



O TOMBAMENTO E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO NA ATUALIDADE

*THE “TOMBAMENTO” AND THE CURRENT PRESERVATION
OF HERITAGE BUILDINGS*

Wenderson Gagliano de Alvarenga

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal). Especialista em Direito
do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e em Direito Público pela
Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tombamento: origem, conceito e efeitos sobre a propriedade privada; 2 As Novas Ameaças ao Patrimônio Histórico e Cultural Edificado; 3 O Tombamento em Face do Atual Paradigma Constitucional; 3.1 A Liberdade Como Diretriz Para Preservação; 3.2 Utilidade Versus Museificação. Liberar Para Preservar. 3.3 Reinterpretando O Tombamento; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Após mais de setenta anos desde sua criação, o tombamento segue sendo o principal instrumento jurídico utilizado pelo Poder Público para preservação do patrimônio cultural edificado. Todavia, a realidade de degradação dos imóveis tombados demonstra que esta medida perdeu eficiência. O tombamento apenas transfere para os proprietários, o ônus da preservação que o Poder Público não foi capaz de assumir. Este trabalho propõe uma nova abordagem sobre a aplicação do tombamento. Inspirado numa visão utilitarista, busca-se uma reinterpretação tombamento a partir da convergência de forças para obtenção da maior satisfação de todos os atores impactados pelo instituto.

PALAVRAS CHAVE: Tombamento. IPHAN. Preservação. Reinterpretação. Utilitarismo. Liberdade.

ABSTRACT: After over seventy years since its creation, "tombamento" continues being the main legal instrument used by the Government to preserve listed heritage buildings in Brazil. However, the degradation of listed buildings demonstrates this instrument has lost efficiency. The "tombamento" only transfers to the private owners the responsibility of preservation that the Government was not able to assume. This paper proposes a new view of the "TOMBAMENTO" legal use. Inspired by the Utilitarian Philosophy, it seeks a reinterpretation of "tombamento" from the convergence of interests to obtain the greatest satisfaction of all parts involved.

KEYWORDS: Tombamento. IPHAN. Preservation. Reinterpretation. Utilitarianism. Freedom.

INTRODUÇÃO

Em países europeus, são conhecidos inúmeros casos de construções modernas integradas a prédios e sítios históricos, que criam uma nova concepção da paisagem, além de possibilitar a adaptação dos projetos originais às utilidades tecnológicas atuais. É o que se verifica, por exemplo, no *Reichstag* (parlamento alemão) em Berlim ou nas pirâmides do museu do Louvre em Paris ou mesmo na infinidade de residências seculares dos centros urbanos que permanecem ocupadas, preservadas e funcionais.

No Brasil, contudo, a realidade é distinta. Os centros antigos de cidades como Salvador e Rio de Janeiro são tomados pelo abandono, decadência e degradação. Ao mesmo tempo em que edifícios históricos se deterioram aos olhos de todos, são raros os projetos que integram estas construções com a paisagem moderno. A dificuldade vai desde a instalação de um reservatório de água, até à melhor disposição dos cômodos da habitação.

É neste panorama que se pretende analisar criticamente a utilização do tombamento como o principal instrumento de preservação do patrimônio cultural edificado.

A abordagem se inspira no viés utilitarista¹, de maneira tornar o tombamento mais eficiente no propósito de preservação de imóveis. Seguindo nesta linha, o estudo terá como base algumas orientações técnicas adotadas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), a legislação federal sobre tombamento, a jurisprudência dos nossos tribunais e o paradigma de algumas ações judiciais envolvendo a preservação de imóveis tombados.

Por fim, pretende-se demonstrar que a eficiência do tombamento como instrumento de preservação, reclama do Poder Público, uma abordagem atenta aos novos fatores de ameaça do patrimônio cultural edificado e que se harmonize com o contexto socioeconômico das grandes cidades. Nesta linha de compreensão, a preservação de imóveis tombados passa também pela aceitação de um novo modelo de administração gerencial, que concilie interesse público e privado na busca de uma solução economicamente viável para ambas as partes. Somente desta forma será possível revigorar o tombamento, ampliando o bem-estar de todos as partes afetadas pela medida.

1 Reportando-se a escola filosófica que teve nas figuras de Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) seus principais precursores e cujos argumentos ainda hoje são utilizados nos processos decisórios.

1 TOMBAMENTO: ORIGEM, CONCEITO E EFEITOS SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

O instituto do tombamento em nosso país é um produto do intervencionismo estatal que caracterizou o Estado Novo no Brasil. A Carta de 1937 foi outorgada em 10 novembro pelo presidente Getúlio Vargas. Quinze dias depois, o mesmo presidente, diante do congresso fechado, promulgava o Decreto Lei nº. 25 de 30 de novembro de 1937 que instituía o tombamento.

É sob a influência deste ambiente intervencionista e limitador de direitos e liberdades individuais que o tombamento compulsório surge no nosso ordenamento jurídico, por meio dos artigos 8º e 9º do Decreto Lei 25/37. A raiz constitucional que serviu de alicerce ao instituto do tombamento compulsório, nos fornece uma ideia suficientemente clara das características deste instrumento cujo preceito normativo se mantém intacto até hoje.

A despeito de sua origem autoritária, segundo Edmir Netto de Araújo (2007, P. 1063), o Decreto-Lei nº 25/37 foi recepcionado pelas Constituições que se seguiram até a Carta de 1988. De fato, todos os tribunais regionais federais, o STJ e o STF, relacionam precedentes, posteriores a Constituição Federal de 1988, baseados na aplicação do Decreto-Lei 25/37.

Em linhas gerais, o tombamento pode ser definido como ato administrativo através do qual o Estado intervém no direito de propriedade privada ou pública com objetivo de preservar o patrimônio histórico e cultural. É ato de natureza declaratória, gratuito, permanente e indelegável, voltado à preservação das características originais do bem e que se realiza com sua inscrição no livro de tomo (tombamento em sentido estrito). Por se tratar de limitação no direito de propriedade, o tombamento enseja ainda averbação no registro de imóveis ao lado da transcrição de domínio (art. 13 do Decreto/Lei 25/37).

Em relação ao grau de limitação da propriedade, o STF firmou entendimento de que, em certos casos, quando o proprietário sofre um dano especial relativo ao seu direito de propriedade, fará jus a indenização, tal como numa desapropriação indireta. Não importa se a limitação advinda do tombamento impuser o dever de se manter e preservar as características originais do imóvel, ou se impuser uma destinação específica para seu uso, toda vez que for apurado o esvaziamento econômico da propriedade, o tombamento se transfigura em uma desapropriação indireta².

2 STF, RE 361.127 AgR/SP, Rel. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 15/05/2012; STF, RE 219.292/MG, Rel. Octávio Gallotti, 1ª Turma, DJ 23.06.2000 e STF, RE 182.782/RJ, Rel. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 09/02/1996.

Sobre os efeitos do tombamento, é oportuno trazer à leitura a posição precisa de José Cretella Junior (1945, p. 56):

Os efeitos ou conseqüências do tombamento do bem resumem-se quer em restrições negativas, de natureza de um *non facere* (os bens não poderão ser destruídos, demolidos, mutilados, reparados, restaurados, pintados, consertados, alienados, alterados, modificados), quer em restrições positivas, verdadeiras imposições do poder público, de natureza de um *facere* (os bens deverão ser conservados, vigiados, cuidados pelo proprietário que, nesse mister, procederá como um *bonus pater familias*).

A limitação do tombamento se estende, inclusive, aos imóveis situados no entorno do bem tombado, ensejando também sobre estes, relevantes limitações ao direito de propriedade.

2 AS NOVAS AMEAÇAS AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL EDIFICADO

Em discurso no 5º Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil em Salvador, o jurista e vereador da capital baiana, Edvaldo Brito (2013), defendeu a transmissão, sem ônus, de imóveis abandonados para o município. Em suas palavras:

No ano de 2009, Salvador tinha 224 imóveis abandonados, sendo a maioria no Centro Histórico, dos quais 111 corriam risco de desabamento. Entendam que é o IPHAN, com dinheiro público, que faz contenções de proteção. O mesmo acontece com as desapropriações destes imóveis, sobre as mais variadas fundamentações, protegendo o proprietário. Nós achamos que essa interferência só pelo tombamento e pela desapropriação não tem sentido, ainda que seja em uma situação de proteção para nós, transeuntes.

Em seguida arrematou:

Define o nosso direito que a propriedade tem que ter uma função social. Se é função social, estamos dentro desta concepção de que na Bahia e no Brasil nada mais pode ser aceito ou interpretado dentro da concepção do individualismo jurídico. Tudo, portanto, tem que ser referenciado pelo socialismo jurídico. Vamos acabar com isso, vamos raciocinar. É possível a transmissão do imóvel sem ônus ao

patrimônio do Município? É. Não há a menor inconstitucionalidade no Código Civil.

A despeito da proposta apresentada pelo Jurista Baiano, uma vez integrados ao patrimônio do Poder Público, caberia a este assumir a restauração e proteção destes imóveis, incorporando ao município mais uma atribuição que talvez não lhe fosse possível suportar. Os recursos do Estado nas suas diversas áreas de atuação são, por definição econômica, escassos em relação às demandas existentes, a preservação do patrimônio cultural é um ônus que demanda significativos recursos. Fernando da Rocha Peres (2009, p. 12), ex-diretor da Superintendência do IPHAN para os estados da Bahia e Sergipe, questionado sobre o que havia por trás dos tombamentos de bens imateriais respondeu:

Evidentemente que tomar o acarajé é tomar a receita do acarajé; tomar a capoeira é tomar a gestuária, as letras, a música da capoeira, mas estes tombamentos não são custosos, ou seja, não vão onerar o governo, seja ele federal, estadual ou municipal. Enquanto que tomar um imóvel significa mantê-lo, restaurá-lo, conservá-lo, e isso eles não querem mais fazer, porque os recursos são escassos e já não faz mais parte da política desses senhores esta ideia de que o passado tem de ser preservado, principalmente os monumentos.

Ademais, superada a limitação orçamentária, o administrador ainda iria se defrontar com o modelo burocrático de execução orçamentária. Algo que lhe impõe dificuldade até mesmo no momento de eleger a prioridade a ser atacada.

Na outra ponta, caberia se perguntar também, se o estado de abandono destes imóveis se deu em razão da indisposição deliberada dos seus proprietários ou por conta de dificuldades impostas pelo sistema vigente.

O número de bens tombados vem crescendo numa velocidade muito maior do que ocorria nos primeiros anos de criação do tombamento. Em consulta ao Arquivo Noronha Santos, que contém o acervo de bens tombados pelo IPHAN, verifica-se que entre os anos de 1970 a 2000, foram efetuados mais que o dobro do número de tombamentos das décadas anteriores.

Paralelamente, o desejo por melhores condições de habitabilidade foi tomando conta da população. Diogo Figueiredo Moreira Neto (1977, 129) discorrendo sobre a evolução do urbanismo e o problema da habitação nos nossos dias cita Patrick Geddes (a quem atribui a condição de um dos mestres do urbanismo moderno) quando narra o quanto de idealismo e

sacrifício foi despendido para que obtivéssemos melhores condições de habitabilidade. Assim, num contexto anterior à Constituição Federal de 1988, mas antevendo o processo evolutivo pelo qual passava o urbanismo naquela ocasião, Moreira Neto (1977, p. 129-130) vaticinou:

[...] esperar pela evolução, aguardar que, à custa de sofrer, gerações preparem a felicidade dos remotos descendentes, é a contradição do planejamento. Ainda porque a “evolução” se pode dar, como parece, de modo a frustrar as esperanças da humanidade. Cabe ao Estado a tarefa de abreviar o processo, pondo o Poder, que concentra, a serviço da boa habitação na boa cidade.

Destarte, durante o processo histórico, novos fatores - seja de natureza ideológica ou socioeconômico, mas sempre contextuais, ou seja, relacionados com a realidade e época daquela sociedade - vão conferindo o funcionamento e a significação ao território urbano, o que pode contribuir para a deterioração do patrimônio cultural edificado. Vale dizer, além de se sujeitarem às ameaças tradicionalmente conhecidas como as inundações, ou a ação do tempo, identificam-se ainda novas ameaças, relacionadas a fatores contemporâneos inerentes à sociedade, como a ausência de políticas públicas específicas, a baixa consciência preservacionista da população, a pressão exercida pelo déficit habitacional, a decadência de algumas zonas urbanas, a necessidade por melhorias habitacionais e por espaço em áreas valorizadas. Estas novas ameaças parecem estar diretamente relacionadas à compreensão crítica do espaço urbano, ligando-se também ao processo de urbanização acelerado das cidades brasileiras³, que atingiu sensivelmente os imóveis tombados.

Nesta linha de intelecção, os prolegômenos da Convenção de Paris de 1972 já destacava o surgimento de novas ameaças ao patrimônio cultural, relacionadas a fatores socioeconômicos, além daquelas tradicionalmente conhecidas:

Constatando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural estão cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica que as agrava através e fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais importantes

3 Alguns destes aspectos derivados do processo de urbanização podem ser observados na análise elaborada por Pedro Paulo A. Funari (2001), *in* Os Desafios da Destruição e Conservação do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Em meio a estas situações, a Administração Pública ainda enfrenta recorrentes investidas dos órgãos de controle externo em torno do mérito de suas decisões o que fragiliza, em grande medida, os ensaios voltados a ruptura com paradigmas preservacionistas obsoletos.

Exemplo disto pode ser visto na ação civil pública nº 2009.33.00.007085-1, proposta pelo Ministério Público Federal em maio de 2009, na 8ª vara da seção de justiça federal da Bahia, através da qual objetivou anular o ato do IPHAN que autorizava intervenções no Casarão de Azulejos e em mais cinco casarões em seu entorno. Tratam-se de imóveis tombados, localizados na região central de Salvador/BA e que abrigariam um hotel de luxo, preservando-se, todavia, suas principais características como volumetria, fachada e outros elementos construtivos. Em cognição preliminar, o Juízo da 8ª vara deferiu medida cautelar suspendendo os efeitos da autorização da Autarquia. Somente em maio de 2011 a ação foi julgada improcedente em primeiro grau e afastados os efeitos da decisão liminar. Naquela ocasião, porém, houve desistência do investimento empresarial e, atualmente, o imóvel se encontra abandonado, sem utilidade alguma e em avançado estado de degradação.

Situação quase idêntica se deu em relação a instalação do Museu da Língua Portuguesa na Estação da Luz em São Paulo, quando o Ministério Público Federal também tentou anular a autorização concedida pelo IPHAN, por meio da ação civil pública nº 2005.61.00.000004-7, proposta na 2ª vara da seção judiciária federal de São Paulo, por considerar ilegais as intervenções autorizadas para instalação do museu. Felizmente, neste caso, o investidor manteve seu propósito de criação do museu e assim, uma vez superado o impasse judicial a favor do entendimento da Autarquia, o projeto se tornou uma grata realidade.

Aparentemente, ainda prevalece no Ministério Público, em alguns setores do Judiciário e também no próprio IPHAN, uma interpretação demasiadamente presa à literalidade das disposições preconizadas pelos artigos 17 e 18 do Decreto-Lei 25/37, voltada à máxima limitação sobre o bem tombado, classificando como mutilação qualquer alteração que possa ser aplicada ao imóvel. Esta visão, acaba fortalecendo às novas ameaças ao patrimônio histórico e cultural, na medida em que limitam soluções, no âmbito da discricionariedade do Poder Público, voltadas à conferir utilidade ao imóvel em consonância com o interesse privado.

3 O TOMBAMENTO EM FACE DO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

De uma forma geral, os proprietários rejeitam e temem a possibilidade do seu imóvel vir a ser tombado, certos de que terão seu direito de

propriedade limitado e ainda sofrerão o pesado encargo de preservá-los. Uma evidência disto está no repositório “perguntas frequentes” no sítio do IPHAN na internet⁴. Todas as perguntas relacionadas dizem respeito ao tombamento, suas repercussões e contrapartidas para o proprietário. Esta situação acaba sendo determinante para preservação do bem, pois, muitas vezes, resulta no esvaziamento econômico do imóvel ou na sua museificação, termo que sugere paralisia e inércia, ou seja, resistência negativa (GUIMARAENS, 2010).

A despeito disto, desde quando foi instituído pelo Decreto Lei 25/37, o tombamento segue, quase soberano, como principal instrumento legal voltado à preservação de imóveis dotados de relevante valor histórico e cultural. A realidade de nossos imóveis e conjuntos tombados revela, no entanto, que este instrumento está longe de atingir a eficiência esperada em termos de preservação. Uma parte expressiva dos imóveis e conjuntos tombados pelo IPHAN, estão relegados ao abandono, decadência e à ruína, caminhando rapidamente para o completo desaparecimento.

Diante desta situação, o desafio que se apresenta é o de saber se o tombamento, da forma como vem sendo utilizado pelo Poder Público, ainda pode ser tomado como o instrumento mais adequado (eficiente e eficaz) para assegurar a preservação do patrimônio histórico e cultural edificado.

Ao longo de mais de 70 anos, o tombamento não sofreu qualquer alteração em sua disposição legal. Em que pese o dinamismo do cenário sócio-econômico que influencia diretamente a construção do espaço urbano, o tombamento - acompanhado de longe pela desapropriação - permanece sendo o principal instrumento de preservação utilizado pelo Poder Público.

Não obstante, a Constituição de 1988, ter aberto caminho para novas possibilidade de preservação⁵, que vão além das antigas fórmulas marcadas pelo intervencionismo estatal.

Esta concepção vanguardista estabelece novos paradigmas que deverão orientar a Administração Pública, sobretudo para libertá-la de antigas fórmulas que ignoram as demandas de uma sociedade em que o cidadão possui direitos fundamentais, limitadores da própria ação do Estado e que tendem a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo (SILVA, 1994, p. 120).

Resta, portanto, superar uma postura altamente intervencionista, que remanesce à década de 1930, e resultou num situação quase inconciliável

4 Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=100&sigla=Institucional&retorno=paginaPerguntasFrequentes>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

5 O próprio texto constitucional preconiza em seu art. 216, §1º a utilização de outras formas de acautelamento e preservação diferentes do tombamento.

com a realidade social do momento, para se atingir um novo patamar de preservação, reinterpretando o tombamento de forma a produzir o máximo de bem-estar para as partes interessadas, isto é, conciliando-o, em alguma medida, com os interesses subordinados que foram afetados pelo ato.

3.1 A LIBERDADE COMO DIRETRIZ PARA PRESERVAÇÃO

A sabedoria popular nos ensina que a diferença entre o remédio e o veneno está na dose que se aplica ao paciente. Quando o tombamento passou a representar o principal instrumento legal para preservação de imóveis, seu uso indiscriminado parece ter acarretado graves efeitos colaterais, em detrimento do objetivo que se desejava alcançar. Diante do estado de degradação que se encontra grande parte dos bens tombados, foi como se as altas doses deste remédio, acabassem por envenenar o paciente.

Em suas objeções gerais a ação governamental Stuart Mill (1983, V. II, p. 398) alerta para o fato de que as funções adicionais que vão sendo assumidas pelo governo, terminam figurando como uma nova obrigação a um organismo sobrecarregado. Isto resulta em atividades malfeitas e em outras que sequer serão feitas. Assim, as atividades mais incômodas acabam sendo adiadas ou negligenciadas pelos gestores. O próprio Mill, contudo, ressalva que este inconveniente era atribuído muito mais à má organização dos governos do que a amplitude de tarefas que são assumidas.

Na resenha introdutória ao Livro Quinto – Da Influencia do Governo (In: Princípios de Economia Política), Raul Ekerman (apud MILL, 1983, V. I, p. XXIV) simplifica o pensamento de Mill afirmando que, para este, a interferência do governo tem aspectos bons e aspectos ruins. A interferência deve ocorrer, portanto, para maximizar os aspectos bons e minimizar os aspectos ruins. E um critério fundamental para se distinguir o “bom” e o “ruim” é o efeito sobre a “liberdade do indivíduo”, se for restringida é ruim, se for ampliada é bom.

Sem dúvida alguma, ao longo de mais de 70 anos e após a Carta de 1988, muitas funções foram atribuídas ao Estado. No entanto, em vista do nível de conservação dos bens tombados em geral, é de se questionar se a postura intervencionista do Poder Público, acabou por afasta-lo da missão de promover adequadamente a proteção do patrimônio cultural brasileiro, transferindo este ônus apenas para o proprietário do imóvel tombado, tolhendo-lhe demasiadamente sua liberdade quanto ao seu direito de propriedade.

3.2 UTILIDADE VERSUS MUSEIFICAÇÃO. LIBERAR PARA PRESERVAR

O Poder Público hesita em aceitar que o processo de degradação das áreas tombadas está associado à limitação de uso e esvaziamento econômico decorrente do ato de tombamento. Pouco cogita a possibilidade de que, a flexibilização das restrições de uso em determinados imóveis, possa resultar favoravelmente na preservação destes. O que se apresenta como um aparente paradoxo (liberar para preservar), na prática, não se confirma desta maneira. A caça esportiva nos locais em que está devidamente regulamentada não foi adotada para promover a extinção dos animais caçados e, de igual forma, a concessão de uma liberdade maior para intervenções autorizadas em imóveis tombados não resultarão em sua ruína.

A Carta de Veneza de 1964, atenta à diversidade e à complexidade de problemas que resultaram nas novas ameaças ao patrimônio histórico e cultural, preconiza que o processo de preservação do monumento histórico é sempre favorecido quando guarde uma *função útil à sociedade*. Destarte, viabilizar a *preservação e destinação compatível com as necessidades da sociedade contemporânea* é o grande desafio da gestão pública acerca dos imóveis tombados, atuação que se concretizará apenas por meio da discricionariedade administrativa e do rompimento dos antigos paradigmas preservacionistas.

Timidamente, o IPHAN dá sinais de ter despertado em relação à necessidade de se adaptar à realidade urbana das grandes cidades. No documento divulgado em novembro de 2010, com o título “Normatização de Cidades Históricas. Orientações para a Elaboração de Diretrizes e Normas de Preservação para Áreas Urbanas Tombadas”, a autarquia apresenta considerações sobre a preservação no contexto atual das grandes cidades e conclui afirmando:

Portanto, conciliar o desenvolvimento sustentável à preservação do patrimônio cultural é um dos maiores desafios tanto para o IPHAN quanto para a administração pública local. E nesse momento o estabelecimento de diretrizes claras tanto para a preservação, quanto para a qualificação das áreas tombadas, torna-se estratégico. Se definidas de forma abrangente, pautada em uma clareza de critérios e incorporando aspectos contemporâneos – como a possibilidade e mesmo necessidade de renovação, o entendimento das dinâmicas urbanas, e o respeito aos anseios sociais – é possível estabelecer pactos onde todos saiam ganhando. (IPHAN, 2010, p 09)

Seguindo esta concepção inovadora, o IPHAN propõe uma nova abordagem acerca do art. 17 e 18 do Decreto-Lei 25/37, reconhecendo que normas eficazes e coerentes voltadas à preservação do acervo histórico e cultural devem estar afinadas com as necessidades atuais da população:

Ou seja, precisam discernir entre o interesse público e o privado, e precisam contar com elevado grau de razoabilidade em sua elaboração, de forma a garantir a preservação das características que motivaram seu tombamento, sem representar um entrave para a qualidade de vida da população que ali vive ou que utiliza a área.

Ou seja, as normativas precisam, além de ser ferramentas de controle, ter a capacidade de implantar diálogos locais, relacionados com parâmetros realistas da qualidade de vida da população, e que idealmente sejam incorporados aos planos diretores das cidades, e assim fiscalizados em conjunto com as prefeituras e associações locais. (IPHAN, 2010, p. 18)

A Portaria IPHAN nº 420 de 20/10/2010, em princípio, parece convergir com esta nova abordagem, uma vez que assegurou a análise das propostas de intervenções pelas Superintendências. Contudo, ao se analisar o seu texto, verifica-se que o IPHAN renunciou, em favor do perfil estático da norma, a autonomia que deveria ter sido assegurado aos agentes públicos no exercício de suas atribuições.

Ademais, a referida norma apresenta um longo e complexo procedimento para análise prévia de intervenções, que pode evoluir até ao Presidente do IPHAN. Sem dúvida alguma, isto já nos parece incompatível com o modelo gerencial que deveria balizar o procedimento proposto pelo IPHAN, assim como o resultado ágil e eficiente esperado pela sociedade. Em seus fundamentos, portanto, a Portaria 420 de 20/10/2010 não se coaduna com as balizas propostas em “Normatização de Cidades Históricas. Orientações para a Elaboração de Diretrizes e Normas de Preservação para Áreas Urbanas Tombadas”. O impulso imobilizador e intervencionista ainda prevalece na regulamentação da Autarquia Federal.

A cooperação que se propõe entre o Poder Público e as populações interessadas não pode ser engessada pela norma, pois assim não passará de mera intenção, algo que, na rotina da Administração Pública, pode não valer de quase nada. Tanto o *diálogo*, se for constante, como também os *parâmetros realistas da qualidade de vida da população*, propostos pelo IPHAN em “Normatização de Cidades Históricas. Orientações para a Elaboração de Diretrizes e Normas de Preservação para Áreas Urbanas Tombadas”, são fatores dinâmicos que não se compatibilizam com soluções

permanentes que congelam a utilização do bem tombado. De acordo com Bresser Pereira (2001, P. 12) “Sem algum grau de confiança porém, é impossível se obter cooperação e, embora a administração seja um modo de controle, é também um modo de cooperação”.

A afirmação de Pereira encontra alicerce nas objeções gerais de Mill à ação governamental. Baseando-se no princípio da divisão do trabalho, Stuart Mill critica a concentração de poderes deliberativos nas mãos de poucos funcionários, muitas vezes distantes da situação concreta que haverão de decidir. Para Mill (Mill, V. II, p. 399):

[...] uma boa organização interna do mecanismo administrativo, deixando aos subordinados – e, na medida do possível, aos subordinados locais – não somente a execução, mas em grande parte também o controle dos detalhes; além disso, exigindo deles contas, mais dos resultados de seus atos do que dos atos como tais, a não ser na medida em que estes cheguem ao julgamento dos tribunais; além disso, adotando as garantias mais eficazes para nomeação de pessoas honestas e capazes, abrindo ampla possibilidade de promoção dos graus inferiores da escala administrativa para os graus superiores, deixando ao funcionário, a cada passo, um campo mais amplo para decisões, de modo que, no grau máximo possível, em cada setor a deliberação possa concentrar-se nos grandes interesses coletivos do país.

Falta ao IPHAN um desprendimento do modelo tradicional que dificulta o atingimento de metas de preservação e, em certa medida, o protege do controle de resultados.

O modelo que ainda persiste na Autarquia proporciona a repetição de programas ultrapassados, anacrônicos, em prejuízo do erário e do próprio patrimônio cultural, que se mantém sobre constante situação de risco.

Então, quais modelos poderiam inovar ou atualizar os instrumentos tradicionais de preservação?

Primeiramente, o que se deve ter em conta, é a orientação hodiernamente adotada e reconhecida pelo próprio IPHAN, para viabilizar a preservação dos bens imóveis. Neste sentido, é indispensável resguardar a discricionariedade exercida pelo IPHAN, desde suas primeiras instâncias decisórias, sem se olvidar do propósito de conciliar preservação com às necessidades da sociedade moderna. Não se pretende com isso criar incertezas acerca do conteúdo da norma, mas sim, como orienta Bresser Pereira, uma redefinição de sua aplicabilidade, injetando confiança aos agentes públicos, sem perder o controle dos resultados.

O segundo eixo de orientação se volta para o resgate do interesse de proprietários de imóveis tombados em conferir utilidade ao seu bem. Isto só se dará através do exercício, mais amplo quanto possível, do seu direito de uso. Mesmo entre as propostas preservacionistas mais conservadoras, é patente reconhecer que o uso é o principal vetor de conservação do imóvel tombado.

A imobilidade ou *congelamento* (como às vezes é chamado o efeitos do tombamento) de um imóvel, ainda que momentaneamente restaurado, pode ensejar um outro tipo de prejuízo a sua preservação, conforme alerta Pelegrini (2006, p. 123) reportando-se à Carta de Nairobi:

Não por acaso, a “Carta de Nairobi” (1976) ao ocupar-se das “Recomendações relativas à preservação e ao papel contemporâneo das áreas históricas”, alertou para os perigos da abordagem e do trato meramente museais dos núcleos históricos, suas repercussões na esfera dos negócios turísticos e da especulação imobiliária. Naquela ocasião, essa carta já definiu o ambiente como o cenário natural ou construído pela ação humana e aconselhou que os núcleos históricos fossem observados no seu conjunto, abarcando a “organização espacial” e seus arredores, as edificações e seus entornos, e particularmente as “atividades humanas” desenvolvidas no local.

Por tais razões, o direito de uso deve ser entendido como uma potencialidade favorável à preservação do bem tombado, jamais o oposto, como prevalece atualmente. Isto significa que, quanto mais o possuidor dispuser do direito de uso, tanto mais se estará favorecendo a preservação do imóvel pelo seu usuário, sem deixar de se considerar que o dito imóvel não estará livre de limitações que assegurem seus traços de referência cultural. É preciso se ter em elevada medida o referencial de que “Preservar significa, antes de tudo, reapropriar-se, resgatar um sentido, às vezes ininteligível, que nos amarra ao mundo, um fio de Ariadne no labirinto” (FREIRE, 1997, p.304).

3.3 REINTERPRETANDO O TOMBAMENTO

A limitação do tombamento a certos elementos arquitetônicos e construtivos existentes em determinados imóveis, parece ser um mecanismo viável para conciliar o propósito preservacionista do tombamento e a utilidade que se espera da construção. Em relação a certos imóveis, levando em conta suas características construtivas, o local em que se encontra e sua vocação econômica, o tombamento poderia não mais recair

sobre toda edificação, mas apenas sobre alguns dos seus elementos, tanto quanto suficientes para resguardar as especificidades que o motivaram. Assim, o eixo que domina a motivação do tombamento se deslocaria da indisponibilidade absoluta do imóvel, para a máxima disponibilidade, cabendo ao mesmo ato dispor quanto ao grau de limitação imposto ao proprietário que até poderia ser absoluto.

Casarões isolados como o palacete Franco de Melo no nº 1919 da avenida Paulista poderiam ser acoplados à edificações modernas, como se vê na Europa, aproveitando a ambiência do local. O casarão construído em 1905, foi tombado pelo Conselho do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado (CONDEPHAAT) em 1992. O ato gerou uma disputa que se arrastou por mais de 20 anos entre o Estado de São Paulo e os proprietários. Segundo reportagem publicada no jornal O Estado de São Paulo (BUGARELLI, 2012), o proprietário requereu que o imóvel fosse desapropriado, ao argumento de que ao ato “esvaziou” seu valor econômico, impedindo sua venda para construção de um prédio. O proprietário morreu em 2006, antes do fim da ação. Por causa da má conservação, a Justiça aplicou multa diária de R\$ 5 mil aos herdeiros. Em 2012 o casarão tinha mais de R\$ 15 milhões em dívidas de IPTU e atualmente se encontra em péssimo estado de conservação.

O tombamento de fachadas é outra opção que deveria ser melhor aproveitada. A medida não é uma inovação entre os órgãos de proteção, muito embora ainda seja escassamente utilizado pelos entes Públicos. O IPHAN registra no Livro do Tombo pelo menos dois tombamentos de fachadas de prédios na relação de edificações isoladas. Isso, talvez, em razão destas fachadas, terem sido o que sobrou após a ruína da construção original.

A imprensa paulistana noticiou em 2012 que o CONDEPHAAT havia tombado a fachada do cinema Belas Artes, localizado na Rua da Consolação, na capital paulista⁶. Segundo informação veiculada pela imprensa, o Conselho deliberou pelo tombamento da fachada do edifício e mais quatro metros para dentro. O ato de tombamento procurou resguardar o registro permanente da memória aderente ao lugar. A limitação do tombamento à fachada do edifício permite, no entanto, que o particular utilize-o de acordo com a vocação que lhe aprouver, resguardando, desta maneira, o interesse econômico prédio e a sua preservação em razão do uso.

Com efeito, em muitos casos, a redução do tombamento a alguns elementos construtivos que representem e assegurem a memória do modelo de edificação possibilitará que o seu proprietário possa efetivamente utilizar

6 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,condephaat-tomba-a-fachada-do-belas-artes,945902,0.htm>>. Acesso em: 28 dez.2013.

o bem de acordo com suas necessidades e assim salvar o imóvel tombado da completa ruína. Assim, a depender de cada imóvel, o tombamento poderia recair, por exemplo, sobre sua fachada e determinadas paredes e pilares em percentuais da estrutura construída, suficientes para preservar a técnica utilizada, a fachada, afrescos, volumetria etc. Assim, os demais elementos da construção, livres do escopo do tombamento poderiam ser alterados pelos proprietários, sem violar o propósito preservacionista⁷.

É de se imaginar que uma proposta como esta cause arrepios aos diversos setores técnicos e órgãos de controle imbuídos na preservação do patrimônio cultural edificado. Todavia, ao se defrontar com o estado de preservação do rico acervo edificado brasileiro e as perdas que sofre a cada ano pelos diversos fatores de ameaça, não se pode ignorar que o modelo reclama uma solução que prestigie a utilidade dos imóveis.

É preciso que os atores preservacionistas incorporem a consciência de que uma edificação tombada não é uma escultura que simplesmente existe para ser contemplada, estudada ou colecionada como as que repousam dentro de museus. A conservação de qualquer bem imóvel, seja tombado ou não, está associada aos fatores sócio-econômicos do espaço em que está inserido e à possibilidade real (e não artificial) de sua utilização. Um imóvel sem uma destinação específica, seja qual for, mesmo que restaurado por algum tempo, tende a se deteriorar com muito mais rapidez do que aquele que atende a necessidade de alguém. Por esta razão, o *uso* deve ser visto como um elemento indispensável na concepção das ações administrativas voltadas à proteção do patrimônio cultural edificado. Sendo que este uso, na medida do possível, deve ser definido pelo particular e não pelo Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filósofo e historiador português Pedro Calafate (2013, p. 10), oferece uma visão bastante ilustrativa da riqueza que o patrimônio histórico e cultural representa para uma nação:

Ninguém se refere a uma nação como a nação de um banqueiro ou de um empresário. Mas é possível se referir a nação de Camões e Machado de Assis. A memória é isso. A memória é o gênio de um povo. Se um banco falir o país fica pobre por alguns anos. Se a memória falir, fica

7 Lúcia Valle Figueiredo (2008, 314-318) descreve três níveis de intervenção na propriedade por meio do tombamento. No nível mais brando o tombamento não induz nenhuma indisponibilidade significativa em relação ao bem, isentando o Estado do dever de indenizar o proprietário. No nível intermediário, a indisponibilidade seria parcial ensejando indenização ao proprietário do bem tombado. No nível mais agudo, a indisponibilidade recairia de tal forma sobre o bem, que o proprietário já não teria disponibilidade sobre o referido bem, situação que reclamaria a desapropriação no lugar de indenização.

pobre para sempre. A memória estrutura nossa identidade. E seu valor é extraordinário.

E prossegue discorrendo sobre importância das coisas autênticas num mundo globalizado:

A carência de autenticidade num mundo globalizado faz com que ela seja valiosíssima. E a autenticidade só é possível com memória. Não perceber isso é uma cegueira terrível. Nós, hoje, viajamos e não podemos comprar nada para levar ao nosso País que já não haja nele. A globalização tornou tudo igual. O que não conseguem tornar igual é o patrimônio. O patrimônio cultural dos povos ganha valor inestimável com a globalização.

Como bem imóvel, o patrimônio cultural edificado transcende o valor material que lhe é atribuído pelo mercado, para abrigar também um valor imaterial atribuído por uma coletividade que expressa nestas estruturas parte da sua memória cultural. É algo autêntico como o código genético que cada ser humano carrega e que revela parte da identidade que nos distingue.

O Poder Público, por sua vez, não pode mais ignorar os novos fatores de ameaça à preservação, decorrentes de interesses socioeconômicos que serão sempre hegemônicos na nossa sociedade e, portanto, determinante em qualquer projeto de preservação.

Abstrair o fato de que muitos bens tombados, e eventualmente um conjunto destes, estão erguidos sobre terrenos que valem verdadeiras fortunas, é abstrair da discussão um elemento indispensável à sua preservação, mas que poderia se somar ao propósito preservacionista. A conduta atual do Poder Público em relação ao tombamento, não apenas vem transferindo a obrigação de preservação do patrimônio cultural edificado para os particulares, como também está dificultando a utilização por estes, desestimulando qualquer conduta preservacionista que não seja inspirada por mero altruísmo. Tudo isto resulta na ineficiência dos modelos de preservação que se repetem e descambam para um discurso abstrato (ou pelo menos de pouquíssima efetividade), sobre a participação da sociedade no processo de conservação de imóveis tombados. A preservação dos imóveis tombados sob responsabilidade de particulares, de tão onerosa que se apresenta, não se resulta eficiente para nenhum dos lados.

É preciso vencer a etapa dos debates acerca de novos mecanismos de preservação de imóveis tombados e avançar com práticas mais arrojadas

do que simplesmente impor ao proprietário o ônus da conservação, em troca de desoneração fiscal ou ainda para se proteger de uma alíquota progressiva de IPTU.

Os procedimentos para análise de intervenções não podem mais ser tão demorado (pelo menos na esfera federal) que, a rigor, inviabilize qualquer ação urgente pelo morador para tornar o imóvel minimamente habitável.

Qualquer solução passa, necessariamente, pela renovação do pensamento de entidades que concentram participação ativa na questão, tal como o judiciário, o ministério público e, especialmente, o próprio IPHAN. Antes mesmo de se buscar a participação da sociedade, torna-se necessário que estes atores do Poder Público, despertem sua consciência para uma nova concepção de valores que abrace um modelo de preservação eficiente e em sintonia com a sociedade em que vivemos.

Neste sentido, torna-se fundamental que os órgãos voltados à preservação do patrimônio cultural edificado resgatem ampla discricionariedade sobre as propostas de intervenção. Além disso, é imprescindível que o ato de tombamento contenha na sua fundamentação as diretrizes limitadoras do direito de uso, indicando os elementos construtivos da edificação, suficientes para preservar as características relevantes do imóvel, mas resguardando, tanto quanto possível, a liberdade de uso pelo proprietário.

O desafio da recuperação do acervo tombado vai além da incorporação das populações aos imóveis, ou de mecanismos tributários de estímulo ou coerção à preservação, abriga, precipuamente, a possibilidade real dos ocupantes destes imóveis deterem maior liberdade para definir o seu uso, sem que isso signifique a destruição das características que o identificam como patrimônio cultural edificado.

REFRÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. *Ação civil pública nº 2005.61.00.000004-7*. 2ª vara da seção judiciária federal de São Paulo. 2009. São Paulo.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª REGIÃO. *Ação civil pública nº 2009.33.00.007085-1*. 8ª vara da seção judiciária federal da Bahia. 2009. Bahia.

BRITO, Edvaldo. *V Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil*. 16.05.2013. Salvador. Disponível em: <http://www.cms.ba.gov.br/noticia_int.aspx?id=5821>.

BUGARELLI, Rodrigo. SP pagará 110 mi por casa tombada. *Estadão.com.br*, São Paulo. 16/05/2012. Notícias. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,sp-pagara-r-110-mi-por-casa-tombada-,873472,0.htm>>.

CALAFATE, Pedro. “A Memória é o gênio de um povo”: Abre Aspas. [13.10.2013]. Salvador: *Revista Muito*, Entrevista concedida à Eron Rezende.

CRETELLA JUNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, n. 112, p. 56, abr/jun. 1945.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

FREIRE, Cristina. *Além dos mapas: os monumentos no imaginário contemporâneo*. Annablume, FAPESP, SESC, São Paulo; 1., 1997.

FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do patrimônio cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*. Porto, 41, ½, 2001, 23-32. Disponível em: <http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/files/biblioteca/arquivos/os_desafios_da_destruicao_e_conservacao_do_patrimonio_cultural_no_brasil.pdf>.

GUIMARAENS, Cêça. Arquitetura, Patrimônio e Museologia. I encontro Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo. Rio de Janeiro, 29 de novembro a 03 de dezembro de 2010. Simpósio – Trabalhos Completos. Disponível em: <<http://www.anparq.org.br/dvd-enanparq/simposios/59/59-746-1-SP.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Normatização de Cidades Históricas*. orientações para a elaboração de diretrizes e Normas de Preservação para áreas urbanas tombadas. Sistema Integrado de Patrimônio e Gestão. Brasília. 2010. Disponível: <<http://www.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=1596>>. Acesso em: 25 dez. 2013.

MILL, Stuart. Princípios de Economia Política. *In: Os Economistas*, v. I. 1. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. Princípios de Economia Política. In: *Os Economistas*, v. II. 1. ed., São Paulo, Abril Cultural, 1983.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Instrumentos jurídicos para um futuro melhor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PELEGRINI, Sandra C. A. Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas na esfera do patrimônio cultural e ambiental. *Revista Brasileira de História. On-line version*. v.26, n.51, p. 121. São Paulo, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882006000100007>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

PEREIRA, L. C. B. *A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Escola Nacional de Administração Pública. *Texto para Discussão*. Brasília. v. 9. out./2001.

PERES, F. R. “DAQUI A POUCO TOMBAM A CANJICA”: Abre Aspas. [22.03.2009]. Salvador: *Revista Muito*, Entrevista concedida à Marcos Dias.