004-178, de 20 de fevereiro de 2004 (Code du Patrimoine).

ICOMOS. **Carta de Veneza.** Maio de 1964. Disponível em: <http//:www.portal.iphan.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2017.

ITÁLIA, **Legge nº 1089**, 1 Giugno 1939 - Tutela delle cose d'interesse Artistico o Storico (Legge Bottai).
_____. **Legge nº 310,** 26 Aprile 1964.
_____. **Decreto legislativo nº 112**, 31 marzo 1998 (Texto Único).
_____. **Decreto legislativo nº 42,** 22 gennaio 2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948.

PORTUGAL, **Lei nº 107**, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural.
_____. **Decreto-lei nº 139,** de 15 de junho de 2009. Estabelece o regime jurídico de salvaguarda do património cultural imaterial.

_____. **Decreto-lei nº 149**, de 4 de agosto de 2015. Estabelece o Regime Jurídico de Salvaguarda do Património Imaterial.

UNESCO, **Recomendação sobre Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular**, Paris, 15 de novembro de 1989.
_____. **Conferência sobre autenticidade em relação ao patrimônio mundial** (Conferência de Nara). Nara, 6 de novembro de 1994.
_____. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.** Paris, 17 de outubro de 2003.
_____. **Convenção para Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**, de 20 de outubro de 2005.

Processos administrativos

IPHAN, Processo nº 01450.004255/2006-18 (Centenária Árvore do Moreira)
IPHAN, Processo nº 01450.002945/2006-24 (Feira de Caruaru)
IPHAN, Processo nº 01450.010743/2007-85 (Cachoeira de Iauaretê)
IPHAN, Processo nº 01450.016457/2007-85 (Tava Miri São Miguel Arcanjo)
IPHAN, Processo nº 01450.005674/2008-21 (Teatro Oficina)
IPHAN, processo nº 01498.000710/2009-02 (Terreiro Ilê Obá Ogunté – Sítio do Pai Adão)
IPHAN, Processo nº 01450.005626/2011-38 (Box 32)
IPHAN, Processo nº 01502.002351/2013-90 (Terreiro Tumba Junsara)
IPHAN, Processo nº 01450.007476/2015-21 (Teatro Vila Velha)
IPHAN, Processo nº 01450.902086/2017-28 (Feira de Campina Grande)

IPHAN, Processo nº 9-T-38 (Mosteiro de São Bento – RJ)
IPHAN, Processo nº 18-T-38 (Igreja do Rosário e São Benedito dos Homens Pretos - Rio de Janeiro – RJ)
IPHAN, Processo nº 20-T-38 (Igreja Nossa Senhora Mãe dos Homens - Rio de Janeiro, RJ)
IPHAN, Processo nº 22-T-38 (Igreja São Francisco da Penitência - RJ)
IPHAN, Processo nº 23-T-38 (Igreja da Lapa do Desterro – RJ)
IPHAN, Processo nº 52-T-38 (Igreja da Penha – RJ)
IPHAN, Processo nº 53-T-38 (Casa da Praça Condessa de Frontin – RJ)
IPHAN, Processo nº 56-T-38 (Prédio à Praça XV de Novembro, nº 34 – Arco do Teles – RJ)
IPHAN, Processo nº 68-T-38 (Conjunto urbano de São João Del Rei)
IPHAN, Processo nº 70-T-38 (Conjunto urbano de Ouro Preto)
IPHAN, Processo nº 75-T-38 (Bom Jesus do Matozinhos - Congonhas); 22 igrejas (passos ou oratórios) em Ouro Preto; 5 igrejas ou capelas (Mariana) e ainda Igreja em Ouro Branco e Cocais (MG)
IPHAN, Processo nº 92-T-38 (Casa Marquês de São Vicente – Grandjean de Montigny – RJ)
IPHAN, Processo nº 97-T-38 (Casa de Garibaldi – RS)

IPHAN, Processo nº 111-T-38 (Igreja de São Francisco de Assis - Ouro Preto – MG),
IPHAN, Processo nº 115-T-38 (Imóvel Rua Carlos Gomes – BA)
IPHAN, Processo nº 131-T-38 (Palácio Episcopal e Seminário de Olinda – PE)
IPHAN, Processo nº 133-T-38 (Capela da Jaqueira – PE)
IPHAN, Processo nº 150-T-38 (Prédio da Rua Riachuelo – RJ)
IPHAN, Processo nº 161-T-38 (Palácio dos Príncipes/Museu Nacional da Imigração e Colonização - Joinvile – SC)
IPHAN, Processo nº 165- T-38 (Casa à Avenida Frederico Pontes – BA)
IPHAN, Processo nº 166-T-38 (Palácio Imperial de Petrópolis -RJ)
IPHAN, Processo nº 167-T-38 (Sobrado em Sabará – MG)
IPHAN, Processo nº 171-T-38 (Igreja São Francisco de Assis - São João del Rey – MG)
IPHAN, Processo nº 178-T-38 (Igreja Nossa Senhora do Rosário – RS)
IPHAN, Processo nº 183-T-39 (Conjunto arquitetônico de São João Marcos – RJ)
IPHAN, Processo nº 187-T-38 (Igreja de Santa Rita - Uberaba – MG)
IPHAN, Processo nº 216-T-39 (Igreja da Ordem Terceira do Carmo, em Santos)
IPHAN, Processo nº 224-T-40 (Matriz de Oeiras e Piracuruca - PI)
IPHAN, Processo nº 235-T-40 (Igreja Santo Alexandre e Colégio dos Jesuítas - Belém – PA)
IPHAN, Processo nº 269-T-41 (Engenho Embiara - Cachoeira – BA)
IPHAN, Processo nº 315-T-42 (Antigo Palacete Azul - Belém – PA)
IPHAN, Processo nº 347-T45 (Engenho D'Água - Ilhabela – SP)
IPHAN, Processo nº 348-T-48 (Igreja Nossa Senhora do Carmo - Itu – SP)
IPHAN, Processo nº 351-T-45 (Cidade do Rio Pardo - RS)
IPHAN, Processo nº 361-T-46 (Sobrado na Praça Severiano de Rezende/São João del Rey – MG)
IPHAN, Processo nº 367-T-47 (Edifício da Fazenda do Capão do Bispo – RJ)
IPHAN, Processo nº 384-T-48 (Igreja de Nossa Senhora do Carmo, em Itu)
IPHAN, Processo nº 429-T-50 (Casa da Fazenda do Leitão (Belo Horizonte – MG)
IPHAN, Processo nº 432-T-50 (Fazenda São Bernardino, em Nova Iguaçu)
IPHAN, Processo nº 432-T50 (Igreja da Ordem 3ª do Carmo e outras - Angra dos Reis – RJ)
IPHAN, Processo nº 460-T-52 (Casa de Santos Dummont - Petrópolis – RJ)
IPHAN, Processo nº 485-T-53 (Trechos de Sabará - MG)
IPHAN, Processo nº 517-T-55 (Casa de José Paccini - São Sebastião – RJ)
IPHAN, Processo nº 520-T-55 (Matriz e dois sobrados - Santana de Parnaíba – SP)
IPHAN, Processo nº 536-T-57 (Paraty - RJ)
IPHAN, Processo nº 585-T-58 (Casa Rua Quintino Bocaiuva, 145 - Niterói – RJ)
IPHAN, Processo nº 1069-T-82 (Serra da Barriga)
IPHAN, Processo nº 1067-T-82 (Terreiro da Casa Branca)
IPHAN, Processo nº 1094-T-83 (Estádio do Maracanã)
IPHAN, Processo nº 1115-T-84 (Presépio de Pipiripau)
IPHAN, Processo nº 1176-T-85 (Igreja da Venerável Ordem Terceira do Carmo e Painéis do Padre Jesuíno do Monte Carmelo, em São Paulo)

CONDEPHAAT, Processo nº 22368/82 (Teatro Oficina)
CONDEPHAAT, Processo nº 46976/03 (Cidade de Rio Claro)

Processos judiciais

BRASIL, STF, ADPF nº 206/2010
BRASIL, STF, Recurso Extraordinário nº 219.292-1/MG
BRASIL, SEDAF, Apelação Cível nº 7.377
BRASIL, TJRJ, Ação Popular nº 0070096-47.2014.8.19.0001
BRASIL, TJSP, Agravo de Instrumento nº 250728-5/00
BRASIL, TJSP, Agravo de Instrumento nº 650.895-5/7-00
BRASIL, TJSP, Agravo de Instrumento nº 2169776-37.2018.8.26.0000
BRASIL, TJSP, 2ª Vara da Fazenda Pública, Autos nº 1010197-27.2018.8.26.0564
BRASIL, TRF2, ação civil pública nº 0010924-18.2011.4.02.5101
BRASIL, TRF2, ação popular (nº 2011.51.01.010620-7)
BRASIL, TRF2, ação ordinária nº 0106801-54.2014.04.02.0000

Jurisdição administrativa

ITÁLIA, Consiglio di Stato, Sezione 6, numero provv.: 200504147
ITÁLIA, Corte Costituzionale, N. 118 Sentenza 6 - 9 marzo 1990
ITÁLIA, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1003, del 2 marzo 2015

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

AINIS, Michele; FIORILLO, Mario. **L´ordinamento della cultura**. Manuale di legislazione dei beni culturali. Giuffrè Editore: Milano, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A obra de Hely Lopes Meirelles na formação do direito administrativo brasileiro. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). **O direito administrativo na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 372-86.
_____. Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. **Rodrigo e o SPHAN:** coletânea de textos sobre patrimônio cultural. Rio de Janeiro: Fundação Nacional Pró-Memória, 1987.

ARAÚJO, Edmir Netto de. (2000). O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade de São Paulo, 2000, V. 95, pp. 147-166, disponível em < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>. Acesso em 18 mai. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2019.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo.** Tomo IV – El poder de policía. Limitaciones impuestas a la propriedad privada em interes público. Administración fiscal. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

BOMENY, Helena Maria Bousquet; COSTA, Vanda Maria Ribeiro. SCHWARTZMAN, Simon. **Tempos de Capanema.** São Paulo: Editora Paz e Terra/Editora FGV, 2000.

BORTOLOTTO, Chiara. La problemática del patrimonio cultural inmaterial. In: **Culturas. Revista de Gestión Cultural.** Universitat Politècnica de València: València, Vol. 1, nº 1, 2014.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes do Estado Nacional in: **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. pp. 39-71. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1056/601099.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão. **A Dimensão política do patrimônio cultural na Constituinte de 1987-1988.** Tese de Doutorado. Instituto de Ciências Humanas, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.

CANTISANO, Pedro Jimenez. Políticas urbanas, conflitos sociais e direito de propriedade no Brasil da virada do século XX. In: UNGARETTI, Débora; LESSA, Marília Rolemberg; COUTINHO, Diogo R.; PROL, Flávio Marques; MIOLA, Iagê Zendron e FERRANDO, Tomaso (Editores). **Propriedades em transformação:** abordagens multidisciplinares sobre a propriedade no Brasil. Série Direito, Economia e Sociedade. São Paulo: Blucher, 2018. pp.17-40.

CAPELATO, Maria Helena. Propaganda política e controle dos meios de comunicação. In: PANDOLFI, Dulce (org.). **Repensando o Estado Novo.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 167-178.

CASINI, Lorenzo. Jeux avec les fronteires: le rôle de la jurisprudence administrative dans la construction du droit italien du patrimoine culturel. In: **Droit public et patrimoine.** Il rôle du Conseil d'État. Paris: Collection du Comité d'histoire du ministère de la Culture, 2019. pp. 199-214.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1938.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio.** São Paulo: Editora Unesp/Estação Liberdade, 2001.

CHUVA, Márcia (org). **A Invenção do Patrimônio**: continuidade e ruptura na constituição de uma política oficial de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995.
_____. **Os arquitetos da memória**: sociogênese das práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil (anos 1930-1940). Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.
_____. Por uma história da noção de patrimônio cultural no Brasil. in: **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. IPHAN: Brasília, 2011. nº 34, pp. 147 -165.

COMITÉ D'HISTOIRE DU MINISTÈRE DE LA CULTURE. **Droit public et patrimoine:** le rôle du Conseil d'État. Actes du coloque organisé conjointement par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative et le Comité d'histoire du ministère de la Culture em partenariat avec l'Institut des Sciences sociales du politique les 16 e 17 mars 2018. Collection du Comité d'histoire du ministère de la Culture: Paris, 2019.

COHN, Gabriel. Concepção oficial de cultura e processo cultural. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.** IPHAN, nº 22, 1987, pp. 7-10.

CRETELLA JR., José. **Tratado de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense, 1967.
_____. Prerrogativas e sujeições da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: jan./mar. 1971, nº 103, pp. 16-32.

DODSWORTH, Henrique. *A Avenida Presidente Vargas*: aspectos urbanísticos, jurídicos, financeiros e administrativos de sua realização. In: **Jornal do Comércio.** Rio de Janeiro: 31 de maio de 1955. Disponível em: <http://www.memoria.org.br>.

DOURADO, Odete. Antigas falas, novas experiências. O tombamento do Ilê Axé IyáNassôOká e a preservação dos bens patrimoniais no Brasil. **Revista Risco**. IAUUSP, 2011, pp. 6-19, disponível em < http://www.iau.usp.br/revista_risco/Risco14-pdf/02_art01_risco14.pdf>. Acesso em 20 jan. 2016

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon.** Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

DUTRA, Maria Vitória de Moraes. **Centro Nacional de Referência Cultural:** o desconhecido acervo consagrado. Dissertação de Mestrado. Mestrado Profissional do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAN, Rio de Janeiro, 2017.

ENCONTRO DOS GOVERNADORES DE ESTADO, SECRETÁRIOS ESTADUAIS DA ÁREA CULTURAL, PREFEITOS DE MUNICÍPIOS INTERESSADOS, PRESIDENTES E REPRESENTANTES DE INSTITUIÇÕES CULTURAIS. 1970, Brasília. **Compromisso**

de Brasília. Brasília, abril de 1970. Disponível em: <http//:www.portal.iphan.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2015.

FABRIS, Annateresa. Modernidade e Vanguarda: o caso brasileiro. In: FABRIS, Annateresa (org). **Modernidade e Modernismo no Brasil**. São Paulo: Mercado de Letras, 1994. pp. 9-26.

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Alto Parnaíba.** 2001, pp. 12-33, V.5, N.5.

_____.; RUGANI, Jurema. (Orgs.) **Cidade, memória e legislação:** a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico. Belo Horizonte: Instituto dos Arquitetos do Brasil, 2002.

_____.; ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) **Revisitando o instituto do tombamento.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: bases para novas políticas de patrimônio. In: **O registro do patrimônio imaterial***:* dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho patrimônio imaterial. Brasília: Ministério da Cultura / IPHAN, 4 ed., 2006, pp. 85-95.

FONSECA, Tito Prates da. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1939.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

GIANNINI, Massimo Severo. I beni culturali. **Rivista Trimestrale di diritto pubblico.** AG: 1976. Ano XXVI, pp. 3-38.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUALDANI, Annalisa. I beni culturali immateriali: ancora senza ali? Aedon. Rivista di arti e diritto on line. Número 1, 2014. Disponível em: < http://www.aedon.mulino.it/archivio/2014/1/gualdani.htm>. Acesso em: 03 Abr. 2020.

_____. I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia. Aedon. Rivista di arti e diritto on line. Número 1, 2019. Disponível em: <

http://www.aedon.mulino.it/archivio/2019/1/gualdani.htm#testo28>. Acesso em: 03 Abr. 2020.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** Quartier Latin, São Paulo, 2005.

HOTTIN, Christian. Une nouvelle perception du patrimoine. **Le patrimoine culturel immatériel.** Culture e Recherche. Ministère de la Culture et de la Communication: Paris, 2008. Nº 116-117, pp. 15-18.

IPHAN. **O registro do patrimônio imaterial:** dossiê final da atividade da comissão e do grupo de trabalho patrimônio imaterial. 1. ed. Brasília: MinC/IPHAN, 2006.
_____. **O patrimônio cultural dos templos afro-brasileiros.** Salvador: MinC/IPHAN/Oiti, 2011.
_____. **Saberes, fazeres, gingas e celebrações.** Ações para a salvaguarda de bens registrados como patrimônio cultural do Brasil. 2002-2018. Brasília: MinC/IPHAN, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral.** Rio de Janeiro, Edição especial, 2012, pp. 216-36.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LINO, Fernanda Noia da Costa. **A Preservação do Patrimônio Cultural Urbano.** Fundamentos, agentes e práticas urbanísticas. Tese de Doutorado. Departamento de Direito do Estado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação Civil Pública** (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MALDANER, Alisson Thiago. **De expressão a conceito:** função social e função social da propriedade no Brasil de 1870 a 1934. Dissertação de Mestrado. Programa de pós-graduação em Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

MAGALHÃES, Aline Montenegro. **Colecionando relíquias...** um estudo sobre a Inspetoria de Monumentos Nacionais (1934-1937). Dissertação de Mestrado. Programa de pós-graduação em História Social. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.
_____. Entre o museu e a cidade. Um estudo sobre a Inspetoria de Monumentos Nacionais (1934-1937). In: **I ENANPARQ -** Encontro Nacional da Associação Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo. Rio de Janeiro: 29 a 3 de dezembro de 2010.

MAGALHÃES, Aloísio. **E Triunfo?** A questão dos bens culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997.

MARÉCHAL, Isabelle. La codification du patrimoine. In: **Droit public et patrimoine.** Il rôle du Conseil d'État. Paris: Collection du Comité d'histoire du ministère de la Culture, 2019. pp. 229-47.

MASAGÃO, Mario. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Max Limonad, 1960.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1988.

MATOS, Denis Alex Barboza de. **A Casa do "Velho":** o significado da matéria no Candomblé. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Arquitetura, Salvador, 2017.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.
_____. **Direito de Construir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.
_____. **Direito de Construir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
_____. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Joana. Da arqueologia portuguesa à arquitetura brasileira. In: **Revista do IEB nº 43.** setembro de 2006, pp. 69-98.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENESES, Ulpiano T. Bezerra de. O campo do patrimônio cultural: uma revisão de premissas. In: **I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural**: desafios e experiências para uma nova gestão, Ouro Preto/MG, 2009/Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; coordenação: Weber Sutti. – Brasília, DF: IPHAN, 2012. pp. 25-39. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/Anais2_vol1_ForumPatrimonio_m.pdf>.
Acesso em: 22 jan. 2015.

MICELI, Sérgio. **Poder, sexo e letras na República Velha.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1977.
_____. Sphan: refrigério da cultura oficial. In: **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Brasília: IPHAN, 1987, nº22, pp. 44-8.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
_____.; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Estudos de Direito do Patrimônio Cultural.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MOTTA, Lia. A Sphan em Ouro Preto: uma história de conceitos e critérios. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Brasília: IPHAN, 1987, nº22, p. 108-122.
_____.; THOMPSON, Analucia. **Entorno de bens tombados.** Rio de Janeiro: IPHAN/DAF,Copedoc, 2010.
_____. **Sítios Urbanos e Referência Cultural**: o caso exemplar da Maré. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Rio de Janeiro, 2017.

NABAIS, José Casalta. Quadro Jurídico do Patrimônio Cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Org). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural.** Lisboa, AAFDL, 2011. pp.185-220.

NATAL, Caion Meneguello. **Ouro Preto**: a construção de uma cidade histórica, 1891-1933. Dissertação de Mestrado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

NIGRO, Cínthia R. Territórios do Patrimônio: tombamentos e mobilizações sociais. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; LEMOS, Amália Inês G. de (org). **Dilemas urbanos.** Novas abordagens sobre a cidade. São Paulo: Contexto, 2003. pp. 166-177.

PAIVA, Marcelo Cardoso de. **O Brasil segundo o IPHAN:** a preservação do patrimônio cultural brasileiro durante a gestão de Gilberto Gil no MinC (2003-2008). Tese de Doutorado, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Atlas, 1991.

PINHEIRO, Maria Lúcia. **Neocolonial, Modernismo e Preservação do patrimônio no debate cultural dos anos 1920 no Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: FAPESP, 2011.

QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais. **O Registro de Bens Culturais Imateriais como Instrumento Garantidor de Direitos Culturais**. Dissertação de Mestrado. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Rio de Janeiro, 2014.

RABELLO, Sonia. **O Estado na preservação de bens culturais.** O Tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Cláudio Rezende. Ouro Preto, ou a produção do espaço cordial. Tese de Doutorado. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

RUBINO, Silvana. **As fachadas da história**. As origens, a criação e os trabalhos do SPHAN, 1936-1967. Dissertação de Mestrado. (Antropologia social). Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1992.

SÁ, Anderson Luiz Félix de. Arquitetura do início do século XX no Instituto Butantan. In: **Cadernos de História da Ciência.** V.12, nº 2, jul./dez. 2016. pp.31-53. Disponível em: <https://ojs.butantan.gov.br/index.php/chcib/article/view/132/119>.

SANT'ANNA. Marcia. **Da cidade-monumento à cidade-documento.** A norma de preservação de áreas urbanas no Brasil. 1937-1990. Salvador: Oiti Editora, 2015.

SANTIAGO, Djalma Guimarães; SALADINO, Alejandra. Os tempos e suas sentenças: motivações, critérios e diretrizes no tombamento de sítios arqueológicos pelo IPHAN. **Revista Memorare**: Tubarão, V.3, N. 3, set/dez 2016, pp. 178-201. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/memorare_grupep/issue/view/222/showToc>.

SANTOS, Mariza Veloso Motta. Nasce a Academia Sphan. In: **Revista do Patrimônio**. Brasília: Ministério da Cultura / IPHAN. Nº 24, 1996, pp. 77-96.

SCHWAITZER. Lenora de Beaurepaire da Silva. **A Justiça Federal na Era Vargas.** Dissertação de Mestrado. CPDOC/Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
_____. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Regina Coeli Pinheiro da. Os desafios da proteção legal: uma arqueologia da lei nº 3.924/61. In: **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.** IPHAN: Brasília, 2007. nº 33, pp. 59-73.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Revistas em tempos de reformas:** pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de Direito (1936-1943). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.
_____. Cadernos de Informação Jurídica. Brasília, v. 1, n. 1, 2014, p. 98-119.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA FILHO, C.F.M. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. In: FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. **Revisitando o instituto do tombamento.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 163-73.

SPHAN/Pró-Memória. **Proteção e revitalização do patrimônio no Brasil:** uma trajetória. Brasília, SPHAN/Pró-Memória, 1980. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protecao_revitalizacao_patrimonio_cultural(1).pdf>.Acesso em: 18.jun.2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A ordem dos publicistas.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 1, jan/fev/mar 2005, pp. 1-27.

TAMASO, Izabela. **A expansão do patrimônio**: novos olhares sobre velhos objetos, outros desafios... Revista Sociedade e Cultura, v. 8, n.2, jul/dez 2005, pp. 13-36. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/TAMASO_Izabela_A-expansao-do-patrimonio.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

TAVARES, Denis Pereira. **O tombamento do conjunto arquitetônico de São João del Rei:** negociação e conflito entre projetos de apropriação e uso do patrimônio cultural (1938-1967). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. **Proteção ao patrimônio cultural brasileiro:** análise da articulação entre tombamento e registro. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Museologia e Patrimônio). Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, 2010.
_____. Patrimônio Cultural material e imaterial – dicotomia e reflexos na aplicação do tombamento e do registro. In: **Políticas Culturais em Revista**, v. 3, p. 121-137, 2010.

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

ANEXOS

ANEXO 1 – Evolução do processo legislativo que "resulta" no decreto-lei nº 25, de 1937

Original de RMFA	Projeto de Lei nº 511/1936 - que foi o texto protocolado pelo Ministro Capanema na Câmara dos Deputados (Seu conteúdo é igual ao projeto de lei nº 239/1936, protocolado no Senado visto que não houve emendas na Câmara)	Emendas do Senado	Decreto-lei nº 25, de 1937
Art. 1 – O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem por objetivo determinar, proteger, conservar e enriquecer o patrimônio histórico e artístico nacional, e bem assim propagar seu conhecimento.			
Art. 2 – Entende-se por patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por seu notável valor arqueológico ou etnográfico, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história política e social do Brasil, quer por seu excepcional valor artístico.	Art. 1 – Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fotos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, artístico ou bibliográfico.		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.

§1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos, separada ou agrupadamente, nos quatro Livros do Tombo adiante designados.	§1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos, separada ou agrupadamente, nos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.		§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.
§2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento, os sítios e paisagens que, pela sua peculiar beleza ou pitoresco, devam ser preservados, e bem assim os que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido agenciados pela indústria popular.	§2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento, os sítios e paisagens que importe conservar e proteger, pela feição notável com que tenham sido agenciados pela indústria indígena ou popular.		§ 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.
Art. 3 – A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, às pessoas jurídicas de direito privado e às de direito público interno.	Art. 2 – A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.		Art. 2º A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.
Art. 4 – Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional:	Art. 3 – Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional:		Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:
I) as obras de arte pertencentes às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no Brasil e as que adornam quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no Brasil;	1) as obras pertencentes às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;		1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;

	1) as obras que adornam quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;		2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
I) os bens de estrangeiros a que se refere o art. 10 da Introdução do Código Civil e que continuam sujeitos à lei nacional do proprietário;	1) os bens de estrangeiros a que se refere o art. 10 da Introdução do Código Civil e que continuam sujeitos à lei do proprietário;		3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuam sujeitas à lei pessoal do proprietário;
I) as obras de origem estrangeira pertencentes às casas de comércio de objetos de arte;	1) as obras de origem estrangeira, pertencentes às casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;		4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
I) as obras de arte estrangeiras trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;	1) as obras estrangeiras trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;		5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais:
I) as obras de arte importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.	1) as obras importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.		6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.
Parágrafo único – as obras mencionadas nas alíneas III e IV terão alvará de licença para livre trânsito fornecido pelo Serviço de Tombamento e Fiscalização o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.	Parágrafo único – as obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.		Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
Art. 5 – O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 2º, na seguinte ordem:	Art. 4 – O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:		Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:
1) no Livro do Tombo Arqueológico e Etnográfico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica,	1) no Livro do Tombo Arqueológico ou Etnográfico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica,		1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte

ameríndia e popular e bem assim as mencionadas no art. 2º, §2º.	etnográfica, ameríndia e popular e bem assim, as mencionadas no §2º do citado art. 1º.		arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.
1) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;	1) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;		2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
1) no Livro do Tombo de Belas Artes, as coisas de arte erudita nacional ou estrangeira;	1) no Livro do Tombo de Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;		3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;
1) no Livro do Tombo de Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas nacionais ou estrangeiras	1) no Livro do Tombo de Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras		4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.
§1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.	§1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.		§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.
§2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas I, II, III e IV do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que será expedido para execução da presente lei.	§2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4, do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.		§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.
Art. 6 – O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará por simples deliberação da Diretoria do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mediante proposta fundamentada do órgão catalogador competente, mas deverá ser notificado à autoridade a que estiver afeta a coisa	Art. 5 – 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 notificada a entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.		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, afim de produzir os necessários efeitos.

tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.			
Art. 7 – O tombamento dos bens pertencentes a pessoas naturais e a pessoas jurídicas de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.	Art. 6 – O tombamento da coisa pertencente a pessoa natural ou a pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.		Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.
Art. 8 – Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo, ou sempre que o mesmo proprietário anuir por escrito à notificação para o tombamento feita pelo órgão competente.	Art. 7 – Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o 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.		Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o 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.
Art. 9 – Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa nos Livros do Tombo.	Art. 8 – Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.		Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.
Art. 10 – O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:	Art. 9 – O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:		Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

A Comissão Central, no Distrito Federal, ou a Comissão Regional competente, nos Estados notificará o proprietário a anuir ao tombamento, dentro do prazo de 15 dias, ou, se o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.	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, se o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.		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, se o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.
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 Livro do Tombo.	1) No caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico mandará, por simples despacho, que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.		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.
Se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros 15 dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de preparo ou custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo, que proferirá decisão a respeito dentro do prazo de 60 dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso administrativo.	1) 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, a fim de sustenta-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.		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.

	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.		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.
	Parágrafo único – Para todos os feitos, salvo a disposição do art. 13, desta lei, o tombamento provisório se equipara ao definitivo.		Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equiparará ao definitivo.
	Art. 11 – Os bens tombados, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidos de uma a outra das referidas entidades.		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.
	Parágrafo único – Feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.		Parágrafo único. Feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
	Art. 12 – As obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, são livremente transferíveis, uma vez que a alienação não implique a possibilidade de saírem dos pais.	Art. 12 – A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes da presente lei.	Art. 12. A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes da presente lei.

Art. 11 – O tombamento 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 especial, anexo ao registro geral de hipotecas e a cargo dos respectivos oficiais.	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.		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.
Parágrafo único – Em caso de transferência de propriedade de bens tombados, deverá o adquirente, sob pena de multa de 10% sobre o respectivo valor, faze-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou *mortis causa.* Na hipótese de deslocação da coisa no espaço, deverá o proprietário, sob pena da mesma multa, inscrevê-la no registro do lugar para que tiver sido transferida.	§1º - No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de 10% sobre o respectivo valor, faze-lo constar do registro, ainda que se trate de transmissão causa mortis.		§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.
	§2º - Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob a mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.		§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.
	§3º - A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.		§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

	Art. 14 – É nula a alienação de coisa tombada, uma vez que importe a possibilidade de evasão para fora do país.	Art. 14 – Suprima-se	
Art. 12 – No caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional dentro do prazo de 5 dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor da coisa.	Art. 17 – No caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor da coisa.		Art. 16. No caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sôbre o valor da coisa
Art. 13 – As coisas tombadas definitivamente e bem assim aquelas cujo tombamento houver sido alvitrado pelo órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, conforme notificação feita ao proprietário, não poderão em caso algum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial da Diretoria do Serviço, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de 50% do valor da coisa.	Art. 18 – 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 Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de 50% do dano causado.		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 Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.
Parágrafo único – Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados e aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na referida multa.	Parágrafo único – Tratando-se de bens pertencentes à União, os Estados ou aos Municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.		Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 14 – Nenhuma construção nova se poderá fazer na proximidade da coisa integral ou parcialmente tombada, importando em impedir ou reduzir a sua visibilidade, nem se poderá levantar qualquer anteparo, muro ou obstáculo junto à mencionada coisa, nem aí colocar anúncios ou cartazes de qualquer aspecto, salvo autorização expressa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.	Art. 19 – Nenhuma construção nova se poderá fazer nas proximidades de coisa tombada, importando impedir ou reduzir a sua visibilidade, nem se poderá levantar qualquer anteparo, muro ou obstáculo junto à mencionada coisa, nem ai colocar anúncios ou cartazes de qualquer espécie, salvo autorização expressa do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se, neste último caso, ao responsável a multa de 50% do valor do mesmo objeto.	Art. 19 – Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá fazer, na vizinhança da coisa tombada, construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem colocar anúncios ou cartazes.	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 objéto, impondo-se nêste caso a multa de cincoenta por cento do valor do mesmo objéto.
Art. 15 – A coisa tombada não poderá sair do país e, sendo tentada a sua exportação, será sequestrada preventivamente e em seguida desapropriada, pela União ou pelo Estado de que a mesma proceder, independentemente de qualquer indenização ao proprietário, que incidirá além disso nas penas cominadas no Código Penal para o delito de contrabando.	Art. 15 – 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.		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.
	Art. 16 – Feita a alienação de coisa tombada, na hipótese do art. 14, desta lei, ou sendo tentada a sua exportação, a não ser no caso previsto no artigo anterior, será a mesma sequestrada pela União, ou pelo	Art. 16 – 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.	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.

	Estado em que se encontrar.		
	§1º - A nulidade da alienação será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro.	§1º - Suprima-se.	
	§2º - Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de 50% do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que este se faça.		§ 1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que este se faça.
	§3º - No caso de reincidência por parte do proprietário, perderá este o domínio da coisa, em favor da entidade que promover o sequestro, sem nenhuma indenização.	§3º - No caso de reincidência, a multa será elevada ao dobro	§ 2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dobro.
	§4º - Em qualquer hipótese, a pessoa que fizer a alienação de coisa tombada com violação do disposto no art. 14 desta Lei, ou que tentar a exportação da mesma, incorrerá nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.		§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.
Art. 16 – O proprietário da coisa tombada que não quiser, por si e a sua custa, proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requer, levará ao conhecimento do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a	Art. 20 – 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		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 da multa a que se refere o art. 13.	necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa, correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.		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 a comunicação, a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará que se proceda às obras necessárias a expensas do Serviço, dentro do prazo de 90 dias, ou providenciará junto a quem de direito para a desapropriação da coisa integral ou parcialmente tombada.	§1º - Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará que se executem, 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.		§ 1º Recebida a 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 - À falta de qualquer das providências previstas no §1º, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.	§2º - À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.		§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.
		Art. 20 - §3º - Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras de 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.	§ 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.

			Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência.
			Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.
Art. 17 – A propriedade das obras artísticas ou históricas inscritas nos Livros do Tombo pode ser transferida livremente, desde que a transmissão não implique possibilidade de saírem do país. Todavia não será permitido nenhuma transmissão onerosa por *inter vivos* sobre referidas coisas, sem que previamente sejam oferecidas, tanto por tanto, à União e aos Estados, nesta ordem.	Art. 21 – 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.		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 bom como ao Estado e ao Município em que se encontrarem. O proprietário deverá		§ 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.		notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.
	§2º - É nula a alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitada a sequestrar a coisa e a impor a multa de 20% do seu valor ao transmitente e 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.		§ 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.
	§3º [ver abaixo]		
	§4º [ver abaixo]		
	§5º [ver abaixo]		
	§6º [ver abaixo]		
Art. 18 – O direito de preferência surgirá desde o momento em que o proprietário for notificado para o tombamento e se tornará definitivo desde que a coisa seja inscrita no Livro do Tombo competente. Este direito constituirá ônus real e acompanhará a coisa em poder de quem quer que a detenha.			

Art. 19 – Sempre que se tiver de dar a alienação onerosa de móveis ou imóveis provisória ou definitivamente tombados, deverá o proprietário notificar o titular de direito de preferência a usá-lo dentro de 90 dias, sob pena de perdê-lo [caso não torne] efetivo com o pagamento do preço declarado. [ilegível]			
Parágrafo único – A notificação se fará por escrito, entregue contra recibo, no lugar da situação da coisa, à repartição [ilegível] de preferente, que a encaminhará com urgência à Diretoria do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.			
Art. 20 – A infração disposta no art. Anterior importa em nulidade da alienação e habilita o titular do direito de preferência a reivindicar a coisa e a impor a multa de 50% do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão solidariamente responsáveis.			
Art. 21 – O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sobre o valor produzido em praça pelos bens tombados, para a cobrança de impostos em virtude de infrações da presente lei, com relação aos mesmos.	Art. 28 – O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sobre o valor produzido em praça por bens tombados, quanto ao pagamento de multas impostas em virtude de infrações da presente lei.		Art. 29. O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sobre o valor produzido em praça por bens tombados, quanto ao pagamento de multas impostas em virtude de infrações da presente lei.

Parágrafo único – Só terão prioridade sobre o privilégio a que se refere este artigo os créditos inscritos no registro competente antes do tombamento provisório ou definitivo da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.	Parágrafo único – Só terão prioridade sobre o privilégio, a que se refere este artigo, os créditos inscritos no registro competente, antes do tombamento da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.		Parágrafo único. Só terão prioridade sobre o privilégio a que se refere este artigo os créditos inscritos no registro competente, antes do tombamento da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
Art. 22 – O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor ou hipoteca.	Art. 21 - §3º - O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.		Art. 22 - § 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.
Art. 23 – Nenhuma venda judicial de bens provisória ou definitivamente tombados pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional se poderá realizar sem que o titular do direito de preferência seja previamente citado, sob pena de nulidade.	Art. 21 -§4º - Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação.		§ 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação.
§1º - A citação se fará judicialmente e os editais da praça não poderão ser expedidos, igualmente sob pena de nulidade, antes de acusada a citação em juízo.			
§2º - Ao titular do direito de preferência assistirá o direito à remissão, se dele não lançarem mão, até a assinatura do ato da arrematação, os executados, seus descendentes, ascendentes ou irmãos.	Art. 21 - §5º - Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir.		Art. 22 - § 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessôas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir.

§3º - O direito à remissão por parte da União ou do Estado poderá ser exercido dentro de 120 horas a partir do momento da assinatura da arrematação, não se podendo extrair carta de adjudicação ou de arrematação enquanto não se esgotar esse prazo, salvo se o arrematante for alguma das pessoas a quem assista, preferentemente, o direito à remissão.	Art 21 - §6º - O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do Município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência.		§ 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto do arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência
Art. 24 – O titular do direito de preferência poderá, em qualquer tempo, promover, independentemente de decreto especial, a desapropriação da coisa definitivamente tombada, recaindo a desapropriação sobre a dita coisa em sua integralidade, ainda que esteja apenas parcialmente tombada, salvo se o proprietário consentir na desapropriação parcial.			
Parágrafo único – A disposição do presente artigo é também aplicável aos imóveis situados na proximidade da coisa tombada, caso se torne necessário utiliza-los para preservar a integridade daquela ou valorizar o seu aspecto. [Aqui, há uma anotação manuscrita... Seria de alguém do IPHAN, que recebeu as notas ou, pelo contrário, seriam as notas de Pedro			

Baptista feitas sobre o projeto enviado por RMFA?].			
Art. 25 a 36 - Organização do SPHAN			
Art. 37 – O Governo Federal entrará em entendimento com o dos Estados para uniformização das leis e regulamentos que possuírem relativos à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.	Art. 22 – O Poder Executivo providenciará para a realização de acordos, na forma do art. 9º da Constituição, entre a União e os Estados, para melhor coordenação e desenvolvimento das atividades relativas à proteção do patrimônio histórico ou artístico nacional e para a uniformização da legislação estadual complementar sobre o mesmo assunto.		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.
	Art. 23 – A União manterá, para a conservação e a exposição de obras históricas e artísticas, de sua propriedade, além do Museu Histórico Nacional e do Museu Nacional de Belas Artes, tantos outros museus quantos se tornarem necessários, devendo, outrossim, providenciar no sentido de favorecer a instituição de museus estaduais e municipais, com finalidades similares.		Art. 24. A União manterá, para a conservação e a exposição de obras históricas e artísticas de sua propriedade, além do Museu Histórico Nacional e do Museu Nacional de Belas Artes, tantos outros museus nacionais quantos se tornarem necessários, devendo outrossim providenciar no sentido de favorecer a instituição de museus estaduais e municipais, com finalidades similares.

Art. 38 – A Diretoria do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional procurará igualmente entendimentos com as autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais ou jurídicas, com o objetivo de obter a cooperação das mesmas em benefício do patrimônio histórico e artístico nacional.	Art. 24 – O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional procurará entendimentos com as autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais e jurídicas, com o objetivo de obter a cooperação das mesmas em benefício do patrimônio histórico e artístico nacional.		Art. 25. O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional procurará entendimentos com as autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais o jurídicas, com o objetivo de obter a cooperação das mesmas em benefício do patrimônio histórico e artístico nacional.
Art. 39 – O proprietário de bens móveis ou imóveis tombados definitivamente pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional gozará de redução no imposto de renda proporcional à importância calculada para a conveniente conservação dos mesmos.			
Art. 40 – Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza e os de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial nos órgãos competentes do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente aos mesmos relações completas das obras artísticas e históricas que possuírem.	Art. 25 – Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes, igualmente, apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das obras históricas e artísticas que possuírem.		Art. 26. Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuírem.

Art. 41 – Sempre que os agentes de leilões tiverem de vender objetos de natureza idêntica a dos mencionados no artigo 41, deverão apresentar a respectiva relação ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de incidirem na multa de 70% sobre o valor do objeto vendido.	Art. 26 – Sempre que os agentes de leilões tiverem de vender objetos de natureza idêntica à dos mencionados no artigo anterior, deverão apresentar a respectiva relação ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de incidirem na multa de 50% sobre o valor dos objetos vendidos.		Art. 27. Sempre que os agentes de leilões tiverem de vender objetos de natureza idêntica à dos mencionados no artigo anterior, deverão apresentar a respectiva relação ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de incidirem na multa de cinquenta por cento sobre o valor dos objetos vendidos.
Art. 42 – Nenhum objeto de natureza idêntica a dos referidos no artigo [ilegível] poderá ser posto à venda por comerciantes ou agentes sem que tenha sido devidamente autenticado pelo órgão do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de multa de 50% sobre o respectivo valor.	Art. 27 – Nenhum objeto de natureza idêntica à dos referidos no art. 24 desta lei, poderá ser posto à venda por comerciante ou agentes de leilões, sem que tenha sido devidamente autenticado pelo órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de multa de 50% sobre o respectivo valor.		Art. 28. Nenhum objeto de natureza idêntica à dos referidos no art. 26 desta lei poderá ser posto à venda pelos comerciantes ou agentes de leilões, sem que tenha sido previamente autenticado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou por perito em que o mesmo se louvar, sob pena de multa de cinquenta por cento sobre o valor atribuído ao objeto.
Parágrafo único – a autenticação dos mencionados objetos será feita mediante o pagamento de uma taxa de peritagem, na conformidade da tabela anexa à presente lei.	Parágrafo único – A autenticação dos mencionados objetos será feita mediante o pagamento de uma taxa de peritagem de 5% sobre o valor da coisa, se este não exceder de 1:000$000, e de mais de 5$000 por cada 1:000$000 ou fração que exceder.		Parágrafo único. A. autenticação do mencionado objeto será feita mediante o pagamento de uma taxa de peritagem de cinco por cento sobre o valor da coisa, se este for inferior ou equivalente a um conto de réis, e de mais cinco mil réis por conto de réis ou fração, que exceder.
Art. 43 – Além dos créditos concedidos pelo Poder Legislativo, o Serviço do Patrimônio Histórico e			

Artístico Nacional será mantido:			
a) com o produto das multas aplicadas na conformidade da presente lei;			
b) com o produto de publicações do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional;			
c) com o produto de doações e subvenções			
Art. 44 – O Ministro da Educação e Saúde Pública expedirá os regulamentos necessários à execução da presente lei.			
		Art. xx – As missões arqueológicas ou etnográficas só poderão exercer atividade no território nacional com prévia autorização da Diretoria do Departamento, sob pena de apreensão de todo o material colhido e sem prejuízo de outras sanções em que incorrerem.	
		§1º - Em se tratando de missões particulares, o Governo se reservará sempre o direito de haver para os museus as peças ou objetos que entenda convenientes, mediante indenização razoável.	

		§2º - Em se tratando de missões oficiais estaduais ou estrangeiras, poderá o Governo reservar-se igual direito, e também o de exigir duplicatas de todas as peças ou objetos, arquivos documentais e ficheiros.	
	Art. 29 – Revogam-se as disposições em contrário.		Art. 30. Revogam-se as disposições em contrário.