



Bruno Zanatta Abrahão

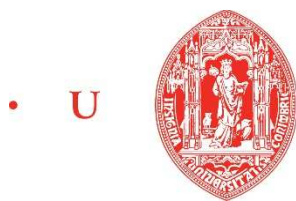
O ABANDONO DO PATRIMÔNIO CULTURAL TUTELADO: CONTRIBUTOS PARA UMA PROSPECÇÃO NORMATIVA

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Administrativo.

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bruno Zanatta Abrahão

O ABANDONO DO PATRIMÔNIO CULTURAL TUTELADO: CONTRIBUTOS PARA
UMA PROSPECÇÃO NORMATIVA

THE ABANDONMENT OF LISTED CULTURAL HERITAGE: CONTRIBUTIONS TO
A NORMATIVE PROSPECT

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área
de Especialização em Ciências Jurídico-
Políticas /Menção em Direito
Administrativo.*

*Orientador: Exmo. Dr. Professor José
Casalta Nabais.*

Coimbra

2017

RESUMO

O desenvolvimento do estudo em proposição atou-se no recorte temático dos abandonos e prejuízos causados aos bens culturais imóveis tombados no Brasil, especialmente quando situados no âmbito de propriedade particular, uma vez aferido que tais práticas são constatáveis como reiteradas e podem ser generalizadas a todo o território nacional. Nesse sentido, buscou-se delimitar o atual aporte legal brasileiro direcionado a tal abranger, valendo destacar o ainda em vigor Decreto-Lei nº 25 de 1937 que discorre acerca do tombamento e os parâmetros protetivos assumidos pela Carta Magna de 1988, sendo que na sequência, considerando o apontamento das suas respectivas falhas e lacunas, foram analisados alguns institutos que pela a sua inexistência ou precariedade na referida legislação pátria, podem estar influenciando direta ou indiretamente nos prejudiciais casos danosos à integridade do patrimônio cultural tombado. Junto a essa ambientação primária, fez-se necessário trazer a realidade jurídico-protetiva do patrimônio cultural português como plano comparado capaz de espelhar um vislumbre exemplificativo e construtivo ao contexto brasileiro. Para tanto, partiu-se da prevalência de uma metodologia assente na vertente hipotético-dedutiva, uma vez considerado a necessidade de compatibilizar os aspectos legais insuficientes com os prejuízos e abandonos causados aos bens imóveis tombados no Brasil, assim como, pautou-se no sustento da vertente comparativa para legitimar os pontos sugeridos como pendentes no Direito do Patrimônio Cultural brasileiro, mormente a observação de que os mesmos se encontram em plena consonância com as previsões já experimentadas em Portugal.

Palavras-chave: Patrimônio cultural; Proteção legal; Tombamento; Relação público/privado; Prejuízos e abandonos; Brasil e Portugal.

ABSTRACT

The development of the study in proposition is attached on the thematic focus of the abandonments and damages caused to the immobile cultural heritage listed in Brazil, especially when situated in the scope of private property, once it is verified that such practices are ascertainable and can be generalized to all the national territory. In this sense, it was searched to delimit the current Brazilian legal contribution directed to such cover, drawing out the still in force Decree-Law No. 25 of 1937 that talks about the act of listing the cultural heritage and the protective parameters assumed by the Constitution of 1988, being that in the sequence, considering the appointments of their respective fails and gaps, were analyzed some institutes which by their absence or weakness in said legislation, may be influencing directly or indirectly in the harmful cases that are damaging the integrity of listed cultural heritage. Along with this primary setting, it was necessary to bring the legal-protective reality of the Portuguese cultural heritage as a comparative plan capable of mirroring an exemplary and constructive glimpse into the Brazilian context. For this, it was based on the prevalence of a methodology focused on the hypothetical-deductive line, considering the need to approach the insufficient legal aspects with the losses and abandonments caused to immovable cultural property in Brazil, as well as, it was based on the support of the comparative aspect to legitimize the points suggested as pending in the Brazilian Cultural Heritage Law, especially the observation that they are in full compliance with the predictions already tried in Portugal.

Keywords: Cultural heritage; Legal protection; Listed cultural heritage; Public/private relationship; Losses and Abandonments; Brazil and Portugal.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

CC - Código Civil (Brasil).

CPC - Código de Processo Civil (Brasil).

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil.

CRP - Constituição da República Portuguesa.

CTN - Código Tributário Nacional (Brasil).

DGPC - Direção-Geral do Património Cultural (Portugal).

FDD - Fundo de Defesa de Direitos Difusos (Brasil).

IPTU - Imposto Predial Territorial Urbano (Brasil).

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Brasil).

LPC - Lei do Património cultural (Portugal).

MinC - Ministério da Cultura (Brasil).

SPHAN - Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Brasil).

STF - Supremo Tribunal Federal (Brasil).

STJ - Superior Tribunal de Justiça (Brasil).

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Cultura, Ciência e Educação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 – ASPECTOS CONCEITUAIS RELACIONADOS À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	14
1.1 – A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	14
1.2 – O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DISCIPLINA ADAPTATIVA E ABRANGENTE.....	19
1.2.1 – O alargamento de um conceito: do patrimônio histórico e artístico para o patrimônio cultural.....	20
1.2.2 – Os novos objetos da disciplina: a introdução do patrimônio intangível.....	22
1.3 – ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES DA MATÉRIA.....	25
2 – O ABRANGER JURÍDICO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO.....	29
2.1 – O DECRETO-LEI N° 25 DE 30 DE NOVEMBRO DE 1937.....	29
2.1.1 – O tombamento como instrumento viabilizador das prerrogativas do Decreto-Lei n° 25 de 1937.....	31
2.1.2 – A vigência do Decreto-Lei n° 25 de 1937.....	40
2.2 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E O ESTATUTO DA CIDADE.....	42
3 – A RESGUARDA LEGAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL PORTUGUÊS.....	47
4 – O VIÉS INTERVENTIVO DO TOMBAMENTO DE BENS CULTURAIS PRIVADOS.....	51
4.1 – EXEMPLOS EMPÍRICOS DO DESCASO COM BENS IMÓVEIS TOMBADOS: PETRÓPOLIS EM PERSPECTIVA.....	52
4.1.1 – A relevância histórico-cultural da cidade de Petrópolis.....	52
4.1.2 – O abandono de bens imóveis tombados em Petrópolis.....	56
4.2 – A IMPOSIÇÃO DESPROPORCIONAL DE ÔNUS E ENCARGOS AOS PARTICULARES DETENTORES DE BENS TOMBADOS.....	60

4.3 – A INTERVENÇÃO COMO FATOR DESEJÁVEL E NECESSÁRIO PARA O ACAUTELAMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	64
5 – INSTITUTOS COMPENSATÓRIOS CAPACITADOS A EQUILIBRAR AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AOS PARTICULARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	75
5.1 – A VIABILIDADE INDENIZATÓRIA DOS ÔNUS E ENCARGOS PROVENIENTES DO TOMBAMENTO.....	78
5.1.1 – A indenização pelo sacrifício como via capaz de equilibrar possíveis desproporções causadas pela classificação de bens culturais portugueses.....	84
5.2 – O EQUILÍBRIO ASSENTE NO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO.....	87
5.3 – A DESAPROPRIAÇÃO/EXPROPRIAÇÃO A PEDIDO DO PARTICULAR PROPRIETÁRIO DE UM BEM IMÓVEL TOMBADO/CLASSIFICADO.....	93
5.4 – O MODELO ADOTADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA OS CASOS ENVOLVENDO DANOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	96
5.4.1 – Aspectos informadores da responsabilidade civil extracontratual do Estado.....	97
5.4.2 – Considerações acerca da responsabilidade civil objetiva.....	101
5.4.3 – A relação Estado/particular e as suas respectivas modalidades de imputação por danos ao patrimônio cultural.....	106
5.4.4 – Os fundos de resguarda do patrimônio cultural.....	119
6 – CONCLUSÃO.....	122
7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	132

INTRODUÇÃO

No condizente à abordagem geral que se pretende desenvolver no presente estudo, trabalhar-se-á com a possibilidade de correlacionar variáveis que margeiam a proteção do patrimônio cultural, tomando esta como componente indissociável da atual conjuntura analítica de afetações que encarregam o ente estatal. Desse modo, tal âmbito de resguarda insurge como grande responsável por atender os anseios sociais com o perdurar da sua memória simbólica-cultural, fator que necessariamente congrega a criação e manutenção de instrumentos legais direcionados a tal propósito.

Para tanto, no que concerne ao direcionamento específico do recorte em proposição, este se aterá na análise dos limites da administração pública na conformação interventiva para a proteção dos bens culturais tombados pertencentes a particulares. Conforme será abordado, é nesta relação/embate entre o público e o privado onde frequentemente frutificam casos em que uma gama de interesses oponíveis acaba por afetar negativamente o patrimônio cultural tutelado.

Visando satisfazer a dinâmica sugerida, o desenvolvimento subsequente utilizará uma ótica diferenciada assente no direito comparado entre Brasil e Portugal. Assim, partir-se-á desde logo da constatação de que um pareamento valorativo igualitário entre o ordenamento jurídico brasileiro e português, no que tange a proteção do patrimônio cultural, não exaspera dúvidas sobre qual deles pende por prevalecer em um embate frontal e direto no que versa o cuidado e amplitude das suas previsões. Portanto, conforme será ilustrado mais adiante, tal análise seria desproporcional e obviamente apontaria o ordenamento português como melhor alternativa em termos gerais de abrangência e atualidade.

Apesar disso, tal conferente pendor de prevalência não sugere um completo desvalor da análise comparada entre os citados ordenamentos. Certamente, a exemplo de diversas ramificações do direito como a responsabilidade civil, nada impede que a abordagem comparada fixe foco no apontamento das demandas e carências de uma determinada nação, partindo na sequência rumo a uma busca construtiva baseada em experiências externas positivas. O referido entendimento circunscreverá os delineamentos que se seguirão.

Nesse sentido, buscar-se-á trazer o atual aporte legal direcionado ao abranger protetivo do patrimônio cultural brasileiro como premissa geral, em demanda por assimilar e agregar novos conhecimentos, apontando para tanto as suas respectivas falhas e lacunas.

Já no tocante as previsões portuguesas, caberá o papel de premissa construtiva específica. O enfoque primordial será o de atribuir viabilidade teórica e prática para algumas previsões julgadas precárias ou inexistentes no caso brasileiro, as quais geram uma série de permissividades atentatórias aos bens culturais tombados, especialmente por parte dos particulares proprietários dos mesmos, sem que com isso suscitem alguma atenção do legislador por assimilar novos instrumentos ao quadro legal existente.

Desse modo, partir-se-á da fixação do preceito de que a resguarda do patrimônio cultural perfaz a consolidação de alguns informes fundamentais, que por si só promovem o Estado como regulamentador direto dos instrumentos normativos destinados a atingir a plenitude de tal acautelamento.

Logo, em decorrência da já mencionada variável de que o ente estatal atende um vislumbre construtivo de um povo em uma determinada época, nesta incorre a demanda por gerir o processo de seleção e proteção de bens culturais. Assim, compete ao Estado fixar regras para que os particulares chamados a compartilhar essa tutela cultural especializada, retem balizados pela necessidade de atender ao caráter transindividual indeterminado do interesse que circunscreve a matéria, harmonizando a demanda cultural advinda das mais diversas vertentes sociais com os seus próprios anseios.

Apesar disso, os questionamentos subsequentes partirão do pressuposto de que tal atuação estatal, especialmente no caso brasileiro, não se adstringe da constatação de conflitos e problemáticas intrínsecas, seja de ordem normativa ou no âmbito da discricionariedade administrativa. Contexto que se pretende desvelar e criar alternativas, principalmente com a escolha pela abordagem comparada entre os ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal.

Sob este enfoque, o que motiva e preocupa no Brasil, reside na constatação de que apesar de toda a carga teórica protetiva presente nos sustentáculos jurídicos direcionados à resguarda do patrimônio cultural, especialmente no que confere aos delineamentos do antigo Decreto-Lei nº 25 de 1937 e a reiteração valorativa trazida pela Constituição Federal de 1988, subsiste o questionamento de quais são as razões práticas e legais que propiciam a constatação de uma gama de eventos que atentam contra o patrimônio cultural

brasileiro. Valendo aqui destacar, o número crescente de casos noticiados de abandono indiscriminado de bens tombados sob a chancela protetiva de proprietários particulares.

Elucidados alguns parâmetros balizadores, cumpre delimitar que para atender aos objetivos analíticos desta dissertação, quanto à metodologia de investigação a ser utilizada, cabe ressaltar a prevalência da conjugação do método hipotético-dedutivo com o comparativo, através dos quais se permitirá buscar e analisar os questionamentos que dessa assertiva temática se extraem.

Dessa opção, surge um encaminhamento no sentido de que os casos de prejuízos ou destruição de bens tombados no Brasil, em parte se justificariam pela inexistência de aspectos legais direcionados a fazer-se cumprir as diretivas em prol da proteção do patrimônio cultural, especialmente no que confere a ausência de institutos compensatórios capacitados a equilibrar a situação restritiva imposta pelo tombamento de bens pertencentes a particulares. Fator que circunda grande parte das críticas dos proprietários desses bens, inclusive no sentido de atribuir a culpa do descuido para com os mesmos a tal característica intervencionista do ato administrativo acautelador.

Assim, restaria a saber, se de algum modo o adiantamento técnico das fontes normativas portuguesas, como a Lei de Bases do Património Cultural (Lei nº 107/2001) e a Constituição da República de 1976, poderiam suscitar um direcionamento capaz de agregar conhecimentos já experimentados, ainda que advindos de um país cuja realidade em muito difere da brasileira.

Associado à metodologia proposta como prevalente, aponta-se que para a apresentação dos resultados estabelecidos no recorte desta proposta, no condizente ao método de procedimento que será utilizado para a investigação, o mesmo responderá pela conjugação dos métodos histórico e comparativo.

Enfim, no que diz respeito às técnicas de pesquisa, pretende-se desenvolver uma análise baseada principalmente em documentação indireta, com destaque aos textos jurídicos e históricos, não obstante documentos, notícias e artigos, assim como, as prerrogativas legais correlacionadas com tal abranger temático. Para tanto, se utilizará de um referencial teórico diversificado, valendo destacar os contributos de José Casalta Nabais, Carla Amado Gomes, Françoise Choay, Maria Cecília Londres Fonseca, Aloísio Magalhães e Sônia Rabello de Castro, ambos indissociáveis para a compreensão das

dinâmicas que compõe o patrimônio cultural, quer seja sob a sua perspectiva jurídica ou não.

Em termos práticos, o que se pretende extrair em parâmetros globais de resultado analítico, reside na possibilidade de fundamentar a aferição de que apesar da relevância do patrimônio cultural ser fruto de afirmativa constitucional, o Brasil remanesce defronte um arcabouço legal precário e carente de especificidade instrumental para lidar concretamente com possíveis casos de descaso e abandono proposital do patrimônio tombado sob a tutela de particulares. Contexto que sugere disparidades intrínsecas entre os tratamentos disponibilizados pelos ordenamentos jurídicos em apreço, podendo a perspectiva brasileira muito se valer dos trabalhos portugueses como um vislumbre de crescimento.

Visando atingir tal objetivo, se ocupará o primeiro momento desse percurso pela fixação de alguns preceitos e entendimentos importantes relacionados com a abrangência da noção de patrimônio cultural, comportando para tanto os próprios liames da construção do seu conceito, tomando este como adaptativo e mutacional.

Será considerado ainda nesse capítulo inicial, um breve situar acerca das razões e do momento histórico que introduziu a demanda pela institucionalização da resguarda do patrimônio cultural, observando ao fim um entendimento mais atualizado, abrangendo questões multidisciplinares que afetam e incidem sobre a matéria em consideração. Portanto, são pontos de extrema relevância, até para situar o grau de importância de um segmento das ciências jurídicas muitas vezes subvalorizado.

Dando prosseguimento, o segundo capítulo direcionará foco ao levantamento do aporte normativo básico conferido a disciplina no Brasil, destaque que se justifica pela opção de trazer o caso brasileiro como cerne desta análise, uma vez detentor de problemáticas intrínsecas. Nesse momento, se dedicará atenção a noções essenciais ao presente estudo, a exemplo da delimitação das particularidades advindas do tombamento.

Apesar do enfoque primário ser centrado na perspectiva brasileira, far-se-á importante adiantar certas notas pontuais do ordenamento jurídico português. Demanda que enformara um brevíssimo discorrer no capítulo três, lembrando que, conforme o objetivo delimitado, o chamamento comparado tornar-se-á mais evidenciado em um momento mais avançado.

Dando sequência, já adentrando na questão de que o tombamento necessariamente perfaz um viés interventivo e restritivo na esfera dos proprietários privados, no capítulo

quatro inicialmente cumprirá ilustrar de maneira empírica as prejudicialidades ao patrimônio cultural tutelado aduzidas como constatáveis no Brasil.

No encadeamento, dar-se-á continuidade pelos argumentos e críticas centradas na alegação de que o tombamento impõe uma carga desproporcional de ônus e encargos à esfera de interesse dos particulares detentores desses bens. Somente assim tornar-se-á possível compactuar uma inadequação ou não das afetações que circundam a relação estabelecida entre o público e o privado no que tange a resguarda do patrimônio cultural.

Apesar dos apontamentos anteriores, o terceiro item deste capítulo residirá na sustentação de que uma forte carga interventiva se mostra desejável e necessária para a proteção do patrimônio cultural situado na esfera de interesses particulares. Contanto que balizada pela razoabilidade e proporcionalidade, tal prerrogativa restritiva pode dotar o ente público de um caráter coibidor de possíveis descasos propositais para com os bens culturais tutelados, tendo em vista que estes devem inevitavelmente atender seu papel representativo enformado pelo interesse público.

Nesse momento, mostrar-se-á importante compactuar que a simples rigidez interventiva, por mais que defendida como necessária, por si só não se mostra suficiente para incentivar o bom trato do bem cultural tutelado por parte do particular que o detém, chegando ao extremo de poder surtir o incentivo do efeito oposto, lesivo ao patrimônio cultural. Pendor que se justificará pela análise subsequente acerca de como alguns institutos compensatórios poderiam amenizar ou impedir certas ações condenáveis, como os abandonos, assunto que culminará no ápice do estudo comparado que se propõe.

Portanto, serão delineamentos fundamentais para justificar a assertiva de que muitas vezes as ações prejudiciais à proteção do patrimônio cultural, conseqüentemente ao próprio interesse coletivo, são utilizadas como manobras supressoras das restrições e limitações impostas pela legislação de proteção ao patrimônio cultural. Dentre as quais, a título exemplificativo, se incluiria o intuito velado de que o bem se perca pela sua degradação, de modo que, o seu proprietário possa-se valer da posterior utilização dessa parcela do solo urbano para outros fins.

Dito isso, visando justificar a referida firmeza no acautelamento do patrimônio cultural, o quinto capítulo se revestirá do intuito de levantar os institutos compensatórios capacitados a legitimar uma demanda protetiva restritiva, pautando-se para tanto em um

equilíbrio dinâmico entre a necessidade do tombamento/classificação e as suas afetações limitativas na esfera dos proprietários privados.

Etapa em que, se tornará mais evidenciada as disparidades existentes entre a realidade de Brasil e Portugal. Possibilitar-se-á assim, convencionar a anterior constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro peca, especialmente por não guarnecer o pólo privado de medidas compensatórias capazes de justificar a contrapartida exigida a título de rigidez interventiva.

Nesse direcionamento, os institutos propostos como passíveis de equilibrar tal agir restritivo, seriam a possibilidade indenizatória pelos ônus e encargos excepcionais depositados pelo tombamento/classificação; a possibilidade de desapropriação a pedido do particular; o equilíbrio assente no regime tributário diferenciado; e o modelo adotado de responsabilidade civil.

Desse modo, o que se observará é uma grande dissonância entre as previsões compensatórias nas previsões legais dos dois países em apreciação comparativa, razão pela qual, restará a necessidade de compactuar tais diferenças em termos práticos e de efetividade protetiva do patrimônio cultural. Somente assim aparenta possível propor um modelo sustentável a ponto de autorizar as limitações e restrições hoje criticadas no Brasil, mas que em termos ideais são necessárias para corresponder aos anseios do interesse público que espelha a demanda pela resguarda do patrimônio cultural.

Assim, em linhas amplas de resultado, resta o comprometimento em analisar as razões pelas quais se constata um número crescente de casos de abandono e desrespeito ao patrimônio cultural tombado brasileiro, com o conseqüente abordar das lacunas legais propiciadoras de tais prejuízos cada vez mais constatados.

Finalmente, considerando o contexto comparativo dos ordenamentos eleitos para o presente delinear, avaliada a experiência construtiva portuguesa como espelho inspirador para certas mudanças, cuja demanda pode-se classificar como necessárias e urgentes, almeja-se a possibilidade de propor alternativas viáveis de sobreposição à referida conjuntura assente na prejudicialidade do patrimônio cultural do Brasil.

Logo, insta dar início a tal trajetória através da clarificação conceitual da ramificação jurídica em demanda, fator que insurge como pré-requisito viabilizador desta exasperação. Em outras palavras, condiciona compatibilizar o Direito do Patrimônio Cultural com as prerrogativas que o constituem e o justificam, sem as quais, a própria

intervenção na esfera privada, fator balizador do recorte proposto, não disporia de qualquer grau de legitimidade.

1 – ASPECTOS CONCEITUAIS RELACIONADOS À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Conforme adiantado, faz-se de extrema relevância fixar alguns preceitos de ordem geral direcionados a disciplina protetiva do patrimônio cultural. Nesse abarcar, importará aduzir à possibilidade de compatibilização desta com outros ramos jurídicos, até para que seja possível suscitar a adequação e o preenchimento de algumas lacunas e falhas nas fontes primárias do Direito do Patrimônio Cultural com algumas previsões constantes em materiais jurídicos diversos, contando assim com a possibilidade de expandir certas considerações ainda que carentes de uma especificidade latente.

Do mesmo modo, far-se-á necessário conduzir desde logo a um adequado apontamento de quais seriam os objetos culturais que melhor se enquadram na proposta idealizada para o presente desenvolvimento. Como será anotado, a atual conjuntura protetiva do patrimônio cultural muito evoluiu com o passar dos tempos, passando a incidir sobre uma infinidade de vertentes e segmentos nem sempre mensuráveis ou tangíveis.

Apesar disso, tais apreciações somente fazem sentido se primeiramente forem elucidados alguns parâmetros conceituais anteriores. Importância que comporta questões primordiais como o próprio momento de surgimento da indagação de porquê preservar objetos de representatividade cultural, sem a qual sequer haveria razão ou necessidade de se vislumbrar um corpo normativo direcionado a tal propósito.

1.1 – A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Iniciando por uma breve alusão acerca dos primórdios constitutivos da matéria, ponto que congrega o próprio surgimento da noção de patrimônio cultural como dotada de uma propensão à resguarda, tem-se como referencial histórico determinante a Revolução Francesa. Considera-se para tanto, que o contexto instituído por esta perfaz a introdução do pareamento da preservação de bens dotados de relevância representativa para a nação com a necessidade de políticas públicas que assegurem a sua existência¹.

Em relação ao preceituado recorte revolucionário, destoa como fator preponderante para a viabilização da referida conjuntura, a observância de uma variável dotada de um

¹ BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003, p. 24.

caráter legitimador para a introdução da preocupação com o patrimônio cultural e outras questões em demanda na época, qual seja, a insurgência da exasperação de um valor nacional². No caso específico do momento histórico francês, esta construção surge nitidamente em detrimento da realidade difundida pelos ideais feudais e monárquicos.

Apesar disso, não obstante ao referido aspecto fundador de uma identidade assente no nacional, cumpre destacar que são múltiplas as vertentes que compõe o difícil trilhar rumo a congregação de um sentido unívoco de patrimônio cultural. Basta considerar que no caso revolucionário francês, aponta-se a influência de fatores diversos como “o religioso, o monárquico, o familiar, o nacional, o administrativo e o científico”³, que unidos contribuíram para alicerçar a questão atributiva de relevância à dinâmica da resguarda cultural.

Por isso mesmo, cumpre anotar que apesar da importância latente da ambientação revolucionária que envolveu a França, fator que contribuiu diretamente para o intento de se proteger um determinado “patrimônio” em sede “representativa/cultural”⁴, o que se observou foi um primeiro ímpeto germinador da disciplina⁵, porquanto ainda alicerçada em interesses não homogêneos dos envolvidos, quer seja de ordem política ou econômica.

Dessa forma, o referido contexto introduziu uma espécie de relação sem precedentes entre construção e destruição. Se por um lado buscou-se direcionar os bens anteriormente monopolizados pelas classes concentradoras do poder para o usufruto da nação, pelo outro cultuou-se um alto grau de destruição e vandalismo visando o rompimento frente aos símbolos representativos do regime até então dominante^{6, 7}. Fator que viabilizou de maneira colateral a insurgência de uma demanda concretada no foco defensivo, baseado em adequar o que for necessário sem que para isso fosse preciso atentar

² CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004, p. 117.

³ BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003, p. 22.

⁴ Conforme será visto ainda neste capítulo, o termo “patrimônio cultural” é de construção recente. Razão pela qual, apesar da sua utilização reiterada, insta considerar que o termo “patrimônio” e “cultural” não exasperam uma definição inequívoca e cristalizada, da mesma forma que os mesmos nem sempre foram utilizados como noções complementares.

⁵ Justificando tal assertiva, veja as considerações de Françoise Choay no sentido de que a relação estabelecida entre o introduzido pendor protetivo dos monumentos históricos e a Revolução Francesa era de dependência, na medida em que, “O fim da revolução encerrou os trabalhos das comissões responsáveis. Sua obra não teve continuidade, do ponto de vista oficial” e de que “as mentalidades não estavam maduras para que ela se generalizasse fora de um contexto revolucionário”. CHOAY, op. cit., p. 120 e 121.

⁶ CHOAY, op. cit., p. 97.

⁷ Observe nesse direcionamento que “Paradoxalmente, a conservação reacional não emana dos mesmos homens, mas do mesmo aparelho revolucionário de que deriva o vandalismo ideológico”. CHOAY, op. cit., p. 109.

contra as memórias favoráveis à caracterização da história nacional, rumo assim a uma identificação e assimilação da mesma como premissa a se fazer perdurar.

Assim, insta destacar que o que se afere é um inerente pareamento entre a figura Estatal e a construção da própria necessidade e importância de se proteger o patrimônio cultural⁸, uma vez tomando que o último somente faz sentido em um plano ideal onde é cultivado um conceito bem definido de identidade nacional⁹, ainda que incentivada por momentos críticos de crise.

Portanto, é nesses termos, ocasião em que um grupo assumido em uma perspectiva conjunta resta diante da experiência de degradação dos elementos informadores da sua própria existência, ou seja, do seu patrimônio, que se configura a justificativa para dar início ao versar acerca da narrativa envolvendo uma nação e a decorrente importância de preservar os seus bens de caráter cultural¹⁰. Em outras palavras, o que se cria é uma relação entre constatar as prejudicialidades nos aspectos informadores culturais, para assim legitimar o processo protetivo institucional, conforme “o presente é narrado como uma situação de perda progressiva”¹¹.

No Brasil, tem-se que a construção de uma noção voltada para a consolidação da importância na proteção do patrimônio cultural, também se deu com bases na concreção de uma busca pela unidade nacional inspirada por um momento ímpar de transição¹². Pendor certamente introduzido já no rompimento com o status de colônia portuguesa, mas no qual muito se destaca o contexto de movimentos que antecederam e depois se originaram com o advento do Estado Novo em 1937¹³, período político que, apesar de circunscrito pela

⁸ MENDONÇA, Sônia Regina de. *Por uma sócio-história do Estado no Brasil*. In: A invenção do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995, p. 67.

⁹ Convém elucidar que a própria definição de bem cultural mostra-se complicada em uma “nação que ainda não se estabilizou em sua formação”. MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 71.

¹⁰ GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*. Rio de Janeiro: IPHAN, 1996, p. 32.

¹¹ *Ibidem*, p. 22 e 23.

¹² Nesse sentido, apesar da amplitude do lapso temporal entre o momento brasileiro e o já aludido processo revolucionário francês, veja que certos aspectos envolvidos não são de todo diferentes de uma base comum. A questão política parece ser constante em termos dos alicerces do intento protetivo do patrimônio cultural, tendo em vista que: “Enquanto alegorias, as narrativas nacionais sobre o patrimônio cultural expressam uma mensagem moral e política: se a nação é apresentada no processo de perda de seu patrimônio cultural, consequentemente sua própria existência está ameaçada. [...] Para que a nação possa existir, enquanto uma entidade individualizada e independente, ela tem que identificar e apropriar-se do que já é sua propriedade: seu patrimônio cultural. Essa propriedade ‘representa’, ao mesmo tempo em que ‘é’, a nação em sua forma original ou primordial.”. *Ibidem*, p. 32.

¹³ FÁRIA, Luiz de Castro. *Nacionalismo, nacionalismos – dualidade e polimorfia: à guisa de depoimento e reflexão*. In: A invenção do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995, p. 31.

governança autoritarista de Getúlio Vargas, buscava legitimação em parâmetros nacionalistas.

Nesse tocante, vale apontar a importância do Movimento Modernista, ocorrido no Brasil no início do século XX, no qual muitos intelectuais se mostraram compelidos a valorizar e institucionalizar a necessidade inadiável de preservar o patrimônio histórico e artístico brasileiro. Importa destacar as contribuições de Mário de Andrade, Carlos Drummond de Andrade, Gustavo Capanema e Rodrigo Melo Franco de Andrade¹⁴, cabendo ressaltar que o último foi o responsável pela elaboração do Decreto-Lei nº 25 de 1937¹⁵, o qual ainda hoje comporta a maioria das previsões e expectativas legais no que confere à proteção do patrimônio cultural brasileiro.

No que confere aos alicerces da busca portuguesa pela institucionalização da proteção do patrimônio cultural, afere-se sem surpresa que a mesma parte de um momento anterior, meados do século XIX¹⁶, sendo esta impulsionada pela concreção e difusão na Europa do já aludido movimento de remonte francês.

Logo, em comparação com o momento brasileiro de assimilação da importância de tornar oficial a demanda por preservar e guarnecer o patrimônio cultural nacional de meios para a sua manutenção, mostra-se patente o natural atraso do referido país em superar o contexto colonial¹⁷ para firmar um núcleo de reconhecimento nacional legítimo¹⁸. Com efeito, tem-se como constatável que tal disparidade temporal certamente traz respaldo ao

¹⁴ BOMENY, Helena Bousquet. *O patrimônio de Mário de Andrade*. In: A invenção do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995, p. 24.

¹⁵ FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajatória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 114.

¹⁶ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 90.

¹⁷ Conforme afere Maria Cecília Londres Fonseca, países de origem colonial como o Brasil acabaram por herdar uma visão cultural restrita por duas égides. A primeira no condizente à relação entre as classes sociais, marginalizando em grande parte a cultura popular, e a segunda no que tange aos termos geográficos, onde mesmo após sua independência, “a “verdadeira” cultura era aquela importada das metrópoles europeias”. FONSECA, op. cit., p. 77.

¹⁸ Veja ainda que há autores que associam diretamente a antiguidade do país e a sua realidade econômica com as questões envolvendo o seu patrimônio cultural, ponto que congrega variáveis diversas, a exemplo de como este é compreendido.

Nesse trilhar, Aloísio Magalhães estabelece quatro categorias não exaustivas de observância dessas premissas, sendo elas: “a relação dos países ricos e velhos com seu patrimônio cultural; a relação dos países velhos e pobres com o seu patrimônio cultural; e conseqüentemente as relações dos países novos e ricos e dos países novos e pobres”. Tais categorias variariam suas demandas, que partem desde uma situação já consolidada, portanto, “confortável, cômoda” nos países ricos e velhos, até um contexto afobado nos países novos, mormente acabem buscando absorver certas experimentações externas sem considerar as suas próprias particularidades. MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 87 et seq.

aludido entendimento condicionador da estabilização de uma identidade nacional com a própria necessidade de acautelar bens culturais, tomando estes como um reflexo de uma exasperação coletiva empírica.

Isto posto, a partir daí o que se constata é o crescente ganho de interesse pelos debates voltados para o patrimônio cultural e a sua resguarda, ponto que congrega a própria necessidade de refletir o novo momento no plano normativo. Vide o exemplo do Decreto-lei nº 25 de 1937 no caso brasileiro, ordenamento que será analisado mais à frente. O mesmo se afere do valoroso empenho português na tipificação de diversas linhas de frente em prol da proteção do patrimônio cultural, especialmente a partir do início do século XX¹⁹, construção progressiva que atingiu o seu ápice com a promulgação da Lei de Bases do Património Cultural Português de 1985, cuja sucessora de 2001 será amplamente requisitada mais adiante.

Ademais, convém mencionar ainda que muito se evoluiu devido à contribuição de diversos organismos internacionais na busca pela obtenção de conceitos universais direcionados ao patrimônio e sua gestão protetiva. Destacam-se os trabalhos chancelados pela UNESCO^{20, 21}, valendo creditar grande realce à Convenção do Patrimônio Mundial de 1972, a qual atribui-se o status de possuir maior repercussão política e econômica no âmbito dos Estados signatários, assim como, de ser dotada de uma maior mobilização de recursos voltados à esfera cultural²².

Delineadas tais contextualizações, é necessário perfazer a fixação de algumas particularidades da disciplina que compõe o cerne de desenvolvimento do presente estudo. Assim, passa-se agora a clarificar questões como a própria definição de quais são os objetos que abrangem a conceituação de patrimônio cultural, assim como, as zonas de pareamento do direito do patrimônio cultural com outras disciplinas jurídicas de extrema relevância.

¹⁹ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 91.

²⁰ MINISTÉRIO DA CULTURA – INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Coletânea de Leis sobre Preservação do Patrimônio*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006.

²¹ Apesar da referida importância inafastável, principalmente sob o enfoque de universalizar conceitos, insta adiantar uma crítica no sentido de que muitas das cartas e convenções internacionais perfazem um viés de cunho predominantemente diretivo/sugestivo. Por conseguinte, possuem uma patente limitação de sua efetividade prática. BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003, p. 138.

²² *Ibidem*, p. 101.

1.2 – O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DISCIPLINA ADAPTATIVA E ABRANGENTE

No que pese o informado ganho gradual de relevância da matéria que se propõe, fruto de notáveis experimentações históricas com evidente cunho político, cabe exaltar que o ápice do intento protetivo do patrimônio cultural repousa em classificá-lo como inserido no conceito de direito fundamental, quer seja considerado em sua terceira geração²³. Em virtude da sua natureza ampla e abstrata, o mesmo incide ainda no conceito de direito difuso, voltado a atender a humanidade como um todo, sempre visando o perpetuar dos elementos informativos culturais para as gerações futuras²⁴.

Nesse sentido, convém esclarecer que a proteção do patrimônio cultural se reveste de um inerente caráter multidisciplinar ao se relacionar com outros ramos do direito²⁵, afirmação que certamente pode ir além da já citada consideração de que tal matéria comporta uma inerente carga de responsabilidade social. Com efeito, vale creditar grande destaque à sua variabilidade conceitual que com o passar do tempo acabou por expandir-se, passando a abarcar novas vertentes, fator certamente influente da receptividade da temática por outras disciplinas jurídicas importantes.

Visando satisfazer o presente tópico, insta partir da constatação de que assim como em diversos segmentos de remonte científico, resguardados por determinações de cunho legal ou não, a disciplina protetiva do patrimônio cultural não é estática, sendo impossível resumi-la com parâmetros conceituais inequívocos e definitivos. Portanto, a presente apreciação será de grande valia para as posteriores conclusões no sentido de que as legislações direcionadas ao patrimônio cultural devem ser constantemente revistas para creditar atualidade à matéria.

²³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²⁴ Há quem considere ser equivocado limitar a noção de patrimônio cultural como algo a ser protegido visando unicamente aspirações futuras. Veja nesse tocante, que Aloísio Magalhães sujeita a importância da resguarda cultural a uma complexa relação multidimensional envolvendo passado, presente e futuro, onde a “relação entre a anterioridade do passado, a vivência do momento e a projeção que se deve introduzir é uma coisa só”, de modo que é “necessário transitar o tempo todo nessas três faixas, porque o bem cultural não se mede pelo tempo ecológico”. MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo? A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 75.

²⁵ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 64.

1.2.1 – O alargamento de um conceito: do patrimônio histórico e artístico para o patrimônio cultural

Assente nessa perspectiva, cumpre em primeiro lugar tecer algumas considerações acerca do surgimento da própria expressão “patrimônio cultural”. Mesmo que aparente elementar, sendo que esta reiteradamente é requisitada com naturalidade, já tendo sido inclusive utilizada por diversas vezes no estudo que se introduz, importa elucidar que a mesma se reveste de uma capacidade ímpar.

Aponta-se para tanto, que ao mesmo tempo em que a expressão “patrimônio cultural” especifica a zona de afetação da disciplina, igualmente traduz a assimilação de uma gama ilimitada de objetos passíveis de serem abarcados e conseqüentemente protegidos.

Nesses termos, quanto a esse pendor de agregação conceitual na disciplina do patrimônio cultural e o direito que a resguarda, interessante apontar que a relação estabelecida entre os vocábulos “patrimônio” e “cultural” não remonta a uma compatibilização natural. O pareamento das mesmas é uma criação de caráter progressivo, onde a própria terminologia da matéria ao pregar pela expressão “patrimônio cultural”, adoção recente cabe exaltar, aponta para um trilhar construtivo rumo à incorporação ampla de definições anteriormente dispersas.

Um grande exemplo, reluz na recorrência em que o patrimônio era necessariamente associado a termos restritivos como antigo, artístico e histórico²⁶. Fatores estes que sozinhos não fazem mais jus à riqueza e diversidade de elementos que, juntos ou individualmente, repercutem uma identidade comum de um determinado povo em uma determinada região²⁷.

Sob este enfoque, basta delinear alguns modelos informativos da referida conjuntura evolutiva, a qual fica clara desde os primórdios da matéria. Vale citar a adoção da nomenclatura “monumento histórico” no já considerado movimento francês, a qual já demonstrava uma amplitude destacada frente à noção até então existente de

²⁶ AVANCI, Thiago Felipe S. *A responsabilidade do Estado por danos ao Patrimônio Cultural como ofensa à coletividade humana*. *Revista do Curso de Direito da FGS, Caxias do Sul*, ano 5, n.9, p. 137-151, jan./jun. 2011, p. 140. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/download/5304/3954>>. Acesso em: 19 maio 2016.

²⁷ Tal abertura conceitual faz-se ainda mais necessária após a introdução do denominado patrimônio intangível ou imaterial, ponto a ser considerado na sequência.

“antiguidades”²⁸. O mesmo também fica claramente identificado no contexto brasileiro, mudança que se evidencia quando o termo “patrimônio histórico e artístico” presente no Decreto-Lei n° 25 de 1937 é substituído por “patrimônio cultural” na Constituição Federal de 1988.

Seguindo o referido contexto de ampla assimilação conceitual proporcionada pela opção “patrimônio cultural”, convém observar que não obstante o mesmo propiciar a viabilidade protetiva de diversas categorias de objetos representativos antes renegados, a adoção dessa nomenclatura para a disciplina acaba convencionando uma democratização do usufruto da matéria. Nesse trilhar, acaba-se por romper de maneira evidenciada com o anterior elitismo que atribuía aos bens culturais um necessário pareamento com “o belo e o velho”²⁹.

Diferentemente da adoção do termo “cultural” que exprimi maior consenso e aceitação, na medida em que adjetiva de maneira ampla, ainda que genérica, a caracterização da abrangência dos objetos passíveis de serem considerados representativos à nação e que com isso demandam uma atenção distinta, faz-se necessário trazer algumas considerações importantes quanto a opção pela adoção do termo “patrimônio”. O que se afere latente mencionar, é que a eleição terminológica “patrimônio” não goza de uma aceitação uniforme entre as mais diversas nações e ordenamentos jurídicos, a exemplo da tradição anglo-saxônica que se utiliza da palavra *heritage*, fazendo constar assim um ideal claro de herança/legado³⁰.

Apesar disso, considerar-se-á desde já a terminologia “patrimônio” como a melhor alternativa³¹, especialmente por esta romper com a remição limitada presente no termo “herança”, mormente esteja este unicamente ligado à ideia de transmissão. Para tanto, apetece considerar que tal viés restritivo, apesar de importante no que tange ao perdurar

²⁸ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004, p. 120.

²⁹ MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 72.

³⁰ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do patrimônio cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 12.

³¹ Apesar dessa opção, cabe elucidar que muitas são as diferenças existentes entre o movimento de resguarda do patrimônio cultural anglo-saxão e o viés introduzido na França. Considera-se que “o modelo francês, em que o poder de iniciativa se concentra no Estado, e o modelo anglo-saxão, em que a sociedade civil se organiza para participar dessa tarefa”. FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajeto da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 248 e 249.

Desse modo, parece ser imprudente desqualificar totalmente a opção pela terminologia *heritage*. Assente em uma conjuntura que desincumbe em parte o ente estatal, é inegável que a assunção da perspectiva hereditária ganha uma força diferenciada, na medida em que introduz um certo grau de pessoalidade e subjetividade no interesse popular pela proteção dos bens culturais.

dos objetos da disciplina, constitui um fator que por si só não reflete a já mencionada agregação conceitual da matéria protetiva do patrimônio cultural. Em outras palavras, a ideia de hereditariedade sugere uma perspectiva temporal linear, não sendo capaz de atender adequadamente a premissa de que os bens que compõe o patrimônio cultural devem enformar uma relação multidimensional envolvendo passado, presente e futuro³².

Sem embargo, cumpre destacar claramente que a opção por “patrimônio” necessariamente precisa advir da conjugação de “patrimônio” com “cultura”. Portanto, cabe ao referido pareamento romper com a noção tradicional de patrimônio³³, pois caso contrário, considerando os novos moldes ampliativos de incidência do acautelamento de símbolos culturais, seria incongruente que tal emprego restasse limitado. Um exemplo dessa perspectiva conceitual atualmente inadequada, compôs a aludida conjuntura revolucionária francesa, onde o termo “patrimônio” se encontrava intimamente relacionado com o valor econômico de um determinado bem, considerando para tanto a sua postulação sucessória insurgida, fator que em si mesmo condiciona à necessária materialidade dos objetos assim classificados³⁴.

Feitos alguns breves delineamentos acerca da ampliação progressiva da expressão que atualmente delimita a disciplina protetiva em apreço, agora assente em termos amplos e abrangentes, resta saber quais seriam os bens culturais que passam a integrar o seu âmbito de incidência, questão que afeta diretamente a ramificação jurídica de resguarda do patrimônio cultural. Nesse momento, será ainda pertinente destacar a introdução de uma nova categoria, cuja singularidade repousa em uma perspectiva que exaspera as limitações da percepção cultural corpórea.

1.2.2 – Os novos objetos da disciplina: a introdução do patrimônio intangível

Seguindo as considerações anteriores, tem-se como certo que não apenas em termos nominais o abranger do patrimônio cultural sofreu adaptações com o passar do tempo, o mesmo também passou a refletir uma série de incorporações no seu próprio abarcar conceitual. Assimilou-se uma série de novos objetos, que por sua natureza simbólica, agora

³² MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 75.

³³ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 14.

³⁴ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004, p. 98.

são capazes de serem classificados como parte integrante do espelho cultural de uma determinada nação.

Assim, o que se observa é a superação do tradicional foco direcionado somente aos bens corpóreo-tangíveis, bens móveis e imóveis, como detentores da capacidade de traduzirem uma memória cultural a ser protegida. Passou-se a comportar questões baseadas na constatação de um patrimônio cultural intangível, este constituído por variáveis imateriais diversas como a própria língua do país, o conhecimento de técnicas, costumes, ritos, lendas, mitos, comidas típicas, dentre outros³⁵.

Vale destacar que tal tendência ampliativa não se resume apenas ao plano teórico doutrinal, a mesma conta com reflexos em diversos textos legais. Menciona-se nesse sentido a complexidade de informações trazidas pela louvável redação do artigo 2º³⁶ da LPC de 2001, que ao delinear o conceituar e abranger do patrimônio cultural português o faz em termos extensivos, abarcando agora uma gama imensurável de variáveis culturais.

Ademais, confirmando o pareamento da opção pela expressão “patrimônio cultural” com a insurgência da vertente protetiva intangível, veja que o ainda em vigor Decreto-Lei brasileiro nº 25 de 1937, o qual será fruto de uma análise detalhada mais adiante, não obstante à utilização da expressão restritiva “patrimônio histórico e artístico”, condiciona

³⁵ BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003, p. 78.

³⁶ “Artigo 2.º Conceito e âmbito do património cultural 1 - Para os efeitos da presente lei integram o património 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. 2 - A língua portuguesa, enquanto fundamento da soberania nacional, é um elemento essencial do património cultural português. 3 - O interesse cultural relevante, designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, dos bens que integram o património cultural reflectirá valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade. 4 - Integram, igualmente, o património cultural aqueles bens imateriais que constituam parcelas estruturantes da identidade e da memória colectiva portuguesas. 5 - Constituem, ainda, património cultural quaisquer outros bens que como tal sejam considerados por força de convenções internacionais que vinculem o Estado Português, pelo menos para os efeitos nelas previstos. 6 - Integram o património cultural não só o conjunto de bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante, mas também, quando for caso disso, os respectivos contextos que, pelo seu valor de testemunho, possuam com aqueles uma relação interpretativa e informativa. 7 - O ensino, a valorização e a defesa da língua portuguesa e das suas variedades regionais no território nacional, bem como a sua difusão internacional, constituem objecto de legislação e políticas próprias. 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.”. PORTUGAL. Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, nº 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

suas afetações protetivas tão somente aos bens móveis e imóveis, conforme delimitado em seu artigo 1º³⁷.

Apesar disso, mais uma vez corroborando o movimento construtivo e adaptativo que se tenta clarificar, não obstante ao longo tempo em que tal entendimento restrito perdurou, convém apontar, mesmo considerando a atual vigência do Decreto-Lei nº 25 de 1937, que sua conceituação delimitadora da matéria se encontra superada. Seguindo a tendência ampliativa relatada, destaca-se que a CRFB de 1988 inaugurou no Brasil a mencionada abertura conceitual³⁸, passando a abranger tanto a expressão “patrimônio cultural”, quanto os bens imateriais como fruto de inerente demanda por acautelamento.

Evolução que também deve ser creditada ao empenho de notáveis figuras públicas influentes no setor cultural, como Aloísio Magalhães³⁹, cujas atuações no Ministério da Educação e da Cultura e no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) foram de grande valor.

Nesse contexto de pluralidade das questões que passam a compor a conceituação do patrimônio cultural, o que se afere é um caracterizar heterogêneo dos fatores assim passíveis de classificação⁴⁰, ponto que congrega ainda variáveis diversificadas como a

³⁷ “Art. 1º. Constitue 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.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 24056, 6 dez. 1937.

³⁸ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁹ Nesse sentido, vale considerar que Aloísio Magalhães por vezes demonstrou o seu descontentamento com o caráter superficial e limitado da política de proteção do patrimônio cultural existente, mormente a restrição desta aos bens móveis e imóveis. Quanto a isso, o mesmo defendeu que as mais simples criações e manifestações também deveriam ser consideradas como componentes intrínsecos do patrimônio cultural nacional. Apontava que tal viabilidade ampliativa não precisava de uma supressão ou alteração disruptiva na então existente instituição capacitada a lidar com o patrimônio histórico e artístico nacional, bastando tão somente uma demanda “viável e lógica” por “ampliar e revitalizar esse órgão”. MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 62.

⁴⁰ Mostra-se interessante considerar que aparentemente conceituar um bem como parte integrante do patrimônio cultural de uma nação, pode ser ainda mais complicado em países cuja formação ainda não atingiu o seu ápice. Ocorre que, tais bens não são “uma coisa estática, necessariamente fixa, mas depende de algumas constantes que possam ser identificadas, algo que tenha sido reiterado na trajetória do país”. *Ibidem*, p. 71.

incidência de determinantes ambientais, econômicas e sociais⁴¹. Por essa razão, mostra-se de suma importância delimitar e clarificar o recorte de incidência no qual se pautarão as considerações em desenvolvimento, porquanto aferido que o Direito do Patrimônio Cultural não mais se resume a um plano limitado ao corpóreo. Logo, suas determinações não podem ser abordadas de modo superficial, como se um todo igualitário fosse.

Posto isso, por uma questão de adequação à supracitada amplitude não generalizável dos objetos capazes de serem considerados integrantes do patrimônio cultural, apesar de não limitar suas considerações unicamente a esses, dedicar-se-á o enfoque majoritário do presente estudo aos bens imóveis detentores de relevância cultural.

Justificando a opção feita, inicialmente cabe enfatizar a sua maior adequação à temática originada pelo vínculo envolvendo as esferas de interesse público e privado em apreço, opção que congrega de forma mais evidenciada as intervenções restritivas e limitativas decorrentes do referido embate entre pólos opostos de gestão. Junto a isso, subsiste a constatação de que esses bens são os alvos prioritários das políticas de acautelamento e proteção do patrimônio cultural, em especial quando se analisa as concretizações advindas por intermédio do tombamento brasileiro, instituto que será analisado mais adiante em um tópico específico.

Assim, apesar da já mencionada ampla gama de fatores inseridos no conceito de patrimônio cultural, o objeto desta análise se ocupará principalmente dos bens imóveis colocados sob a tutela pública do tombamento. Soma-se a essa opção, na medida em que serão propostos institutos capazes de evitar ou mitigar possíveis descasos e abandonos ocasionados a bens culturais protegidos, o fato de que o bem imóvel detém uma característica singular que o individualiza e o vincula a determinada área que ocupa, não podendo ser dali desligado sem consequências expressivas⁴².

1.3 – ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES DA MATÉRIA

Em acompanhamento a esse caminhar ampliativo da noção de patrimônio cultural, agora dissociada de um caráter eminentemente temporal, insta anunciar, que para uma

⁴¹ DANTAS, Fabiana Santos. In: *Patrimônio cultural, direito e meio ambiente: um debate sobre a globalização, cidadania e sustentabilidade*. Curitiba: Multideia, 2015, p. 32.

⁴² COSTA, Maximino Soutelinho da. *A proteção do centro histórico de Petrópolis*. 2002. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, p. 20.

expressiva parte da doutrina já não há dúvidas de que tal ramo protetivo deve ser caracterizado por uma amplitude diferenciada, porquanto inserível em uma ramificação do direito ainda maior, qual seja, o patrimônio cultural deve ser compreendido como parcela integrante do meio ambiente^{43, 44}.

No mesmo sentido, trazendo os ensinamentos de José Casalta Nabais em relação a essa percepção do pareamento de influências entre as disciplinas, o que se convencionou é uma relação entre premissa maior e premissa menor, correspondendo respectivamente ao Direito do Meio Ambiente e o Direito do Patrimônio Cultural. Em outras palavras, seria concluir que os aspectos legais voltados ao patrimônio cultural podem ser caracterizados como um ramo do conhecimento jurídico revestido de um caráter especializado frente ao direito ambiental⁴⁵.

E conforme se avança através do referido rumo integrativo da esfera cultural com a matéria ambiental, valendo creditar destaque novamente à Convenção do Patrimônio Mundial de 1972 da UNESCO, a qual introduz a listagem de sítios naturais como aspectos patrimoniais a serem protegidos e conservados, o mesmo também se dá na sua aproximação com outras realidades canceladas pelo direito. Um grande exemplo desse contexto encontra-se na vertente urbanística, a qual atinge diretamente o recorte temático do presente estudo.

Em atenção a tal confluência com o Direito Urbanístico, insta destacar que esta não se limita tão apenas ao plano ideológico de aproximação entre as disciplinas em tela. É necessário corroborar que ambas são capazes de compartilhar na prática um mesmo objeto de incidência. Constatação que não traduz dificuldades de observação, bastando considerar, especialmente tomando a opção por direcionar foco aos bens culturais imóveis submetidos à política pública de resguarda, que estando um bem imóvel tombado

⁴³ Fundamentando a discriminada constatação: “Incumbe salientar que, segundo a melhor doutrina, o patrimônio cultural faz parte do meio ambiente. Indiscutível que o Direito Ambiental tem por objeto não só o ambiente natural, mas também as questões referentes ao ambiente do trabalho, do meio artificial, do patrimônio genético e, também, do patrimônio cultural”. HENKES, Silvana Lúcia; GASTAL, Alexandre Fernandes; MIELKE, Priscila Venzke. *O direito-dever à cultura e à preservação do patrimônio cultural. Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, p. 231-255, jul./dez. 2013, p. 233 e 234. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/383/373>>. Acesso em: 3 maio 2016.

⁴⁴ Conforme será visto mais adiante, ao abordar os parâmetros da responsabilidade civil oriunda de casos danosos ao patrimônio cultural, a ausência de informes legais a este respeito, especialmente ao considerar se a imputação desta responsabilidade deve ser objetiva ou subjetiva, acaba por demandar o recurso à assimilação de prerrogativas legais constantes em fontes normativas que versam acerca de outras matérias.

⁴⁵ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 65.

necessariamente vinculado às afetações do plano diretor que o comporta, mostra-se certo a inerente recepção de influências das duas perspectivas jurídicas⁴⁶.

Apesar disso, convencionado todo o aporte extensivo do situar do Direito do Patrimônio Cultural, mormente às suas influências e congruências com outros ramos do conhecimento jurídico, Nathália Arruda Guimarães argumenta que em relação ao Direito Urbanístico não se está defronte a uma integração plena, em termos supressores da autonomia de cada disciplina. Discorre a autora que o que realmente se observa é uma aproximação estreita em virtude de certos pareamentos temáticos, o que não configura por si só na perda de autonomia metodológica de cada matéria⁴⁷. Tal constatação certamente pode ser expandida para a relação estabelecida em o Direito do Patrimônio Cultural com outros ramos jurídicos como o Direito Ambiental.

Com esse preceituar, veja que a resposta para um caso concreto envolvendo a aplicação de duas disciplinas jurídicas pode nem sempre ser fácil ou apontar uma relação de sobreposição. Por um lado, mostra-se incontestável que um planejamento urbanístico eficaz é requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável e ocupação ordenada do solo urbano. Pelo outro, a proteção e promoção do patrimônio cultural, com toda a sua carga simbólica e representativa assente na mais legítima concepção de direito difuso, porquanto direcionado a toda uma coletividade, também o é. Dessa forma, não raros serão os casos em que apenas uma das diretivas poderá ser atendida.

Desse modo, tanto para o ordenamento brasileiro quanto para o português, é cabível adiantar um vislumbre crítico em atenção a este ponto, no sentido de que tal aproximação entre as disciplinas quase sempre não repercute em sede normativa. Tal fato relega demasiado pendor por recursos interpretativos dispersos para a concretização da dita justaposição.

Quanto a isso, convém alertar que para esse afirmar não se está defendendo que deve haver uma falta de especificidade latente em cada área, nem que tais ramos devam ser necessariamente integrados sob a ótica de uma disciplina unitária. Entretanto, faz-se importante que essa aproximação temática e prática seja levada em consideração pelo

⁴⁶ GUIMARÃES, Nathália Arruda. *O Direito à cidade culturalmente preservada: Os planos diretores municipais e a tutela do Patrimônio Cultural Imóvel no Brasil*. 2010. 729 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 151.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 320.

legislador, refletindo expressamente no texto legal. Ademais, se tratando de ramos de forte incidir social, a referida assimilação só fortalece uma atenção institucional diferenciada.

Posto isso, foram brevemente delineados alguns aspectos gerais caracterizadores do patrimônio cultural, os quais certamente serviram para clarificar o caráter dinâmico e adaptativo que acompanha a disciplina desde os seus primórdios. Apontamentos que em muito suscitarão considerações centradas na inadequação de certas passagens legais, mormente reste visível uma estagnação da disciplina propiciada pela inércia do legislador brasileiro.

Em resumo, buscou-se alicerçar o presente estudo com algumas das variáveis que legitimam e agregam importância à matéria, especialmente ao considerar o seu pareamento com os diversos componentes econômicos, políticos e sociais que circundam as próprias bases de uma identidade nacional.

O próximo capítulo focar-se-á na análise das principais fontes normativas direcionadas à proteção e valorização do patrimônio cultural brasileiro. Conforme informado na introdução, este recorte comporá a premissa geral nessa abordagem comparativa diferenciada, razão pela qual, é sobre o mesmo que recairá as principais críticas e sugestões que permearão a sequência deste trilhar construtivo.

2 – O ABRANGER JURÍDICO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Tendo em vista que o foco direto deste estudo perfaz o pareamento de casos danosos ao patrimônio cultural com informes e prerrogativas legais, com o conseqüente discorrer acerca dos elementos normativos que de certo modo acarretam em uma possível permissividade para tanto, insta trazer para a presente apreciação um compêndio das principais previsões jurídicas centradas na matéria.

Caberá partir do abranger do Decreto-Lei nº 25 de 1937, que como adiantado, apesar de toda a sua longevidade, ainda hoje é o grande alicerce da resguarda do patrimônio cultural brasileiro. Ademais, a referida fonte normativa introduziu o tombamento, instituto que protagoniza o acautelamento cultural nacional, constituindo a principal ferramenta para tal fim.

Conforme foi sugerido inicialmente, neste ponto não se dedicará ainda uma abordagem de cunho comparada com as disposições oriundas da legislação portuguesa de proteção ao patrimônio cultural. Assim sendo, partir-se-á da análise do ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica primordial de criar a ambientação necessária para perspectivar seus pontos falhos, em especial com a relação estabelecida entre o público e o privado por intermédio do tombamento. Somente assim será possível introduzir mais adiante a perspectiva externa como um vislumbre para o aperfeiçoamento técnico e prático do supracitado instituto protetivo.

2.1 – O DECRETO-LEI Nº 25 DE 30 DE NOVEMBRO DE 1937

Dentre todas as menções ao patrimônio cultural na legislação brasileira, salienta-se por sua grande longevidade o Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937. Idealizado no ora insurgido estado do bem-estar social, o mesmo instituiu a proteção legal do patrimônio histórico e artístico nacional, dando voz ao já mencionado movimento de intelectuais que em muito contribuíram e trabalharam para a concretização de meios oficiais para a resguarda cultural.

Posto isso, somente uma apreciação atenta ao referido instrumento, fonte primária de direito no que se refere à matéria no Brasil⁴⁸, qual seja, o balizamento do direito de propriedade para fins de resguarda do patrimônio cultural, para que se possa compreender não apenas as disparidades e congruências com a legislação mais recente, vide o caso da própria Constituição de 1988, assunto a ser considerado na sequência, bem como, demonstrar que o tema patrimônio cultural e seus institutos protetivos possuem bases fixadas em liames ímpares, a exemplo da já citada conformação de um pendor mutável das terminologias associadas a esse contexto.

Antes de adentrar nas disposições do Decreto-Lei nº 25 de 1937 acerca do tombamento, torna-se imperioso tecer uma breve consideração sobre o contexto político e social da promulgação do mesmo. Algumas dúvidas podem surgir ao se constatar que a referida fonte normativa tem sua origem datada de um momento histórico autoritário, ditadura Vargasista, especialmente quando considerado o fato de que na ocasião em que esse fora sancionado, o Congresso Nacional encontrava-se dissolvido por Getúlio Vargas.

Desse modo, analisando o mencionado recorte temporal de instabilidade política, tem-se que o mesmo influenciou diretamente nas questões procedimentais para entrada em vigor do Decreto-Lei nº 25 de 1937, não tendo este advindo de um processo de constituição plenamente democrático, constatação que se afigure do seu próprio formato de Decreto-Lei⁴⁹.

Apesar disso, em relação à questão levantada, é possível afirmar que mesmo o Decreto-Lei nº 25 de 1937 tendo sido editado no conturbado período político da ditadura Vargasista, lembrando ainda que o Artigo 113, nº 17, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 ainda não tinha estabelecido claramente a limitação ao direito absoluto de propriedade⁵⁰, pelo menos não como atualmente se conceitua a função

⁴⁸ CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 46.

Até então, a única menção que evidenciava a necessidade de se proteger o patrimônio cultural nacional se reduzia à restrita redação do artigo 148 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, o qual dispunha: “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”. BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1934.

⁴⁹ CASTRO, op. cit., p. 15.

⁵⁰ Estabelece o referido dispositivo legal: “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 coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por

social a qual a mesma se reporta⁵¹, o citado instrumento normativo não deixou de revestir-se de um status de vanguarda quando promulgado.

Junto a isso, cabe novamente mencionar que o Decreto-Lei n° 25 de 1937 remonta a sua origem a um período em que a esquematização protetiva do patrimônio cultural encontrava-se imersa em notáveis ideias oriundas do movimento intelectual modernista⁵². Nesse abranger, convencionou-se que o modernismo brasileiro pode ter reluzido uma perspectiva rara no aspecto cultural, qual seja, a de conciliar história e vanguarda⁵³.

Na prática, isso aparentemente pode ter refletido no cuidado de se elaborar um texto abrangente e ao mesmo tempo singular, com uma simplicidade terminológica a ponto de propiciar ao gestor público em sua discricionariedade, a melhor adequação a cada caso concreto⁵⁴.

Passadas algumas considerações históricas acerca do Decreto-lei n° 25 de 1937, o próximo tópico, ainda versando sobre o mesmo, mudará seu foco para os aspectos instrumentais de acautelamento do patrimônio cultural instituídos por tal fonte normativa. Conforme discorrido, essas expectativas protetivas são encabeçadas pelo ato do tombamento, instituto referência da temática que se propõe.

2.1.1 – O tombamento como instrumento viabilizador das prerrogativas do Decreto-Lei n° 25 de 1937

Passando agora a discorrer acerca do tombamento como instituto enformador das

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 (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1934.

⁵¹ Além da menção expressa no §2º do artigo 182, a CRFB de 1988 situa no inciso XXIII do artigo 5º a função social da propriedade como um dos direitos e garantias individuais.

⁵² FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 107.

⁵³ CHAGAS, Maurício. *Patrimônio Cultural*. In: O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004, p. 14.

⁵⁴ Convém abrir um parêntese para esclarecer que no recorte histórico da promulgação e entrada em vigor do Decreto-Lei n° 25 de 1937, a acepção do termo discricionariedade ainda não correspondia ao conceito estudado e difundido atualmente. Essa liberdade decisória do gestor público ainda não esbarrava em limitações claramente informadas por lei. Portanto, o que se afere é uma patente diferença entre discricionariedade e arbítrio, sendo a primeira necessariamente vinculada ao princípio da legalidade. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 126.

Veja com base nessa consideração, que muitas são as críticas que podem surgir da constatação de que o Decreto-Lei n° 25 de 1937 possui uma abertura demasiadamente ampla, mais especificamente por não estipular critérios objetivos para o instituto do tombamento. FONSECA, op. cit., p. 232.

finalidades do Decreto-Lei nº 25 de 1937, inicialmente insta delimitar a zona de abrangência deste, valendo citar algumas considerações extraídas do seu já transcrito artigo 1º, dispositivo que versa sobre o conceito de patrimônio cultural assumido para tal persecução protetiva. Segundo o mesmo, o abranger do patrimônio histórico e artístico brasileiro reside em um conjunto de bens móveis e imóveis situados no país, estes que devido à sua vinculação a fatos memoráveis ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, tenham sua conservação situada na esfera do interesse público.

Assim, é cogente a importância dessas aferições para legitimar os objetos do tombamento, instituto que, reitera-se, reveste-se de um caráter instrumental concretizador dos anseios que permeiam a temática circunscrita pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937. Em termos práticos, é o grande responsável por dar concretude ao acautelamento do patrimônio cultural brasileiro⁵⁵.

Nessa direção, insta considerar alguns posicionamentos doutrinários acerca do tombamento, valendo dar início pelos apontamentos de Hely Lopes Meirelles, autor muito referenciado no que confere à parcela da doutrina brasileira focada no direito administrativo, matéria que necessariamente comporta a relação entre a preservação do patrimônio cultural e a consequente incumbência do poder público. O mencionado doutrinador conceitua o referido instituto como a “declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais”⁵⁶, em virtude da qual surgiria a necessidade premente de se proteger e conservar.

Nesse ensejo, interessante considerar a relevância e status do papel desempenhado pelo tombamento na proteção do patrimônio cultural. Segundo a Fundação Getúlio Vargas, o Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937 e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, pareavam-se como as duas fontes decisivas e pioneiras para a institucionalização dos preceitos e intuítos que circundam tal matéria protetiva no território brasileiro⁵⁷.

Tal aferição somente corrobora a anterior constatação de relevância do Decreto-lei

⁵⁵ Apesar de ser a fonte normativa ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, assim como mencionado anteriormente, cumpre lembrar que a mesma não se utiliza da expressão “patrimônio cultural”, da mesma forma que também se encontra limitada aos bens móveis e imóveis. Fatores estes, que somente viriam a ser superados em sede legal pelas disposições da Constituição Federal de 1988.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 492.

⁵⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Diagnóstico exploratório do setor do patrimônio cultural brasileiro*. São Paulo: FGV, 1999, p. 52.

nº 25 de 1937, mesmo considerando o conturbado momento político da sua promulgação. Basta elucidar que a referida Carta Constitucional tacitamente direciona toda a demanda do acautelamento cultural ao Decreto-Lei, constatação que parte da brevidade com que essa introduz o tema⁵⁸.

Em análise ao mesmo instituto protetivo do patrimônio cultural, convém destacar ainda a rica conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, autora igualmente importante para o direito administrativo brasileiro. A mesma considera que “o tombamento é a forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária”⁵⁹.

Sob esta ótica, o tombamento é empregado com o seu sentido habitual de intervenção restritiva na propriedade por parte do Estado. Logo, pode ser contextualizado como uma mitigação do absolutismo do Direito Fundamental de propriedade previsto nos artigos 170 e 5º, inciso XXII, da CRFB de 1988.

Ponto controverso que se faz necessário mencionar, reside na definição da natureza jurídica do tombamento, uma discussão que a tempos perdura na doutrina brasileira⁶⁰, até hoje incapaz de suscitar um consenso. Importante destacar desde logo, que assumir as referidas divergências doutrinárias afeta diretamente um dos pontos que será tratado mais adiante como capacitado a surtir efeitos no contexto dos prejuízos e abandonos causados ao patrimônio cultural tombado, o qual remonta à possibilidade indenizatória das afetações do tombamento na esfera dos particulares.

⁵⁸ Vide o seguinte dispositivo constitucional: “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 (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1937.

⁵⁹ PIETRO, Maria Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 131 e 132.

⁶⁰ O mesmo contexto de indefinição e discordância ocorre nas discussões se o tombamento é um ato vinculado ou discricionário. A quem defenda o caráter vinculado por considerar que após um bem ter sido reconhecido como detentor de valor cultural, o mesmo necessariamente deve ser tombado, atendendo as diretrizes protetivas constitucionalmente atribuídas à administração pública. Por outro lado, os que pontuam pela vertente discricionária, defendem que tal reconhecimento de valor cultural, por si só não confere a obrigatoriedade de acautelamento de um bem por intermédio do tombamento.

Por certo, compactuando o posicionamento de que tomar por tomar não confere a real proteção de um bem cultural, posição que balizará grande parte das considerações subsequentes, soa incongruente fixar a necessidade de vincular a existência de um valor cultural com o tombamento. Contexto que envolve ainda as dificuldades práticas da administração pública em fazer cumprir as determinações legais de proteção do patrimônio cultural situado na esfera de particulares, o que abrange a sua própria incapacidade de acompanhamento e fiscalização de tais bens.

Ademais, conforme será visto, é de suma importância a existência de outros institutos protetivos capacitados a acompanhar e proteger bens culturais, a exemplo dos inventários, sem que para isso seja necessário o recurso a medidas interventivas mais graves como o tombamento.

Um primeiro entendimento apetece considerar o tombamento como uma servidão administrativa, trazendo como fundamento predominante a constatação de que tal modalidade traz a necessidade de individualizar o bem em que repercutirá seus efeitos. Uma segunda linha de trabalhos, aponta que a natureza do tombamento se enquadra no conceito de limitação administrativa⁶¹. Por fim, há ainda aqueles que defendem que o tombamento não se enquadraria em nenhuma das duas hipóteses, configurando uma categoria especial autônoma⁶².

Quanto a tais opções, cumpre reconhecer que os posicionamentos apontando a natureza jurídica do tombamento como servidão administrativa ou limitação administrativa possuem falhas intrínsecas. Se por um lado a servidão administrativa se aproxima do tombamento ao incidir sobre um bem de maneira individualizada, pelo outro a mesma se limita ao imóvel, configurando um ônus real. Já no que confere a limitação administrativa, não obstante o seu caráter geral não individualizante do seu objeto, contexto incongruente com o caráter específico do tombamento, a mesma recai sobre a figura do proprietário.⁶³

Logo, considerando o tombamento como um instituto diferenciado, viabilizador da política protetiva do patrimônio cultural brasileiro por meio de uma especificidade latente, mostra-se a melhor opção evitar o seu enquadramento forçoso em certas categorias de intervenções administrativas que não são capazes de reluzir todas as suas particularidades.

Ademais, conforme será pontuado, existe uma tendência equivocada ao definir o real objeto de incidência do tombamento. Nesse sentido, após o seu reconhecimento, considerar-se-á o valor cultural emanado do bem como a sua prerrogativa merecedora de especial proteção, sem o qual um acautelamento sequer faz sentido. Portanto, tem-se novamente como afastado o pareamento da natureza do tombamento com os aspectos conceituais presentes na servidão e limitação administrativa, mormente se restrinjam respectivamente à propriedade e ao proprietário.

⁶¹ Hely Lopes Meirelles conceitua as limitações administrativas como “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 539.

⁶² DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 142.

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 515.

Dito isso, o que agora interessa reside na fixação do abranger restritivo do tombamento no âmbito da propriedade privada⁶⁴.⁶⁵ Conforme apontado o caráter protetivo por excelência do referido instituto, para cuja efetiva concretização da resguarda do patrimônio cultural perfaz uma instrumentalidade própria, o tombamento comporta caracteres constritivos e balizadores do aludido direito real. Portanto, não há como duvidar que de tal relação na maioria das vezes impositiva, muitos embates e discussões são passíveis de ocorrência⁶⁶.

Nessa direção de intervenção estatal na esfera do particular proprietário do bem tombado, sustenta Paulo Afonso Leme Machado que o pólo privado resta limitado por certas prerrogativas que antes o desvinculava como proprietário ordinário, a exemplo dos direitos de utilização e disposição que passam a comportar especificidades próprias, sujeitando-o a um regime especial⁶⁷.

Isto posto, se tratando de uma questão intimamente relacionada com o tema em desenvolvimento, eleva-se desde logo que com a referida intervenção administrativa, apesar do bem tombado remanescer sob o domínio do seu proprietário, o mesmo resta sujeito à vigilância e fiscalização pública, assim como, fica associado a uma série de medidas balizadoras do seu uso, modificação e disposição.

Nesse trilhar, convém aludir aos claros apontamentos presentes no artigo 17⁶⁸ do Decreto-Lei nº 25 de 1937, que em linhas gerais, estabelece que os bens tombados não

⁶⁴ Apesar de evidente, cumpre aduzir que os balizamentos acauteladores do patrimônio cultural não incidem somente sobre bens culturais pertencentes à esfera privada, essa é tão somente a delimitação que se faz necessária para viabilizar o recorte temático especificamente proposto para esse estudo. Desse modo, tal relação pode se estabelecer em vários âmbitos, inclusive entre diferentes esferas da administração pública.

⁶⁵ É interessante mencionar que o chamamento dos particulares para desempenharem a tutela de certos bens culturais não é um movimento de caráter recente. Essa afirmativa reluz na constatação de que no considerado contexto revolucionário francês, apesar de pautar a questão cultural no intento de preservar o interesse coletivo, por uma questão de incapacidade financeira e de se garantir o correto acolhimento de alguns bens, muitas vezes o comitê revolucionário optou pela sua venda a particulares. CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004, p.100.

⁶⁶ Ilustrando apenas uma das complicações que podem surgir: “Na medida em que são considerados de interesse público, os bens tombados se convertem, em certo sentido, em propriedade da nação, embora não percam seu caráter de mercadorias apropriáveis individualmente”. FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 32 e 33.

⁶⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 725.

⁶⁸ “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. [...]”. BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 24056, 6 dez. 1937.

podem ser destruídos, demolidos ou mutilados, sequer podendo ser reparados ou modificados sem anuência prévia do SPHAN, hoje IPHAN.

Cumprido considerar ainda o artigo 19⁶⁹ do mesmo Decreto-Lei, o qual deixa claro que o proprietário de um bem tombado que se veja carente de recursos para prover a sua devida manutenção e conservação, deve exercer seu dever de comunicação à entidade responsável, para que esta se encarregue de proceder a sua resguarda.

Aduzidos tais liames legais, cabe ao proprietário o zelo primário para com o bem tombado, restando o poder público encarregado subsidiariamente somente em caso de incapacidade justificada do primeiro. Conforme será postulado no quarto capítulo, com esse contexto normativo expresso, refuta-se diretamente qualquer opinião no sentido de que possíveis ingerências de particulares se justificariam pelo sentimento de creditarem a responsabilidade do bem à administração pública.

Logo, se extrai pelo conteúdo dos citados dispositivos, que no abranger do ordenamento jurídico brasileiro, de forma geral os deveres dos proprietários cujos bens restem tombados se resumem na necessidade de conservação, proteção, manutenção e adequação na utilização do bem, tanto nas suas condutas diretas, quanto no viés de abstenção no exercício de práticas consideradas lesivas aos mesmos.

Do mesmo modo, conforme visto, incorrem estes proprietários na obrigação de informar e comunicar a administração pública, tanto para obtenção de autorização para efetuar alguma intervenção necessária à sua proteção, quanto para cientificar a mesma de algum risco que o bem tombado esteja correndo ou possa vir a correr, o que engloba a própria incapacidade do particular proceder a sua devida resguarda.

Informa-se ainda, que uma gama de outros deveres e obrigações circunscreve o abranger de afetação dos proprietários de bens tombados, a exemplo do direito de preferência da administração pública caso o particular opte por alienar tal bem⁷⁰. O mesmo

⁶⁹ “Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma 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. [...]”. BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 24056, 6 dez. 1937.

⁷⁰ Infelizmente, prestando um desvalor ao já precário ordenamento jurídico brasileiro de proteção ao patrimônio cultural, o advento do Novo Código de Processo Civil - CPC, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, revogou expressamente o artigo 22 do Decreto-Lei nº 25 de 1937, o qual versava acerca do direito de

ocorre com as rígidas regras no que confere a exportação ou retirada do bem do país⁷¹, estas logicamente direcionadas aos bens móveis tombados.

Posto isso, afere-se que o Decreto-Lei nº 25 de 1937 está diretamente relacionado com o conceito de interesse público, fator que remonta sua primeira aparição à Constituição Brasileira de 1934. Sendo assim, limitações e restrições assim impostas se justificam perante a demanda social transindividual indeterminada, porquanto não é admissível que possíveis práticas lesivas, ainda que inicialmente restritas a uma esfera privada, possam trazer prejuízos a resguarda de um bem cultural que exaspera o interesse da sociedade.

Apesar disso, não se deixará de mencionar que logo no início surgiram os primeiros questionamentos acerca da constitucionalidade do tombamento, visto suas restrições ao direito de propriedade não serem indenizáveis⁷². Como exemplo dessa discordância, pode-se citar a ação interposta por proprietários de imóveis situados na região do Arco de Teles e da Praça XV, ambos no Rio de Janeiro, os quais haviam tido seus imóveis tombados compulsoriamente. Iniciativa que por fim não logrou êxito, tendo o Supremo Tribunal Federal - STF se posicionado pela constitucionalidade do Tombamento realizado⁷³.

Nesse tocante, Maria Cristina Biazão Manzato, corrobora o entendimento de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do patrimônio cultural são questões dinâmicas que coadunam em um verdadeiro fenômeno social que deve ser compreendido corretamente. Por essa razão, não há que se falar em um absolutismo do direito de propriedade, restando o mesmo indissociável de um ideal de função social, o que reflete nitidamente no intuito que circunscreve o instituto protetivo do tombamento⁷⁴.

preferência no caso de alienação de bens tombados. A partir de então, o direito de preferência não conta mais com um artigo especificamente direcionado à perspectiva cultural e as suas particularidades, e mais prejudicial ainda, sofreu uma enorme limitação, uma vez que, a nova legislação somente prevê o exercício do direito de preferência para os casos de alienação judicial do bem tombado, em nenhum momento se referindo à relação extrajudicial, conforme disposto no inciso VIII do artigo 889 e §3º do artigo 892.

⁷¹ Para mais detalhes vide os artigos 14 e 15 do Decreto-Lei nº 25 de 1937.

⁷² A questão indenizatória será um dos pontos primordiais que mais adiante serão tratados como capazes de censurar certos descasos com o patrimônio cultural tombado.

⁷³ TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. *O (in)verso da proteção do patrimônio cultural: análise do instituto jurídico do cancelamento de tombamento*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 7. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=163>>. Acesso em: 3 set. 2016.

⁷⁴ MANZATO, Maria Cristina Biazão. *A Transferência do Direito de Construir Como Forma de Indenização ao Proprietário de Bem Tombado*. 2006, p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9747-9746-1-PB.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2016.

Sendo assim, diante de todo o exposto, e tomando como requisito balizador a aludida inerência da função social da propriedade, tem-se como mitigado o conceito de propriedade absoluta. Assim, resta justificado o intervencionismo do instituto do tombamento, abarcando a existência de uma precedência do interesse coletivo sobre o interesse particular⁷⁵, de modo que o uso da propriedade estará intimamente vinculado ao respeito da sociedade como um todo.

Considerando os parâmetros já informados, no que se refere ao proprietário, como se buscou asseverar, o mesmo continua titular da posse e do domínio sobre o bem cultural tombado⁷⁶, permanecendo os seus direitos básicos de proprietário. Entretanto, deve haver o respeito à observância de certas regras especiais, de modo a evitar a descaracterização ou a destruição do objeto protegido, o que se consumado, significaria uma agressão ao interesse público e social que o mesmo representa.

Vale observar ainda, que o tombamento se procede com a inscrição dos bens culturais nos denominados Livros de Tombo⁷⁷, aos quais o Decreto-Lei nº 25 de 1937 faz amplos comentários. Mostra-se igualmente importante destacar, que para a consumação do tombamento através das referidas inscrições, o mesmo deve percorrer um processo pautado por critérios legalmente enformados pelo Decreto-Lei. Com efeito, insta considerar o tombamento como um ato administrativo baseado em preceitos inerentemente técnicos, aspecto que se mostra independente da abertura discricionária prática que certamente compõe a própria possibilidade de enquadrar um determinado bem no conceito de patrimônio cultural.

Por fim, é necessário apontar que desde os seus primórdios, o Decreto-Lei nº 25 de 1937 vinha sendo utilizado unicamente pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN, também criado em 1937, órgão equivalente ao atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. Inicialmente, cumpria à administração

⁷⁵ Conforme será considerado, tal prevalência não deve de maneira alguma ser um dado absoluto. Como todas as vertentes da vida e do direito, a mesma deve ser pautada por uma gama de princípios basilares, sempre visando o equilíbrio e razoabilidade, especialmente ao considerar que dessa relação exasperam interesses que transcendem a própria dinâmica entre interesse coletivo e o direito de propriedade.

⁷⁶ ALVES, Renata Martins de Carvalho. *Tombamento – um novo enfoque*. 2008, p. 13. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/TOMBAMENTOUmNOVOENFOQUE.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁷⁷ Mostra-se interessante informar que a terminologia “tombamento” e “livro tombo” foram assimiladas da experiência portuguesa, da época em que certos arquivos eram assim referenciados. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 465.

Como se sabe, o instituto base da preservação e conservação do patrimônio cultural português responde pela nomenclatura “classificação”. Opção que aparenta ser tecnicamente mais acertada.

pública versar acerca do gerenciamento e aplicação das determinações do Decreto-Lei no âmbito nacional, não prevendo o mesmo intento protetivo do patrimônio cultural aos planos estaduais e municipais^{78, 79}.

No entanto, em abril de 1970, o Ministério de Educação e Cultura reuniu em Brasília os Secretários Estaduais da área cultural, Governadores de Estado, Prefeitos de municípios interessados e representantes de instituições culturais, para estudar medidas complementares de proteção e valorização do acervo cultural do Brasil⁸⁰.

Daquela reunião surgiu o Compromisso de Brasília, documento que versa acerca da necessidade inadiável de Estados e Municípios agirem supletivamente no que se refere à proteção legal do patrimônio cultural. Nesse compreender, resta suprido um anterior direcionamento unicamente centrado nos bens de valor nacional, passando assim a abarcar e alargar o mesmo interesse protetivo para a esfera regional e municipal⁸¹.

Isso posto, decorridas algumas noções conceituais fundamentais no que toca ao instituto do tombamento, cabendo destacar novamente o seu caráter restritivo ao âmbito do direito de propriedade, convém dar continuidade através de um situar de variáveis que possibilitam o longo perdurar do Decreto-Lei nº 25 de 1937. Para tanto, serão apontadas

⁷⁸ ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. *Brasil: monumentos históricos e arqueológicos*. Rio de Janeiro: IPHAN/DAF/COPEDOC, 2012, p. 285.

⁷⁹ Um questionamento cabível, consideradas certas as dificuldades práticas de uma política ampla de proteção do patrimônio cultural, insurge da própria opção constitucional brasileira pela distribuição das prerrogativas protetivas pela União, Estados e municípios. Apesar de ser uma preocupação legítima, insta considerar que um contexto de proteção centralizada, tomando as proporções territoriais do Brasil, seria ainda mais prejudicial.

Nesse direcionamento, se tratando a proteção do patrimônio cultural brasileiro de uma competência comum entre os entes da federação (artigo 23, inciso III, da CRFB de 1988), abre-se a possibilidade para que instâncias federativas inferiores possam tutelar valores culturais que não exasperam interesse ou reconhecimento das superiores.

No mais, considerando o exemplo de um tombamento municipal, onde a importância do objeto declarado como detentor de valor cultural é restrita a tal localidade, nada sugere a abertura de um precedente para o descumprimento desse acautelamento. A Constituição Federal de 1988 é clara ao fixar em seu artigo 30, inciso IX, que compete aos municípios “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

Desse modo, um tombamento nesse âmbito de reduzida relevância em termos nacionais ou estaduais, independentemente do seu caráter de premissa menor, necessariamente deve atender às prerrogativas protetivas gerais como se premissa maior fosse. Em outras palavras, não é porque o tombamento é municipal ou estadual, razão suficiente para que o seu tratamento destoe da realidade de resguarda de um bem tombado a nível federal.

Logo, partir-se-á da consideração de que a referida opção estrutural descentralizada, a priori não configura uma das causas prejudiciais à resguarda do patrimônio cultural no Brasil, mesmo porque, conforme mencionado, inicialmente o tombamento não dispunha dessa possibilidade de ser aplicado por todos os entes federados, fato que não o tornava mais eficaz ou imune a problemas de ordem prática.

⁸⁰ INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – IPHAN. *Cartas Patrimoniais*. Rio de Janeiro: IPHAN: 2000, p. 161.

⁸¹ *Ibidem*, p. 161.

questões relacionadas à sua vigência e legitimidade presente, pontos extremamente necessários, ainda mais considerando que a temática em apreço se enforma pela análise de insuficiências oriundas da ordem normativa.

2.1.2 – A vigência do Decreto-Lei nº 25 de 1937

Transcorridos os últimos delineamentos, resta convencionar quais são as razões pelas quais o Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937 ainda se encontra em vigor. Conforme adiantado, essa apreciação é um pré-requisito para contextualizar os próximos assuntos a serem abordados.

Parte da doutrina direcionada ao direito do patrimônio cultural afirma que a perfeita atualidade do Decreto-Lei nº 25 de 1937 se justifica por não ser necessário alterar permanentemente a Lei para se fazer evoluir o Direito, uma vez que esta evolução também se dá através da doutrina e da jurisprudência, de forma que o Direito não se esgotaria na Lei⁸².

Apesar disso, em documento de diagnóstico desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas, tem-se que a principal crítica à permanência em vigor do Decreto-Lei nº 25 de 1937 consubstancia-se na afirmação de que o mesmo peca por falta de regulamentação, especialmente ao se abster de versar acerca dos critérios balizadores do instituto do tombamento. Em outras palavras, a referida fonte normativa deixaria dúvidas e questionamentos como “o que se deve tomar”, “como tomar”, e de que forma se procederia no tocante à demanda por autorização para pontos específicos como a necessidade de reforma, conservação e tipos de uso viáveis para aquele determinado bem cultural⁸³.

Quanto a esses preceitos, Sônia Rabello de Castro, em parecer contratado pelo Ministério da Cultura - MinC em conjunto com a UNESCO, interpela argumentos em defesa do Decreto-Lei nº 25 de 1937. Discorre a autora, que tal crítica da ausência de conceitos mais específicos e exaustivos seria a própria razão pela qual tal fonte normativa

⁸² CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 146.

⁸³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Diagnóstico exploratório do setor do patrimônio cultural brasileiro*. São Paulo: FGV, 1999, p. 8.

ainda estaria em pleno vigor e aplicação, na medida em que atribui a tal abertura o status de “técnica legislativa”⁸⁴.

Desse modo, sustentando que a própria falta de parâmetros mais restritos alicerça o pilar que mantém a vitalidade do Decreto-Lei nº 25 de 1937, aponta a mesma doutrinadora que tal técnica viabiliza guarnecer a administração pública de meios adaptativos capazes de adequar as disposições do Decreto-Lei às demandas e anseios de cada época. Acrescenta ainda, o fato de que o referido contexto já perdura por várias décadas e conta com a aceitação do judiciário⁸⁵.

Passadas tais considerações, resta necessário assumir como constatada a validade do referido instrumento normativo, sendo possível corroborar que não é a amplitude do lapso temporal da sua vigência razão suficientemente apta para desautorizá-lo. Ademais, conforme se observa que até então não se originou uma nova fonte normativa capaz de assumir o status de referência básica na matéria, nada mais aceitável do que partir do pressuposto de que o Decreto-Lei nº 25 de 1937 se mantém em plena aplicabilidade.

Por conseguinte, apesar de sua notável disparidade temporal, nada obsta que o Decreto-Lei continue a ser aplicado, sendo certo que o mesmo também possui os seus méritos. Apesar disso, como se verá mais adiante, muitos são os pontos importantes para a preservação do patrimônio cultural que não se encontram previstos na referida fonte normativa, os quais podem influir direta ou indiretamente nos casos danosos de abandono e prejuízos causados a imóveis tombados, tema que será destaque.

Desse modo, afirmar sua validade e importância não significa sustar o fato de que algumas críticas construtivas podem e devem ser feitas, sendo certo que alguns pontos foram renegados, ou ao menos não acompanharam tal prerrogativa adaptativa da proteção do patrimônio cultural com o passar do tempo. Pendências que porventura podem estar afetando diretamente na dinâmica prática que circunda a resguarda do patrimônio cultural nacional.

Dito isso, tal contexto de insuficiência envolvendo o Decreto-Lei nº 25 de 1937 ainda será retomado, o que condicionará delineamentos mais específicos sobre as suas nuances prejudiciais ao patrimônio cultural tombado, em especial nas ocorrências envolvendo descaso e abandono. Em momento oportuno, trar-se-á ainda considerações advindas da via comparada com a perspectiva portuguesa, sob a qual, reitera-se

⁸⁴ UNESCO/MINC – MONUMENTA. *Relatório de contrato de Sonia Rabello*. Brasília, 2004, p. 13.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 14.

novamente, acredita-se ser possível destacar as demandas intrínsecas do ordenamento brasileiro, viabilizando conseqüentemente um vislumbre de um plano ideal.

Logo, faz-se preciso partir do pressuposto de que estando o Decreto-Lei nº 25 de 1937 ainda em vigência, mostra-se patente que o mesmo deve encontrar como limite de sua utilização o ordenamento jurídico em vigor. Assim, insta agora direcionar foco a sua compatibilização e convívio com a CRFB de 1988, na qual resta ao Decreto-Lei necessariamente se amoldar.

2.2 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E O ESTATUTO DA CIDADE

Dando prosseguimento, antes de adentrar nas dificuldades a serem levantadas quanto as críticas e defesas que podem emanar da relação entre o Estado e o particular no que confere a proteção de bens tombados, insta creditar relevância à menção de que o Direito do Patrimônio Cultural “é um ramo especial de direito administrativo ancorado na sua correspondente base constitucional”⁸⁶. Por essa razão, perfaz tracejar algumas considerações acerca da relação entre a ordem constitucional brasileira e o patrimônio cultural.

Apesar do distanciamento temporal entre o início da vigência do Decreto-Lei nº 25 de 1937 e a Constituição Federal de 1988, cumpre destacar desde logo que aparentemente a última não inovou os parâmetros basilares fixados pelo primeiro.

Nesse sentido, guardadas algumas poucas variáveis, a exemplo da aludida tipificação do conceito de patrimônio cultural já alargado em seu artigo 216, englobando questões como a substituição de “patrimônio histórico e artístico” por “patrimônio cultural”, a introdução expressa do patrimônio imaterial e o reconhecimento de que a responsabilidade protetiva também parte dos estados e municípios, a Carta Magna de 1988 se limita a corroborar os preceitos delineados pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937.

⁸⁶ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 64.

Com efeito, a CRFB se utiliza de uma metodologia centrada apenas no ideal de fixar diretivas⁸⁷, recomendações e conceitos amplos do objeto e dos encarregados da política de proteção do patrimônio cultural.

Portanto, novas ferramentas para o acautelamento cultural não se mostram presentes⁸⁸, o que remete ao tombamento como o ainda instituto chave para dar concretude à matéria. Deste abranger, surgem posições fundadas na aferição, não exagerada convém esclarecer, de que os “direitos culturais no Brasil não passam de “direitos fracos”, meras declarações de boas intenções”⁸⁹.

Por certo, algumas considerações relevantes insurgem dessa constatação. Se por um lado a Constituição de 1988 tende a sanear qualquer resquício de dúvidas quanto à atualidade do Decreto-Lei 25 de 1937, considerando incontestável a recepção do mesmo, assim como reitera o pendor abrangente da definição de patrimônio cultural⁹⁰, pelo outro, demonstra que o legislador não se preocupou em adentrar mais cuidadosamente na matéria.

Dessa forma, seja com o intuito de atualizar ou agregar novos conhecimentos e conceitos, esse poderia ter sido o momento adequado para rever certos pontos dotados de incerteza na gerência e aplicação administrativa do procedimento protetivo do patrimônio cultural, especialmente nos que decorrem do tombamento.

Nesse sentido, mesmo prevalecendo o entendimento no sentido de que o Decreto-lei nº 25 de 1937 deve ter a sua interpretação amoldada ao texto constitucional vigente,

⁸⁷ Vale mencionar como complemento alguns pontos da teoria do discurso descrita por Robert Alexy, mais especificamente no que se refere ao seu aspecto *real X ideal*. Apesar do diferente contexto assumido, nada obsta que se possa assimilar o cerne de sua fundamentação.

No que confere ao plano *ideal*, apesar de compor um campo de idealização dificilmente capaz de ser observado na prática, seria aquele em que se possibilita a concretização da igualdade e liberdade a todos os integrantes do discurso. Já o discurso *real*, mesmo que sujeito a limitações práticas de integração plena entre os indivíduos que dele queiram se utilizar, não deixaria de levar em conta a vertente *ideal* como espelho finalístico. ALEXY, Robert. *The Dual Nature of Law*. Ratio Juris, vol.23, n.2, p.167-182, jun. 2010, p. 172 et seq.

Portanto, guardadas as disfunções temáticas, no contexto protetivo constitucional do patrimônio cultural brasileiro em apreço, cria-se uma relação diretamente inversa às preposições suscitadas. Equivocadamente o legislador optou por discorrer acerca de um vislumbre ideal dissociado de um plano real para a sua concretização. Ainda que considerado que um plano puramente ideal seria complicado na prática, certo é que o mesmo deve no mínimo responder a uma possibilidade viável, de pelo menos em parte, ser atingido pelas expectativas concretadas pelos exercícios reais.

⁸⁸ Conforme será visto, a Constituição Federal de 1988 até menciona outras formas de acautelamento. Apesar disso, tais menções são esporádicas e insurgem desprovidas de respaldo normativo para a sua concretização prática.

⁸⁹ FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 78.

⁹⁰ CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 91.

nunca o oposto, tem-se que a realidade se amolda perfeitamente na ótica denominada como interpretação retrospectiva⁹¹. No caso em análise, enformada pela referida ausência de inovação da Constituição Federal de 1988 frente à legislação pretérita de proteção ao patrimônio cultural.

Feita uma breve abordagem acerca da Carta Magna de 1988 e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, faz-se necessário ainda trazer uma breve consideração colateral das disposições advindas da legislação urbanística brasileira, tomando esta como fruto de mandamento constitucional pela regulamentação do solo urbano.

Conforme visto anteriormente, o Direito Urbanístico estabelece íntima relação com o Direito do Patrimônio Cultural. Assim, podendo compartilhar um mesmo objeto de incidência, mormente imóveis urbanos de relevante valor cultural suscitem dinâmicas protetivas, tem-se um contexto que necessariamente deve atender aos mandamentos de ambas as vertentes das supracitadas ciências jurídicas.

Partindo para um trilhar assente nas previsões diretamente voltadas para a constituição e manutenção do recorte urbano brasileiro, insta destacar as disposições da Lei nº 10.257 de 2001. Conhecida como Estatuto da Cidade, a mencionada Lei insere a proteção do patrimônio cultural no âmbito das suas diretrizes gerais voltadas à concretização de uma política urbana.

Quanto ao referido preceito legal, o mesmo encontra-se consolidado em seu artigo 2º, inciso XII, o qual discorre acerca da política urbana responsável por viabilizar uma gestão ordenada e segundo os ditames da função social a essa associada. Para tanto, fixa como uma das suas diretrizes gerais a necessidade de “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”⁹².

Apesar de latente a importância da mencionada inserção, somente corroborando o já considerado pareamento da questão urbanística com o contexto protetivo do patrimônio cultural nacional, urge a preocupação de que tal referência, mesmo sendo expressa, não comporta qualquer inovação ou adimplemento de resguarda à disciplina.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição* – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 6.

⁹² BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

Por se limitar a uma mera menção, desprovida de qualquer remição procedimental, o que se observa é que o seu foco não perfaz a discriminação de uma metodologia mais direta para tal acautelamento. Resta assim, a exemplo da Constituição Federal de 1988, mais uma mera pretensão diretiva a depender de outras fontes para surtir algum efeito prático.

Novamente, a referida perspectiva eleva tacitamente a preponderância das determinações do antigo Decreto-Lei nº 25 de 1937. Portanto, o mesmo remanesce como o primeiro e ainda principal aporte normativo responsável pela demanda protetiva prática e efetiva do patrimônio cultural brasileiro.

Em resumo, primeiramente importa assumir que é na parcela urbana que se concretam os conflitos capazes de lesar o intento preservacionista dos bens culturais que a permeiam. Logo, seguindo a mesma linha de posicionamento frente às referências ao patrimônio cultural trazidas pelo constituinte de 1988, aparentemente o legislador deixou passar mais uma oportunidade de agregar atualidade ao arcabouço protetivo cultural. Nesse contexto, ao menos no que concerne aos bens imóveis tutelados.

Por tais razões, o que se conclui dos anteriores delineamentos acerca da ordem constitucional e da legislação urbanística, é que mesmo sendo inegável suas menções visando valorar a necessidade proeminente de preservação e proteção do patrimônio cultural, essas se utilizam de uma sistemática sugestiva de um plano ideal. Com efeito, são incapazes de por si só atuar diretamente coibindo ou censurando possíveis práticas em desacordo com a realidade concreta da disciplina.

Destaca-se acerca dessa linha de raciocínio, que não se está defendendo que tais fontes deveriam trazer toda uma instrumentalidade específica para a matéria. Disposições desse teor certamente devem emanar de lei especialmente elaborada para isso. Apesar disso, as referidas sedes normativas comportam uma oportunidade única para fixar guias conceituais clarificadoras e princípios, variáveis que infelizmente foram deixadas de lado.

Por fim, considerada a ausência de grandes novidades e meios ativistas no aporte protetivo cultural mais recente, tudo indica que o direcionamento para a constatação de uma possível inadequação legal, capaz assim de justificar os casos de abandono de bens imóveis tombados, restaria assente no paradigma basilar da matéria. Desse modo, aparenta inegável que tais prejudicialidades estariam nos parâmetros previamente estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937.

Compactuando que tal permissividade danosa balizará parte das análises subsequentes, insta efetuar um breve apontamento de algumas nuances da perspectiva normativa portuguesa, até mesmo para que se extraia desde logo o seu momento diferenciado.

3 – A RESGUARDA LEGAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL PORTUGUÊS

Desde o início apontou-se a opção por trazer o aporte legal do patrimônio cultural brasileiro como ambientação primária para o presente estudo. Escolha que foi inspirada pela proposta temática assente nos casos de abandonos e prejuízos causados a bens culturais, mormente aduzida a possibilidade de correlacioná-los com certas lacunas e carências em sede normativa.

Apesar disso, faz-se de extrema importância tecer alguns breves comentários acerca do momento protetivo do ordenamento jurídico português, mesmo porque, mostra-se latente a necessidade de justificar o status diferenciado deste. Somente assim tornar-se-á viável aduzi-lo como exemplo, capacitado a servir para o pareamento comparativo de certos aspectos específicos com a realidade brasileira.

Em primeiro lugar, cumpre trazer o contexto constitucional que engloba a matéria em Portugal. Esse destaque somente evidencia a referida crítica acerca do pendor diferenciado que poderia ter sido creditado pelo constituinte brasileiro de 1988. Apreciação que vai muito além de acompanhar uma tendência expansiva dos objetos de incidência da política de resguarda do patrimônio cultural, mas sim de elevar a importância da matéria.

Recorrendo a uma passagem que bem elucida esse momento, veja que a Constituição da República Portuguesa de 1976 já ia muito além, ao posicionar a proteção no patrimônio cultural sob a chancela do título delimitador das tarefas fundamentais do Estado Português⁹³. Opção que, certamente condiciona uma atenção diferenciada e firme da administração pública frente aos possíveis descasos com os bens culturais.

Interessante colocar, que a LPC de 2001, reiterando o preceito constitucional alegado, desenvolve a relevância protetiva do patrimônio cultural. Para tanto, atribuí a este um caráter vinculado à concretização do ideal de dignidade da pessoa humana, assim capaz de surtir efeitos no âmbito dos direitos fundamentais⁹⁴.

⁹³ “Artigo 9.º São tarefas fundamentais do Estado: [...] e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;”. PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

⁹⁴ Nesse caminhar, elucida o seguinte dispositivo: “Artigo 3.º Tarefa fundamental do Estado 1 - Através da salvaguarda e valorização do património cultural, deve o Estado assegurar a transmissão de uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações num percurso civilizacional singular. 2 - O Estado protege e valoriza o património cultural como instrumento primacial de realização da dignidade da

O primeiro aspecto a ser considerado, condiz nas diversas menções jurídicas feitas à proteção do patrimônio cultural no ordenamento jurídico português⁹⁵. Tal fator contrasta fortemente com a já considerada limitação brasileira aos delineamentos do antigo Decreto-Lei nº 25 de 1937, o que por si só demonstra uma evidente inquietação do legislador português em busca de melhorias.

Um ponto de grande relevância, remontando atenção direta aos próprios parâmetros específicos da exasperação temática em apreço, vez que incide na relação criada entre a esfera pública e privada na proteção do patrimônio cultural, encontra-se transcrito na tipificação expressa da necessidade de criação de um canal cooperativo entre as partes envolvidas. Noção principiológica que se encontra expressa no artigo 8º da Lei nº 107/2001, o qual versa sobre a colaboração entre a administração pública e os particulares⁹⁶.

Dito isso, apesar de não ser complicado considerar que atender a tal princípio na prática condiga à observância de algumas dificuldades inerentes, mostra-se correto aferir que uma disposição dotada desse teor, quando assim fixada em sede normativa, pode sim ampliar a aceitabilidade dos proprietários particulares que acabem tendo o seu bem inserido no abranger da política de acautelamento do patrimônio cultural.

A realidade brasileira de preservação do patrimônio cultural é desprovida de uma previsão nesse sentido. Com efeito, não é forçoso imaginar que muitos dos danos e abandonos ocasionados aos bens culturais tombados⁹⁷, quer seja por parte dos seus

pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais. 3 - O conhecimento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural constituem um dever do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.”. PORTUGAL. Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, nº 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

⁹⁵ Veja que tal contexto de múltiplas fontes jurídicas direcionadas à matéria, em certo momento suscitou comentários no sentido de pecar pelo excesso, uma vez considerada a possibilidade de incentivar algum grau de incerteza jurídica. NABAIS, José Casalta. *Idéias Sobre o Quadro Jurídico do Património Cultural*. In: Separata do I Curso de Gestão do Património. Lisboa: CEFA, p. 146-167, 1996, p. 166.

⁹⁶ Faz-se requisito transcrever o artigo 8º destacadamente, conforme determina: “As pessoas colectivas de direito público colaborarão com os detentores de bens culturais, por forma que estes possam conjugar os seus interesses e iniciativas com a actuação pública, à luz dos objectivos de protecção e valorização do património cultural, e beneficiem de contrapartidas de apoio técnico e financeiro e de incentivos fiscais.”. PORTUGAL, *op. cit.*

⁹⁷ Ressalvados os casos em que o proprietário age dolosamente visando a degradação do seu bem, como muitas vezes se observa na intenção de que com a sua destruição o mesmo possa-se valer daquela área para uma destinação diferente.

próprios proprietários insatisfeitos com a situação restritiva que daí surge, poderiam ser mitigados por uma simples constatação de apoio público.

Seguindo com a ilustração de alguns parâmetros constitutivos do direito do patrimônio cultural português que destoam significativamente do momento brasileiro, um outro aspecto que pode influir diretamente na perspectiva enformada pelo embate entre o público e o privado, reluz em desincumbir a classificação⁹⁸ do status de instituto capacitado a comportar toda e qualquer demanda protetiva de bens culturais.

Destaca-se nesse direcionamento a previsão da inventariação⁹⁹ como meio habilitado a listar os bens culturais que se amoldam ao conceito português de patrimônio cultural, independentemente da sua origem ser pública ou privada. Para tanto, atua sem que seja preciso assumir uma postura restritiva como a classificação, cujo conceito finalístico pode-se considerar análogo ao tombamento.

Desse modo, nada impede convencionar que em alguns casos os bens culturais podem ter a sua resguarda garantida pela inventariação. Assim, tomando esta como medida intermediária, não seria preciso criar uma indisposição com os proprietários particulares para proceder um efeito atributivo de valor cultural a um bem. Contexto que novamente repercute na possibilidade de evitar conflitos que atentem contra um objeto cultural.

A crítica que surge quanto a essa perspectiva no Brasil, remonta ao fato de que o Decreto-Lei n° 25 de 1937 elege tão somente o tombamento como vertente protetiva do patrimônio cultural. Situação que é pouco alterada com a Carta Magna de 1988, que apesar de trazer novas opções “como os inventários, registros, vigilância”¹⁰⁰, o faz sem muita perspectiva de aplicação, em virtude da carência de um respaldo normativo nacional para

⁹⁸ O artigo 18° da Lei n° 107/2001 fixa o conceito basilar do instituto da classificação, seguindo a redação: “Artigo 18.º Classificação 1 - Entende-se por classificação o acto final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural. 2 - Os bens móveis pertencentes a particulares só podem ser classificados como de interesse nacional quando a sua degradação ou o seu extravio constituam perda irreparável para o património cultural. 3 - Dos bens móveis pertencentes a particulares só são passíveis de classificação como de interesse público os que sejam de elevado apreço e cuja exportação definitiva do território nacional possa constituir dano grave para o património cultural. 4 - Só é possível a classificação de bens móveis de interesse municipal com o consentimento dos respectivos proprietários.”. PORTUGAL. Lei n° 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, n° 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

⁹⁹ Para maiores detalhes veja o artigo 19° da LPC de 2001.

¹⁰⁰ Conforme disposição do §1° do artigo 216 da Carta Magna brasileira de 1988, o qual estabelece: “§ 1° 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. [...]”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

legitimar a sua utilização pelos entes públicos. Assim, cabe às esferas municipais e estaduais legislarem optativamente a esse respeito, o que atenta contra a efetividade e uniformidade do inventário cultural, não raro desvirtuando o seu próprio conceito.

Dessa maneira, merece atenção a constatação de que por diversas vezes o tombamento recai sobre bens que “Funcionam mais como símbolos abstratos e distantes da nação do que como marcos efetivos de uma identidade nacional com que a maioria da população se identifique”¹⁰¹. Portanto, criam-se possíveis razões para o descontentamento de proprietários particulares, sem que para isso justifique tomar um bem cujo valor cultural não seja premente para o interesse coletivo¹⁰². Nesses casos, apetece considerar que uma medida de listagem e acompanhamento já seriam suficientes.

Durante os últimos dois capítulos deu-se destaque a alguns aspectos legais que circundam a matéria protetiva do patrimônio cultural, momento em que se direcionou especial enfoque ao caso brasileiro. Mesmo sabendo que o Direito do Patrimônio Cultural não se exaure apenas nas prerrogativas aludidas, serão nessas que buscar-se-á sustentar o recorte específico desse estudo. Considerando a compatibilização hipotética de que casos de abandonos e prejuízos causados a imóveis tombados no Brasil podem ser justificados pela carência ou ineficiência do seu aporte normativo, principalmente por não comportar a capacidade de equilibrar as restrições impostas pelo tombamento, trar-se-á agora um introduzir mais focado nessa conjuntura.

¹⁰¹ FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 17.

¹⁰² Esse contexto se aproxima das nuances do princípio da ponderação de bens jurídicos, mais especificamente no que se refere a um dos seus subprincípios, o princípio da graduabilidade. Quanto ao mesmo, tem-se que a simples atribuição de valor cultural a um determinado bem não o equipara em importância aos demais. NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre os princípios gerais do direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Lições proferidas nas Provas de Agregação em Direito Público decorridas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 30 e 31 maio 2013.p. 18 e 19.

Em outras palavras, o patrimônio cultural de uma nação é composto por um conjunto heterogêneo de bens, que de maneira alguma devem ser generalizados como detentores do mesmo grau de repercussão frente ao interesse público. Consideração que deveria ser levada em conta diante da própria necessidade de tomar.

4 – O VIÉS INTERVENTIVO DO TOMBAMENTO DE BENS CULTURAIS PRIVADOS

O presente tópico fixa a sua relevância na elucidação de duas premissas indissociáveis da conjuntura analítica proposta. Vale lembrar que o cerne fundamental desse estudo traz como foco a introdução de alguns institutos que, por sua natureza intrínseca, podem atuar direta ou indiretamente na coibição de danos e prejuízos causados por proprietários particulares aos seus bens tombados.

Nesse contexto, insta deixar claro os argumentos que circundam as críticas emanadas pelo pólo privado dessa relação, mormente considerem que política de tutela do patrimônio cultural é demasiada restritiva aos seus direitos e prerrogativas. Na sequência, igualmente se fará importante desconstruir qualquer tentativa de desmerecimento da matéria, que como será visto, também não deve significar um radicalismo exacerbado em prol de uma visão unilateral de prioridades.

Junto a isso, antes de adentrar nas supracitadas vertentes balizadoras da abordagem desse capítulo, mostra-se extremamente relevante dar concretude para a aludida realidade brasileira, na qual são reiteradas as práticas lesivas que atentam contra o patrimônio cultural imóvel tombado, principalmente nos casos de abandono proposital pelos seus proprietários particulares.

Afirma-se para tanto, que os casos de abandono aparentam ser dotados de uma maior viabilidade de impunidade frente aos atuais preceitos emanados das fontes normativas vigentes, com destaque para o já analisado Decreto-Lei brasileiro de nº 25 de 1937. Desse modo, inicialmente cumpre dedicar foco alusivo a alguns exemplos empíricos dessa conjuntura.

Quanto ao recorte espacial considerado como espelho desse momento ilustrativo, apesar da amplitude do território brasileiro, condiciona informar que não é preciso se embrenhar em uma complexa busca por exemplos que repercutem negativamente no patrimônio cultural tombado. Infelizmente tal contexto constitui um fenômeno generalizável que não se restringe à teoria e algumas poucas cidades.

Por uma questão de intimidade com autor que escreve, na medida em que é a cidade de seu nascimento e moradia, assim como, por sua relevância histórica e representativa para a própria construção do país, visto ter sido local de grande apreço para a família real

portuguesa no recorte imperial brasileiro, utilizar-se-á das observações baseadas na experiência prática da cidade de Petrópolis, localizada na região serrana do Estado do Rio de Janeiro, cujo nome significa “cidade de Pedro”.

4.1 – EXEMPLOS EMPÍRICOS DO DESCASO COM BENS IMÓVEIS TOMBADOS: PETRÓPOLIS EM PERSPECTIVA

Conforme fixado, a temática proposta não repercute em um recorte geográfico específico, vez que a mesma se pauta na alusão de problemáticas generalizáveis à proteção do patrimônio cultural brasileiro como um todo.

Abarcar que não compromete a alusão individualizada que é introduzida, tomando a cidade de Petrópolis como enfoque espacial exemplificativo da referida conjuntura de descaso com bens imóveis tombados. Mesmo considerando que Petrópolis detém uma imensurável riqueza cultural para o país, sendo classificada como uma cidade histórica por excelência, esta vem sofrendo graves danos, alguns irreversíveis, ao seu patrimônio cultural tutelado.

Visando culminar no resultado esperado, convém tracejar um breve situar histórico direcionado à fixação da relevância de tal recorte territorial. Sustenta-se que com essa opção, seja possível clarificar a gravidade das práticas nocivas que foram alegadas como constatáveis por todo o território brasileiro, concluindo que não existem exceções sequer no abranger das cidades tidas como primordiais para a constituição da história e cultura nacional.

4.1.1 – A relevância histórico-cultural da cidade de Petrópolis

Requer partir da constatação de que a história de Petrópolis se encontra intimamente relacionada com a própria história do Brasil¹⁰³. A mesma protagonizou diretamente o ambiente alicerçado pelo império, o que lhe rendeu, ainda que pela formalização tardia do Decreto n° 85.849 de 27 de março de 1981, o título de Cidade

¹⁰³ MONTEIRO SOARES, José Joaquim F. *Petrópolis*. Rio de Janeiro: Texto Editora, 2008, p. 13.

Imperial. Diploma legal que prevê ainda a necessidade de manutenção de um plano urbanístico em conformidade com a preservação arquitetônica e natural da cidade¹⁰⁴.

Nesse trilhar, convém mencionar que Petrópolis remonta sua origem ao interesse pessoal do então Imperador D. Pedro I e posteriormente do seu sucessor D. Pedro II, tendo este interesse se alicerçado pelo primeiro, que na ocasião de uma viagem para Minas Gerais em 1822 acabou se hospedando na Fazenda do Padre Corrêa, cujo clima ameno da serra, muito destoante do calor do Rio de Janeiro, despertou o seu empenho em adquirir propriedade na região¹⁰⁵.

Com a morte de Padre Corrêa em 1824, pautando-se no intento de construir um palácio de verão, D. Pedro I tenta sem sucesso comprar a fazenda que tanto valorava e que desde a sua primeira visita passará a lá se hospedar com frequência, propriedade cujo título agora pertencia a Arcângela Joaquina, irmã e herdeira do Padre Corrêa¹⁰⁶.

Mesmo com o insucesso em adquirir a mencionada fazenda, D. Pedro I não desistiu do seu projeto. Por recomendação da própria herdeira do Padre Corrêa, voltou seu foco para a Fazenda Córrego Seco, propriedade próxima cujas tratativas de compra se desenvolveram, tendo a venda sido concretizada em 1830¹⁰⁷.

Ocorre que, apesar do forte interesse e pretensão de D. Pedro I em construir o seu refúgio de verão, seus planos foram subitamente deixados de lado, ponto que vale destacar o contexto político que se seguiu, cujo ápice culminou na sua abdicação do trono e o seu retorno a Portugal em 1831, onde veio a falecer em 1834.

Assim, restou a D. Pedro II levar adiante a construção do idealizado palácio imperial, fato que somente se alavancou em 16 de março de 1843 com a promulgação do Decreto Imperial n° 155. Através deste, a Fazenda Córrego Seco ficava arrendada a Júlio Frederico Koeler, então major dos engenheiros, estando este encarregado de concretizar a

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto n° 85.849, de 27 de março de 1981. Atribui à cidade de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, o título de Cidade Imperial, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, p. 5858, 27 mar. 1981. Seção 1.

¹⁰⁵ MONTEIRO SOARES, José Joaquim F. *Petrópolis*. Rio de Janeiro: Texto Editora, 2008, p. 11.

¹⁰⁶ SOUZA, Beatriz Cristina Pereira de. *Os Nomes Geográficos de Petrópolis/RJ e a Imigração Alemã: memória e identidade*. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 13 et seq.

¹⁰⁷ MONTEIRO SOARES, op. cit., p. 11.

construção do palácio imperial, assim como outras questões urbanísticas associadas ao povoamento da área, projeto que ficou conhecido como Plano Koeler¹⁰⁸.

Dito isso, o que emerge associado a esse contexto, consubstancia-se em um fator intimamente relacionado com a dinâmica de preservação cultural e urbanística que se propõe. Ocorre que, muitos historiadores convencionam que Petrópolis pode ser considerada a primeira cidade brasileira planejada, tendo esta sido construída através de planta urbanística¹⁰⁹.

Nesse sentido, lembrando que Petrópolis não se ergueu segundo o intuito propriamente colonial, mas sim de um projeto imperial¹¹⁰, veja que a sua consolidação sequer seguiu as etapas classificatórias da densidade ocupacional de determinado núcleo territorial. Em outras palavras, Petrópolis emergiu como cidade mesmo nunca tendo sido caracterizada como uma vila¹¹¹.

Dessa característica destoante do padrão observável na construção dos demais núcleos urbanos nacionais, onde o urbanismo surge como premissa maior, suplantando questões prevalentes como o ruralismo¹¹², é interessante considerar que uma série de novas afetações e variáveis passam a compor a agenda de preocupações e prioridades da gestão daquele plano diretor. Dentre as quais, convém destacar a própria consciência de ocupação ordenada do espaço urbano, envolvendo fatores avançados como a previsão de normas técnicas e estéticas a balizarem as construções, assim como, já se vislumbrava um primeiro pendor de consciência ambiental.

Assim nos ensina Henrique José Rabaço, que versando acerca das particularidades do Plano Koeler, discorre que o projeto urbanístico de Petrópolis se desenvolveu com base em um “verdadeiro modelo de cidade jardim”, já contando com um regulamento urbanístico envolto por normas técnicas avançadas para época. São exemplos dessa conjuntura, a necessária aprovação prévia das fachadas dos prédios, as dimensões dos terrenos a serem concedidos, prazo máximo para neles construir, a necessidade de murar e construir calçadas, a localização dos imóveis sempre junto de ruas ou praças e a

¹⁰⁸ COSTA, Maximino Soutelinho da. *A proteção do centro histórico de Petrópolis*. 2002. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, p. 29.

¹⁰⁹ DUNLOP, Charles J. *Petrópolis Antigamente*. Rio de Janeiro: ERCA, 1985, p. 21.

¹¹⁰ Ibidem, p.78.

¹¹¹ SOUZA, Beatriz Cristina Pereira de. *Os Nomes Geográficos de Petrópolis/RJ e a Imigração Alemã: memória e identidade*. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 6.

¹¹² DUNLOP, op. cit., p. 79.

obrigatoriedade do plantio de árvores seguindo critérios pré-estabelecidos de espécies e alinhamento¹¹³.

No mesmo viés de integração do novo plano diretor com aspectos ambientais, veja ainda que Koeler desenvolveu a planta de Petrópolis com vistas a integrar e preservar os rios da região, já se utilizando para tanto da preocupação de que caso as casas tivessem a sua frente oposta às margens dos rios, modelo predominante na época, haveria uma permissividade para o despejo indiscriminado de esgoto nas águas. Por essa razão convencionou o oposto, aproveitou os rios como moldura das principais avenidas da cidade, posicionando as residências de frente para os mesmos, direcionando o esgoto para fossas situadas nos fundos¹¹⁴.

Ademais, mais uma vez ressaltando a importância e vanguarda da gestão administrativa de Koeler, interessante considerar que já havia o intuito em viabilizar um pendor de exploração turística da cidade, ofertando para tanto o mesmo fascínio de clima ameno e salubre compartilhado pela família imperial. Sob essa ótica, destaca-se que Koeler lança mão em 1846 de uma comunicação prevendo a instalação de um hotel e a organização do transporte de passageiros entre o porto no Rio de Janeiro e Petrópolis, mais uma vez elucidando o pioneirismo das suas práticas¹¹⁵.

Logo, passados alguns breves delineamentos acerca da constituição do plano diretor petropolitano, do interesse imperial na região aos avanços urbanísticos de Koeler, tais constatações servem para revelar o cuidado e inovação na conciliação de um planejamento urbano com a dinâmica social e ambiental desde a fundação da cidade¹¹⁶. Aferições que sem dúvidas levantam novamente o questionamento acerca das permissões normativas que possibilitam o abandono e depredação de imóveis tombados em Petrópolis e em todo o Brasil.

¹¹³ RABAÇO, Henrique José. *História de Petrópolis*. Petrópolis: Instituto Histórico de Petrópolis, 1985, p. 65.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹¹⁶ Fatores que somente corroboram o referido pareamento multidisciplinar das afetações que circundam a preservação do patrimônio cultural e o direito que a viabiliza.

4.1.2 – O abandono de bens imóveis tombados em Petrópolis

Nesse ponto, perfaz exemplificar a referida proposta, que de modo algum tem origem em uma percepção teórica e individual, sendo cada vez mais repercutida nos meios informativos de grande circulação¹¹⁷. Portanto, dar-se-á concretude para a constatação crescente de abandonos no centro histórico de Petrópolis, com destaque para a indicação de que o simples fato do imóvel se encontrar tombado, por si só não confere a devida conservação do mesmo.

Destaca-se assim, que não se tratam de casos esporádicos, porquanto somente limitados a um único exemplo. Conforme demonstra um outro trecho da mencionada notícia, o cenário é ainda mais grave, pois existem casos de muitos imóveis tombados abandonados que possuem ou já possuíram alguma relação com entidades públicas¹¹⁸. Por essa razão, não há de que se falar em ausência de ciência do poder público, consubstanciando em verdadeiros casos de omissão, o que somente reforça a gravidade da análise a ser desenvolvida.

Apesar disso, no tocante à delimitação do abranger analítico a ser considerado, o qual se pauta nos casos de abandono de bens imóveis tombados pertencentes a proprietários particulares, certo é que desse aferir surgem complicações ainda mais gravosas ao patrimônio cultural.

Como se pretende asseverar, tais casos são passíveis de maior descaso aos preceitos legais, seja pela precariedade e lacunas que permeiam os mesmos, seja pelo fato de que os proprietários de imóveis tombados podem se aproveitar da menor repercussão que normalmente os afetam como detentores privados daquele bem. Questão que pode

¹¹⁷ Cita-se inicialmente a esse respeito uma reportagem noticiada pelo jornal EXTRA. Segundo a mesma: “Casarões tombados estão sofrendo com o abandono e com a falta de manutenção em ruas do Centro Histórico de Petrópolis. A poucos metros dos jardins do Museu Imperial, na Rua da Imperatriz, chama atenção o chalé Prefeito Paula Buarque. [...] Localizado na Praça da Confluência, o Casarão do Barão de Mauá também convive com a degradação. [...] Na Praça da Liberdade, via de acesso à Casa de Santos Dumont, o casarão de número 260, se destaca em meio aos prédios. Também com o estado de preservação da fachada precário, o imóvel atrai a atenção de turistas. [...] Na Avenida Barão do Rio Branco, dois prédios também tombados convivem com a mesma realidade: a Casa do Barão do Rio Branco, que e o Seminário São Vicente de Paulo”. RIBEIRO, Jaqueline. *Casarões tombados dosofrem com abandono no Centro Histórico de Petrópolis*. EXTRA, 15 de jun. 2009. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/casaroestombados-dosofrem-com-abandono-no-centro-historico-de-petropolis-300251.html#ixzz48pEZSEsI>>. Acesso em: 8 maio 2016.

¹¹⁸ RIBEIRO, Jaqueline. *Casarões tombados dosofrem com abandono no Centro Histórico de Petrópolis*. EXTRA, 15 de jun. 2009. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/casaroestombados-dosofrem-com-abandono-no-centro-historico-de-petropolis-300251.html#ixzz48pEZSEsI>>. Acesso em: 8 maio 2016.

incentivar uma sistemática de abandonos velados, propositadamente visando culminar na ruína gradual do objeto em que recai o ato do tombamento.

Recorrendo a um exemplo pragmático dessa situação, destaca-se dentre uma diversidade de ocorrências, o caso da Casa Franklin Sampaio em Petrópolis. Apesar de ser um caso de abandono por parte dos seus proprietários particulares, por se tratar de um imóvel detentor de relevante importância para a constituição histórico-cultural da cidade, inclusive já tendo servido à administração pública como sede do Governo do Estado do Rio de Janeiro, o referido abandono comporta um constante acompanhamento pela mídia jornalística e estudiosos da área¹¹⁹.

Dando destaque ao alto grau da repercussão do referido caso de abandono e descaso para com o patrimônio cultural tombado, a Ilustração 1 exemplifica uma das matérias circuladas em periódico da cidade de Petrópolis.

Ilustração 1 – Notícia do abandono da Casa Franklin Sampaio



Ilustração 1 - Matéria circulada em periódico da cidade de Petrópolis. Fonte: Arquivo Administrativo do Museu Imperial/IBRAM

¹¹⁹ Vale mencionar o resumo feito por Sônia Rabello de Castro a respeito da questão: “O estado de progressiva deterioração do imóvel tem sido motivo de preocupação de entidades que defendem a preservação do Patrimônio Histórico da região. E o maior problema é que trata-se de um espaço particular e, por isso, ainda não se sabe quais os caminhos serão tomados por seus proprietários.”. CASTRO, Sônia Rabello. *Casa Franklin Sampaio: abandono do patrimônio*. 11 de Jun. 2013. Disponível em: <<http://www.soniarabello.com.br/patrimonio-abandonado/>>. Acesso em: 8 maio 2016.

A gravidade do referido caso é tamanha, que o próprio proprietário sabedor da ameaça inerente da propriedade ruir, solicitou ao Museu Imperial de Petrópolis que recebesse uma relação de objetos de relevância cultural¹²⁰. Desde então, apesar do longo tempo que passou, vale apontar que nenhuma obra foi realizada no referido imóvel, da mesma forma que os objetos continuam sob a proteção do Museu Imperial.

Assim, veja novamente, que apesar da opção do estudo em tela ser pelo direcionamento específico para os bens imóveis tombados, a proteção do patrimônio cultural perfaz uma resguarda ampla, visto refletir um contexto complexo que prega pela integração de um determinado recorte.

O fato do tombamento recair sobre a propriedade imobiliária no caso em questão, não significa importar na desconsideração de que esta abrange uma série de outras afetações acessórias de grande relevância cultural, sejam materiais ou imateriais, o que por princípio sugere mais uma agravante aos que optam por atentar contra um bem cultural tombado.

Faz-se necessário considerar mais um exemplo noticiado recentemente, e que novamente deixa patente a frequência e gravidade dos alegados abandonos de imóveis tombados em Petrópolis. Insta citar o descaso observado na casa de Nair de Tefé, outro imóvel tombado de grandiosa representatividade para a construção histórica de Petrópolis, mas que infelizmente vem sofrendo danos irreversíveis a sua valorosa contribuição cultural.

A ilustração 2 remete à capa do jornal Tribuna de Petrópolis veiculado no dia 4 de agosto de 2016, ocasião em que trouxe em destaque a situação alarmante em que a casa de Nair de Tefé se encontra.

¹²⁰ Foi afirmado em documentação que “os objetos constantes da relação abaixo fiquem em depósito nas instalações do Museu Imperial, em virtude do telhado da minha casa situada na Praça Rui Barbosa nº 55, estar em condições que ameaçam o acervo”. MUSEU IMPERIAL. *Processo nº MI 001/92*. Petrópolis: Arquivo Administrativo do Museu Imperial, 1992.

Ilustração 2 – Notícia do abandono da casa de Nair de Tefé



Ilustração 2 - Matéria circulada em periódico da cidade de Petrópolis. Fonte: Tribuna de Petrópolis, 4 de ago. 2016.

No tocante à referida casa de Nair de Tefé, veja que os prejuízos originados pelo abandono são inúmeros, e estes não se limitam aos problemas estruturais diversos que são visualmente constatáveis, a exemplo do recente desabamento de parte do telhado. Existe ainda problemas acessórios viabilizados pela extensão do descaso, bastando considerar que foi noticiado que o local já se encontra em utilização por usuários de drogas¹²¹.

Assim, observados alguns exemplos preocupantes, os quais desconsideram ainda a maior parte dos casos que restam velados e distantes das atenções midiáticas, insta concluir que o abandono de imóveis tombados em Petrópolis configura uma realidade facilmente visível, e porque não sistemática.

Portanto, mostra-se uma conjuntura que se locomove à margem das afetações e disposições impostas pelo instituto protetivo do tombamento. Da mesma forma, transcende a percepção íntima daqueles que optam por proceder desse modo, revelando uma completa indiferença quanto a importância de preservar a relevância histórico-cultural de uma cidade cuja representatividade atende a toda uma nação.

¹²¹ GEHREN, Rebeca. *Abandono: casarão de Nair de Tefé começa a desabar na Estr. da saudade*. Petrópolis: Tribuna de Petrópolis, 4 ago. 2016.

Seguindo a estruturação proposta, na sequência dedicar-se-á atenção para as críticas emanadas pelos particulares cujos bens encontram-se integrados ao patrimônio cultural nacional, estadual ou municipal sob a tutela do tombamento. A relevância dessa análise pode direcionar desde logo algumas possíveis justificativas para algumas práticas lesivas ao patrimônio cultural brasileiro. Conforme será observado, apesar de muitas contestações serem precárias, as mesmas também comportam alusões à problemáticas reais, que nem sempre possibilitam a adequada compatibilização entre os ditames legais e a relação prática estabelecida entre proteger e usufruir, interesse público e interesse privado.

4.2 – A IMPOSIÇÃO DESPROPORCIONAL DE ÔNUS E ENCARGOS AOS PARTICULARES DETENTORES DE BENS TOMBADOS

Um primeiro argumento muitas vezes observado no âmbito das reclamações dos detentores de bens imóveis tombados, reluz na crença de que a responsabilidade e a iniciativa de prover a manutenção e restauração dos mesmos deve partir do poder público. Tomando a administração pública como legitimada a corresponder aos anseios que enformam o interesse público, muitos proprietários privados acreditam, ou pelo menos tentam fazer acreditar, que não são os reais encarregados pelas atitudes omissivas que contribuem para a degradação do seu imóvel tombado.

Apesar dessa alegação, essa primeira tese deve ser rechaçada de imediato. Portanto, não há sequer como se comprometer com o fato de que esse seja o argumento prevalente para justificar os reiterados casos de abandonos e prejuízos causados a bens culturais tombados. Aliás, nesse ponto a legislação é clara ao fixar que o proprietário é o responsável primário pelo zelo e manutenção do bem tombado, cabendo recurso ao auxílio público somente nos casos de comprovada incapacidade financeira em arcar com as despesas necessárias para a sua resguarda e manutenção.

Ademais, conforme a prática parece indicar, por muitas vezes os citados abandonos são intencionais, havendo um desejo do proprietário de que o imóvel tombado se deteriore, para assim poder dar uma destinação diferente para a área em que este ocupa. Em diversas ocorrências, o que se visa é uma exploração de cunho econômico, como a utilização do terreno para algum empreendimento comercial.

O referido contexto pode claramente ser observado nas nuances da planta urbanística de Koeler na cidade de Petrópolis, uma vez tendo optado este por priorizar a construção de residências junto as avenidas e rios do centro da cidade. Ocorre que, grande parte dos imóveis tombados se encontram situados em regiões da cidade cujo valor dos empreendimentos comerciais é extremamente elevado, fator atribuível principalmente à escassez de espaços livres para tal destinação. Apesar disso, o que se constata é a crescente substituição de antigos imóveis por uma nova tendência de verticalização da paisagem urbana¹²², fenômeno totalmente incongruente com uma região denominada “centro histórico”.

Por conseguinte, somado ao fato de que muitos dos bens tombados nessa localidade são casarões assentados em grandes terrenos, tudo sugere que os proprietários desses bens tombados utilizam o abandono como sistemática reprovável com o intuito de suprimirem o incidir das limitações e restrições impostas pelo tombamento, mormente pela perda do seu objeto de incidência. Em outros termos, significaria a oportunidade de viabilizar uma nova exploração daquela área.

Posto isso, convém mencionar nesse recorte, que existem aqueles que atribuem toda essa problemática do abandono de bens imóveis tombados única e exclusivamente às políticas públicas e as leis que versam acerca da preservação e conservação do patrimônio cultural. Afirmam para tanto, que os proprietários que pretendem dar um uso diferente do original para um determinado bem tombado, a exemplo de atribuir um cunho comercial ao mesmo, se veem cerceados por “burocracia e a má interpretação (ou em alguns casos o descaso, despreparo, má fé, o que for)”¹²³.

Quanto a esse posicionamento, tem-se como concretada a variável da destinação conferida ao bem cultural tombado como um argumento de peso para os particulares que

¹²² Observe uma passagem que somente corrobora tal tendência substitutiva e preocupante: “É a maior batalha que travamos na nossa Petrópolis. Conscientizar o proprietário de um bem tombado quanto à validade ou não da substituição desse bem por algo de “novo”. Temos presenciado a demolição de testemunhos arquitetônicos do passado, que são jogados abaixo e no seu lugar vemos surgir algo de “novo”, com área igual, com o mesmo aproveitamento do espaço, apenas pela necessidade do “novo” sem finalidade sócio-cultural. Não podemos permitir que nossa cidade seja eliminatória dos valores do passado, mas cuidar para que seu processo dinâmico de transformação seja somatório dos valores passados e presentes harmonicamente conjugados”. JUDICE, Ruth Boucault. In: *Volume do cinquentenário, 1938 – 1988*. Revista do Instituto Histórico de Petrópolis, Petrópolis, v. esp., p. 93-100, 1988, p. 96.

¹²³ PETIÇÃO PÚBLICA. *Para a mudança no conceito e na aplicação das leis de Preservação do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional aplicadas pelo Iphan em Petrópolis e no Brasil todo*. 04 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR88596>>. Acesso em: 8 maio 2016.

os detém. Faz-se necessário informar que não se trata de uma dificuldade recente no que confere a disciplina protetiva do patrimônio cultural, bastando considerar que o contexto protetivo francês originado pela revolução já esbarrava nessa complicação prática¹²⁴.

Assim, tomando que a questão da destinação do bem é uma problemática de certo modo legítima, passível de inerentes discussões, a mesma será retomada na sequência. Ocasão em que surgirá elementos delineadores da perspectiva que será defendida, em termos dos limites em que a administração pública deve-se pautar.

Tem-se ainda, que as críticas quanto as questões da destinação extrapolam a simples utilização e usufruto do bem cultural tombado. Elas levantam uma consequência diretamente associada, qual seja, a alegação de uma suposta perda do valor comercial do imóvel, com a conseqüente redução do seu status e desejo no mercado¹²⁵. Com efeito, equaciona-se o fato do bem ter sido tombado como algo economicamente negativo e restritivo.

Um outro fator intimamente relacionado com a insatisfação dos proprietários de bens imóveis tombados, remonta a possibilidade de serem indenizados pelos ônus e encargos incidentes sobre si. Conforme visto no momento em que foi tratado o Decreto-Lei nº 25 de 1937, a referida crítica advém desde os primórdios de aplicação das suas disposições protetivas. Apesar de consolidada a constitucionalidade do instituto do tombamento, mesmo desprovido do fator indenização, até hoje essa discussão perdura como presente nos argumentos dos proprietários insatisfeitos, razão pela qual, tal prerrogativa compensatória será amplamente considerada em um tópico próprio dentro do capítulo seguinte.

Torna-se imperioso destacar também, que muitas são as críticas no sentido de que, agora não limitado somente ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo algo expansível ao caso português, a classificação e o tombamento inauguram o seu caráter restritivo antes mesmo da sua concretização.

O que insurge é um desagrado dos proprietários de bens em vias de classificação ou submetidos ao denominado tombamento provisório, na medida em que estes estabelecem

¹²⁴ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004, p. 105.

¹²⁵ Cita-se em sustento do alegado: “dadas as restrições que o tombamento impõe ao bem considerado enquanto mercadoria, e os limites que acarreta ao uso do imóvel, esse instrumento costuma ter conseqüências consideradas indesejáveis para extratos das classes média e alta, como proprietários de imóveis em setores urbanos antigos e empresários da construção civil”. FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 207.

uma conjuntura de direitos e deveres que pouco ou nada diferem do ato consolidado após percorrido todo o procedimento administrativo que o condiciona^{126, 127}. Por essa razão, comportariam as já referidas nuances de zelar pela manutenção e resguarda do bem, restando o proprietário vinculado a necessidade de autorização para proceder modificações, devendo o mesmo atender ao dever de comunicação de qualquer situação de perigo, dentre outras previsões que atendem aos critérios dos referidos institutos.

Em resumo, os proprietários restariam restringidos por um contexto transitório que pode não lograr êxito na sua consolidação. E pior, sem que com isso seja possível usufruir de algumas medidas compensatórias destinadas aos privados detentores de bens culturais tutelados, cujo término do procedimento instaurado culminou na listagem do seu bem¹²⁸.

Uma última crítica passível de alusão, no que confere ao tratamento brasileiro compelido a proteger o patrimônio cultural por intermédio do tombamento, diz respeito a amplitude discricionária conferida à administração pública para a conformação dos parâmetros que circundam essa tutela protetiva.

Em linhas gerais, esse argumento comportaria não apenas o momento que introduz a opção pelo tombamento¹²⁹ e se dá início ao seu procedimento, mas principalmente no

¹²⁶ Cita-se no caso brasileiro o artigo 10 do Decreto-Lei nº 25 de 1937, o qual determina: “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 todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 24056, 6 dez. 1937.

¹²⁷ O artigo 25º, 4, da LPC de 2001, define que “Os bens em vias de classificação ficam sujeitos a um regime especial, nos termos da lei”. PORTUGAL. Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de proteção e valorização do património cultural. *Diário da República*, nº 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Apesar disso, o que se observa é que grande parte das previsões da Lei nº 107/2001 direcionadas a incumbir os proprietários, dizem respeito tanto aos bens classificados quanto aos bens em vias de classificação.

¹²⁸ Como será visto, tais medidas compensatórias são uma das grandes carências no ordenamento jurídico brasileiro de proteção ao patrimônio cultural. Logo, a referida menção crítica faz mais sentido no contexto específico do instituto português da classificação.

Um exemplo assente nesse aspecto, veja que o artigo 20º, ponto d, da LPC de 2001, ao fixar os direitos especiais dos detentores de bens classificados, se omite quanto aos detentores de bens em vias de classificação, conforme: “d) O direito a uma indemnização sempre que do acto de classificação resultar uma proibição ou uma restrição grave à utilização habitualmente dada ao bem;”. PORTUGAL, op. cit.

¹²⁹ Já tendo sido apontada a importância da regulamentação de meios intermediários de acompanhamento de bens detentores de valor cultural, a exemplo da inventariação, conformar quase toda a demanda protetiva em um único instituto como o tombamento, acaba por eleger bens cuja representatividade cultural é limitada.

Tais objetos até necessitam receber algum tipo de reconhecimento da sua condição a ser resguardada, fator que não se reduz a gravá-los com um instituto que muitas vezes se mostra dispendioso para os dois lados envolvidos. Para o proprietário privado, pode sugerir alguns descasos propositais

que se refere aos aspectos que perfazem o cotidiano da relação público/privado por este estabelecida. Um exemplo seria os proprietários particulares ficarem a mercê da concordância da entidade pública em autorizar ou não certas modificações ou reformas nos seus bens tombados¹³⁰, questão que não conta com critérios balizadores pré-fixados.

Apesar das nuances abordadas até o momento, certo é que críticas e opiniões discordantes por si só não configuram o desencadear de ações ou omissões que lesam um determinado objeto tutelado. É necessário haver uma abertura legal que suscite dúvidas e incentivem uma desordem, que possibilitam ou ao menos facilitam a tentativa de suprir os alegados entraves restritivos através de atitudes de descaso com o patrimônio cultural.

No presente capítulo, até o momento foram aduzidos alguns casos práticos do abandono de imóveis tombados por intermédio exemplificativo do plano diretor de Petrópolis, bem como, foram levantadas algumas hipóteses e argumentos críticos dos proprietários frente aos encargos depositados pelo tombamento.

O próximo ponto reluzirá a necessidade de levantar os principais argumentos em defesa da firmeza no acautelamento dos bens culturais tombados. Comportará para tanto, uma desconstrução de parte das supracitadas críticas, que de certo modo podem estar inspirando condutas inadequadas frente a proteção cultural. Somente após tal alicerce, buscar-se-á discorrer acerca das carências existentes nas fontes normativas que versam sobre a resguarda do patrimônio cultural brasileiro, as quais podem estar incidindo no particular recorte dos prejuízos e abandonos de imóveis tombados.

4.3 – A INTERVENÇÃO COMO FATOR DESEJÁVEL E NECESSÁRIO PARA O ACAUTELAMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Antes de adentrar na defesa da intervenção estatal no que tange a necessidade de resguardar o patrimônio cultural situado nas mãos de particulares, quer seja agora no âmbito do tombamento no Brasil ou da classificação em Portugal, insta tracejar alguns aspectos intrínsecos ao sustento de tal vislumbre.

inspirados pelas restrições e limitações impostas. Para a administração pública, incumbe minimamente manter um canal aberto de comunicação e fiscalização da situação do referido bem, dever que pode esbarrar em complicações práticas.

¹³⁰ Como já foi delineado, existem estudos que questionam a ausência de regulamentação de certos aspectos associados ao tombamento, os quais inerentemente ficariam a julgo da administração pública.

Ocorre que, sem a devida prudência e cuidado, existe um grande risco de se estar sustentando um equívoco extremista anunciado. Em outras palavras, se resumiria em defender uma espécie de “*fundamentalismo*” ou “*banalização*”, mormente aja a opção superficial de fixar desde logo o patrimônio cultural como detentor de “valores jurídicos absolutos”¹³¹.

Colocada a importância do aludido perigo, partir-se-á da premissa de que o interesse público constitui sim um norte expressivo para a conduta dos particulares proprietários de bens culturais tutelados. Apesar disso, não se está assumindo uma visão unilateral, pela qual muitas vezes a ausência de conhecimento incorre na defesa de um radicalismo ideológico superficial. Consequentemente, não é pela relevância difusa da proteção do patrimônio cultural que a mesma deve suplantar a perspectiva do indivíduo como cidadão igualmente sujeito de direitos¹³².

Além do mais, defender um extremismo protetivo exacerbado em favor unicamente do patrimônio cultural, significaria a priori desqualificar o intento deste próprio estudo. Uma vez legítimas as fortes cargas restritivo-interventivas na esfera privada, não seriam necessárias preocupações assentes em estabelecer institutos capacitados a equilibrar tal dinâmica, visando por fim evitar possíveis descasos propositais.

Em outros termos, logicamente os interesses de uma sociedade nunca serão uniformemente convergentes, isso em qualquer âmbito de afetação estatal. Dentre tais esferas, o interesse público nada mais é do que uma exasperação fictícia de um ideal de expectativas emanadas por uma determinada coletividade em uma determinada época. Desse modo, não é porque uma demanda constitui-se por caracteres difuso-abstratos ou transindividuais indeterminados¹³³ que a mesma não goza de legitimação e exequibilidade.

Entretanto, como em qualquer estimativa, a ponderação das variáveis ou grupos que corporificam o interesse público, mesmo que a princípio tenda a se compor pela urgência de certos setores, não quer dizer que inaugura uma permissividade para desconsiderar os

¹³¹ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 22.

¹³² Os direitos dos indivíduos devem aqui serem entendidos em sentido amplo, não apenas limitado ao já mencionado inerente atrito com o direito de propriedade. Nesse direcionamento, cumpre apontar que incidem questões ainda mais importantes que o referido direito real, podendo citar como exemplo a própria dignidade da pessoa humana, fator que congrega variáveis diversas como o resguardo da intimidade e da vida privada do indivíduo.

¹³³ Seguir por esse caminho em que interesses dispersos minimizam o interesse público, seria ainda mais danoso ao considerar o atual patamar assente em uma visão comunitária transnacional da União Europeia, na qual inevitavelmente o interesse público assume contornos cada vez mais universais e abstratos.

demais cidadãos que possam vir a ser afetados. Nesse patamar, cumpre à própria ordem jurídica prover um arcabouço instrumental capaz de viabilizar um equilíbrio social dinâmico, já que em última instância, o que realmente importa é resguardar o pólo hipossuficiente de uma relação, que em algumas hipóteses, pode acabar composto por um particular proprietário de bem imóvel tombado.

Portanto, guardada atenção a necessidade de repelir certos aspectos abusivos aos direitos pessoais íntimos do cidadão que acaba por ter seu bem submetido à política de preservação do patrimônio cultural, defender-se-á uma rigidez para com os parâmetros de precaução previstos em lei. Com efeito, uma vez existentes critérios instrumentais para balancear possíveis desproporções causadas pelos ônus e encargos advindos dos institutos protetivos direcionados à matéria, deve ser enaltecida a importância de fazer perdurar o patrimônio cultural para uma parcela maior da sociedade, não sendo cabível desmerecê-lo somente pelo seu caráter na maioria das vezes genérico e indeterminado.

Nesse caminhar, baseado na defesa de uma perspectiva rígida, contanto que balizada por dispositivos legais que assim a permitam, devem ser previstas formas de equilibrar os dois lados da demanda, quer seja o interesse público ou o interesse privado, sem que um deles reste extremamente prejudicado pelos benefícios concedidos em prol do outro¹³⁴.

¹³⁴ Sob essa égide, insta abrir um parêntese para uma pequena reflexão. Agora buscando alento na rica construção da Filosofia do Direito, principalmente ao considerar que tal contexto parece fazer certa remissão a um recorte específico da filosofia de Jeremy Bentham, sem dúvidas o grande estruturador da perspectiva utilitarista clássica, tomando esta como um ramo distinto e destacado no abranger de uma filosofia do direito assente na moralidade.

Por certo, cumpre primeiramente apontar que algumas passagens oriundas do utilitarismo clássico suscitam recorrentes críticas frente a um possível desvirtuar ético pregado pelos seus defensores. Vale apontar que uma delas, ponto que pode muito bem dizer respeito ao contexto protetivo do patrimônio cultural e as suas decorrentes intervenções na esfera privada (principalmente quando mal executadas e desprovidas de aspectos legais capazes de balancear a relação instituída), seria o direcionamento do princípio da utilidade unicamente para obtenção da felicidade da maioria. Desse modo, uma comunidade feliz, assim o será, se promover prazeres ao maior número possível de indivíduos. CASTANHEIRA NEVES, António. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo: Teoria do Direito*. Coimbra: Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, 1998, p.56.

Portanto, aceitaria o fato de que esse foco provavelmente seria atingido por intermédio colateral de uma minoria infeliz, uma vez restringidos seus prazeres. Logo, “Não evita o sacrifício do indivíduo contra a sua vontade, sempre que isso maximize a utilidade”. SOUZA E BRITO, José de. *Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, p.289-334, 2008, p. 305 e 306.

Já discorrido que deve haver uma coexistência equilibrada entre os interesses públicos e os privados na proteção do patrimônio cultural, para que assim seja possível cultivar uma resguarda rigorosa mais respeitadora, veja que o pareamento da perspectiva utilitarista com a disciplina cultural talvez seja uma questão unicamente de concretar uma realidade constatável.

Uma vez assente o princípio da utilidade na ponderação valorativa daquilo que possa propiciar maiores benefícios para uma maioria que compõe um determinado corpo social, como negar que as decisões que afetam prerrogativas particulares de um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, suprimindo ou restringindo os seus direitos em prol do interesse coletivo, já não seriam atitudes utilitárias imersas na discricionariedade do órgão político ou jurisdicional que dela se vale? Parece patente que sim.

Sob este enfoque, observe a construção de um exemplo prático, em que um proprietário particular tem o seu bem imóvel classificado/tombado por se entender que o mesmo goza de relevante importância cultural. O fundamento para tal intervencionismo protetivo legalmente encontra-se assentado na atribuição estatal por atender o desejo coletivo de resguarda do patrimônio cultural, visto este integrar a esfera dos direitos difusos voltados a uma coletividade indeterminada, sendo ainda, caracterizado como um direito fundamental no qual todos teriam o direito de valer-se.

O ato administrativo de classificação/tombamento impõe uma série de gravames práticos à utilização, modificação e disposição de um bem cultural por parte do seu detentor, porquanto fixa restrições e limitações aos seus direitos. Cabe destacar, que tais fatores se concretizam por intermédio expresso de autorização em Lei específica detentora de respaldo constitucional.

Ora, uma ação compõe a prática institucional na busca pela concretização de um interesse da maioria, ainda que abstrata e hipotética (não se sabe quem são os destinatários da decisão que institui a classificação/tombamento, mas se parte do pressuposto que é de interesse geral daquela comunidade ou nação). Para tanto, comporta o risco real de que para tal fim os direitos garantidos de um único indivíduo possam ser restringidos (muitas vezes a classificação/tombamento podem trazer consigo grandes encargos e prejuízos ao proprietário do imóvel). Logo, não deixa de estar em jogo uma postura hierarquizada pelo encabeçamento valorativo da “felicidade” a ser atribuída a uma maioria.

O idealizado exemplo, aparentemente em nada se distancia do cerne fundamental das preconizações utilitaristas. E de certo modo, se considerar as citadas perspectivas problemáticas trazidas pelos seus críticos, também comportaria seu dito viés maléfico e prejudicial para as minorias. Veja que existe a concordância expressa de que para a obtenção de uma máxima social de felicidade, ao garantir a coletividade a resguarda daquele bem cultural, é moralmente aceitável que o cidadão proprietário do imóvel possa vir a comportar alguns desagradados, consequentemente, tendo a sua “felicidade” reduzida.

Contexto este, novamente, mesmo considerando a crítica que o circunscreve, não parece ser desprovido de validade e racionalidade, contanto que existam institutos capacitados a equilibrar a situação nos casos que ultrapassarem um liame (de preferência pré-definido) de limitações e restrições, sob pena de agregar-se *in natura* a parcela negativa de tal vertente filosófica.

Portanto, se observado esse contexto de ampla e despercebida utilização do útil na busca pela felicidade do maior número possível de pessoas, o qual, conforme visto, aparenta uma notável aproximação com o contexto dos direitos difusos, a exemplo do patrimônio cultural, veja que a própria modernidade dos aparatos jurídicos traz ou deveria trazer (conforme se verá no caso brasileiro) algumas respostas para as críticas atribuídas a essa corrente do pensamento filosófico (ou algo que se assemelha a esta, em virtude de se ter aduzido somente a um pequeno recorte das considerações do utilitarismo, que sem dúvidas na integralidade possui mais críticas do que viabilidade).

Ao retomar o exemplo, e considerando a perspectiva portuguesa, nada impede que o proprietário do bem classificado que se sinta prejudicado em demasia pelos encargos em si depositados pela justificativa do interesse maior da coletividade, possa valer-se de um pleito indenizatório em busca de uma possível compensação (tal hipótese será analisada mais adiante). Veja nesse sentido, que tal viabilidade indenizatória encontra-se por lei limitada aos encargos e prejuízos especiais ou anormais que o indivíduo possa ter sofrido em prol do interesse público, ou seja, as afetações devem ser excepcionalmente graves.

Mais uma vez, remete conceitualmente a um ponto específico do modelo utilitarista, uma vez que, sendo o cálculo da felicidade geral integrado por todos os indivíduos componentes de uma determinada sociedade, não seria interessante adicionar ao montante somatório uma parcela de pessoas, ainda que em minoria, que tiveram as suas respectivas felicidades reduzidas drasticamente. Com efeito, estando um integrante da comunidade sacrificado exorbitantemente, mais vale retirar um pouco da felicidade da maioria, que ainda assim continua extremamente feliz, para lhe somar somente o suficiente para removê-lo da profunda infelicidade.

Tal contexto bem reflete a denominada “utilidade marginal” na qual Bentham se insere, que resumidamente, expressa a ideia de que as parcelas constitutivas do somatório de felicidade são relevantes na constituição do resultado, devendo haver certo equilíbrio entre a felicidade que se soma e a felicidade que se nega, ou seja, seria necessário um caráter distributivo, direcionado a não promover a felicidade da maioria em sobreposição a alguns que restariam demasiadamente infelizes. READ, Daniel. *Utility theory from*

Resta concluir, que restrições por si só não são suficientes para lidar com a disciplina protetiva do patrimônio cultural. As mesmas podem inclusive surtir o efeito oposto do desejado, vindo a incentivar o desrespeito e certas manobras buscando suprimir a política instituída de resguarda. Consideração que parece corresponder ao instaurado contexto brasileiro de reiterados abandonos de imóveis tombados, ponto em que o próximo capítulo se dedicará.

Dando prosseguimento, e tendo em vista que o presente estudo centra foco na busca por elementos e lacunas legais passíveis de se atribuir responsabilidade por esse contexto atentatório ao patrimônio cultural, tudo parece direcionar o cerne de tal culpa unicamente ao legislador e aos diversos organismos públicos que respondem pela disciplina.

Apesar disso, perfaz esclarecer que essa visão privatista não se vincula ao intuito conferido ao mesmo, devendo até mesmo suscitar certa atenção diferenciada. Basta considerar como exemplo a força política das empreiteiras no Brasil, ponto que não precisa de maiores digressões, ficando claro com o atual momento político conturbado que vive o país, sendo diariamente noticiados esquemas de corrupção entre construtoras e o corpo político nacional¹³⁵.

Nesse tocante, guardadas algumas exceções em virtude do caso em concreto, não há como vitimar o proprietário privado que abandona um bem tombado à sua própria sorte, pautando-se unicamente na justificativa de que deseja conferir-lhe uma nova destinação ou que o mesmo teve o seu valor econômico depreciado¹³⁶.

Jeremy Bentham to Daniel Kahneman. Londres: The London School of Economics and Political Science, 2004, p. 4 e 5. Disponível em: <eprints.lse.ac.uk/22750/1/04064.pdf>.

¹³⁵ Caso interessante, e que bem resume esse conflito de interesses que se ramifica por todas as áreas da sociedade brasileira, inclusive no que confere a proteção do patrimônio cultural, fica evidenciado na recente discordância que se tornou pública, fato que motivou o pedido de demissão do então Ministro da Cultura Marcelo Calero.

O que ocorreu, foi que um dos grandes parceiros políticos do agora Presidente Michel Temer, o até então Ministro da Secretaria de Governo Geddel Vieira Lima (este pediu demissão após o escândalo), ficou consternado porque o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) embargou a construção de um empreendimento imobiliário no centro histórico da cidade de Salvador, no qual o mesmo havia adquirido uma unidade. Tal fato o levou a pressionar o referido órgão de proteção do patrimônio cultural e o ora Ministro da Cultura.

Segundo relatam as notícias, o Ministro da Cultura Marcelo Calero levou a questão ao Presidente Michel Temer, o qual se limitou a amenizar a problemática, sugerindo que a referida obra fosse liberada. Para mais detalhes, vide a cronologia do ocorrido em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/entenda-polemica-que-levou-queda-de-dois-ministros-de-temer.html>>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

¹³⁶ Quanto à questão do valor econômico do imóvel tombado, insta corroborar na integralidade a visão de Aloísio Magalhães ao considerar que os proprietários desses bens deveriam ser os primeiros interessados nessa resguarda. MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997, p. 125.

Ora, no caso brasileiro, certamente a lei peca em algum ponto ao não reprimir tais abandonos e lesões, entretanto, em nenhum momento atribui essa possibilidade ao particular detentor daquele bem objeto do tombamento. A mesma é firme na imposição de que o proprietário é o responsável e tutor de um bem cuja afetação e interesse não mais o pertence exclusivamente, razão pela qual, não há que se olvidar que o abandono nesses termos constitui um claro atentado fraudulento ao interesse público¹³⁷.

Assim, resta possível convencionar que muitas das críticas apresentadas pelos proprietários privados de imóveis tombados, advêm do desconhecimento da lei e/ou da própria ausência de crença nos intuitos protetivos da disciplina.

Quanto a esse aspecto, parece existir certa resistência dos proprietários de bens imóveis tombados em assimilar a nova conjuntura que compõe a natureza acuteladora do patrimônio cultural. É necessário distinguir claramente a coisa corpórea do decorrente valor cultural que esta passa a emanar¹³⁸.

Reforçando ainda mais a importância concreta dessa análise, nunca é demais reafirmar que o tombamento também não deve ser visto como influenciador da estruturação e ordenação cultural apenas na esfera de influência individualizada do bem em que este incide. O referido instituto deve ser fruto viabilizador da preservação e integração do entorno desses símbolos¹³⁹, resguardando mais um contexto do que um objeto.

Passando agora para uma outra vertente, conforme afirmado anteriormente que em termos teóricos o tombamento é uma escolha técnica, faz-se necessário desmitificar o argumento de alguns proprietários no sentido de considerarem o tombamento como uma

¹³⁷ É justamente nesse contexto de legalidade que proliferam os atentados mais danosos ao patrimônio cultural, na medida em que: “Os atos privados de vandalismo pertencem, no mais das vezes, ao cortejo tradicional dos desvios que acompanham os períodos de guerras e de agitação social: roubos, pilhagens, depredações, ditados pela violência, pela concupiscência, tornados possíveis pelo vácuo jurídico. Existe, porém, uma outra forma de degradação privada do patrimônio, ainda mais perversa considerando que é levada a efeito dentro da mais plena legalidade”. CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004, p. 106.

¹³⁸ Justificando tal apontamento: “enquanto bem tombado, incidem, assim, duas modalidades de propriedade: a propriedade da coisa, alienável, determinada por seu valor econômico, e a propriedade dos valores culturais nela identificados que, através do tombamento, passa a ser alheia ao proprietário da coisa: é propriedade da nação, ou seja, da sociedade sob a tutela do Estado”. FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajatória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 35.

¹³⁹ Infelizmente a legislação brasileira não define os parâmetros para a preservação dos entornos de bens imóveis tombados. Tais áreas devem ser estabelecidas por ocasião de cada caso em concreto, fator que muitas vezes acaba sendo negligenciado, gerando uma série de graves incongruências urbanísticas que atentam contra o patrimônio cultural.

Em linhas gerais, parece pertinente classificar tal perspectiva como um processo destrutivo indireto, na medida em que vai degradando o entorno do imóvel tombado, até o bem restar isolado em um contexto não mais exemplificativo do seu valor cultural, perdendo em parte o seu próprio sentido de existir.

escolha ao acaso. Ainda hoje, muitos preferem acreditar que o tombamento é algo que infelizmente lhe recaiu, uma vez que interpretam que o seu bem “a seus olhos, se assemelha a tantos outros”¹⁴⁰.

Sob essa ótica de considerar que o tombamento se encontra condicionado à observância de aspectos técnicos, certamente pode haver alguma confusão com a anteriormente citada abertura discricionária presente na matéria. Fator que pode incentivar alguns posicionamentos de descrença frente ao processo que culmina na consolidação de um tombamento, mormente uma análise superficial tenda a opor técnica e subjetividade.

Comporta deixar claro que independentemente de existirem questionamentos se o tombamento e as demais prerrogativas protetivas do patrimônio cultural devem ser fruto de exasperações discricionárias ou vinculadas, ponto que já gerou e ainda gera muita discussão, a referida técnica não é afastada. Tem-se para tanto, que tal ponderação intrínseca à natureza jurídica do tombamento, somente faz sentido em termos de compelir ou não uma obrigatoriedade de tomar para a administração pública. Portanto, a efetividade desse embate repercute tão apenas, após um momento notadamente técnico em que um bem é enquadrado no conceito vigente de patrimônio cultural.

Alguns certamente irão sugerir que a própria inserção de um bem no conceito de patrimônio cultural configura uma pessoalidade dos gestores públicos, fator que por si só coadunaria em uma percepção discricionária. Tal constatação não deixa de ser verdadeira, realmente parece correto afirmar que certo agir discricionário é inerente a essa incumbência.

Apesar disso, incorrem no erro de desconsiderar que uma apreciação técnica não é necessariamente um dado absoluto, a mesma comporta uma série de variações. Estas sim devem ser balizadas por critérios pré-estabelecidos, ficando desde já fixadas as fronteiras pelas quais uma decisão pode trafegar.

Um grande exemplo dessa conjuntura remonta aos próprios conceitos de patrimônio cultural. Suas redações comportam um elencar de hipóteses que configuram a sua zona de abrangência, sendo muitos os tipos de valores que um bem pode incidir e assim culminar em uma atribuição de valor cultural. Tais variações são claras e pré-definidas, suscitando hipóteses de enquadramento como o valor artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, dentre uma série de outros.

¹⁴⁰ FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 226.

Entretanto, o referido conceito em nenhum momento condiciona essa questão atributiva a um determinado grau de atenção às supracitadas hipóteses. Consequentemente, mesmo que um bem incida em uma delas, deve ser em um patamar que venha a justificar o seu situar no patrimônio cultural de uma região ou país, daí desencadeando uma necessidade protetiva.

Por lógico, fixar de antemão esse contexto seria uma tarefa impossível¹⁴¹. Como fixar em termos rígidos que um determinado bem é histórico (ou qualquer outra vertente integrante do patrimônio cultural) o suficiente para enformar um valor cultural digno de ser protegido? Não soa possível imaginar que tal análise possa ser desprovida de um fator decisório humano¹⁴², o que novamente não desmerece que tal procedimento será legítimo e pautado por métodos. Ademais, tal perspectiva técnica aparenta surgir de duas direções.

Conforme visto, por um lado, na lei deve constar um primeiro enquadramento já elencando hipóteses pré-fixadas, fator bem ilustrado pelo conceito de patrimônio cultural. Cabe ainda lembrar algo que foi mencionado desde o início, acerca desses conceitos terem se adaptado para possuir uma capacidade única de serem receptivos a vários bens, sem que com isso deixassem de especificar claramente os limites da disciplina.

Por outro lado, insta partir da crença de que a continuidade desse processar, seja na consideração do referido “grau de valor cultural”, será levada adiante por profissionais da área. Certamente isso se dará mediante a um parecer inerentemente técnico, pautado em pesquisas e debates de um conselho, até mesmo porque sua opção pode vir a ser contestada pela via administrativa ou judicial.

Dito isso, nesse campo envolvendo a consolidação de um valor cultural para a sua respectiva resguarda, considerando a crítica de particulares que tentam desmerecer a legitimidade dos critérios para tanto, insta concluir que o argumento do tombamento ser ao acaso não possui qualquer fundamento. Portanto, decisões técnicas e discricionarieidade

¹⁴¹ Seria preciso desde logo suprimir todas as referências abstratas. É o caso da expressão “excepcional valor”, presente nos delineamentos do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25 de 1937 ao discorrer sobre as nuances do conceito de patrimônio cultural.

¹⁴² Veja que o viés discricionário pode propiciar a identificação “*in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case*”. HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p. 135.

Essa sensibilidade provavelmente não existiria em um contexto vinculado pleno. Adotar o caráter vinculado até determinaria a supressão de uma gama de incertezas dos proprietários quanto a real necessidade de tomar o seu bem, mas isso somente seria possível mediante a consolidação de um aporte normativo extremamente exaustivo e descritivo. O que não parece possível na prática, ainda mais considerando o pendor adaptável da disciplina.

não são opostos que se excluem, estando ambas intimamente relacionadas com a matéria cultural.

Assim como já foi reconhecido, concluir nesse sentido não importa desconsiderar que algumas vezes a administração pública tomba objetos cujo valor cultural não é premente para o interesse coletivo. Fator certamente negativo, especialmente considerando as próprias limitações dos órgãos responsáveis em prover o devido acompanhamento e fiscalização que passam a ser exigidos. Contexto que legitimamente pode ocasionar contestações, o que novamente sugere a importância de serem previstos meios intermediários de proteção cultural, justamente para acolher bens que possuem um valor cultural cujo grau reduzido não o torna prioridade para o tombamento.

Ponto que também se faz premente retomar, condiz na citada conjuntura estabelecida pelo bem que resta sujeito aos enformes do tombamento provisório ou de encontrar-se em vias de classificação¹⁴³. Por certo, estabelecido o interesse pela preservação de um determinado valor cultural, parece elementar que sobre o mesmo recaía algum tipo de proteção. Sem qualquer resguarda, insta considerar que o lapso entre a abertura do procedimento e a sua resolução positiva ou negativa, pode compor um momento crítico para o bem. Seria um incentivo às ingerências dos proprietários que desde então já discordam da sua importância cultural.

Entretanto, perfaz deixar claro que apontar nesse sentido não incorre defender uma conjuntura desprovida de regramentos específicos e razoabilidade. Não deve ser feita uma assimilação errônea de que tais institutos e seus decorrentes procedimentos fixam termos estritamente análogos.

Assim, os sujeitos submetidos a fase prévia de um trilhar construtivo que pode ou não considerar um bem como recorte cultural merecedor de proteção diferenciada, devem ser limitados tão somente ao extremamente prescindível para um contexto ainda de ficção e mera possibilidade. Na prática, deveria remontar unicamente para a manutenção visando o congelamento temporário dos aspectos delineadores do caráter do bem.

Por essas razões, manter o atual direcionamento legal só faria sentido caso os proprietários afetados gozassem das mesmas prerrogativas compensatórias destinadas aos sujeitos cujo ato de acautelamento fora consolidado. Ainda assim, não parece ser o ideal,

¹⁴³ Conforme observado anteriormente, a referida crítica não se encontra limitada tão somente à realidade brasileira.

bastando aludir ao caso brasileiro, onde estando ausentes menções no sentido de equilibrar a situação restritiva, tal contexto ensejador de críticas não seria sanado.

Apontadas uma série de críticas emanadas pelos particulares proprietários de bens tombados acerca das restrições que lhes recaem, apesar da percepção de que não se pode negá-las totalmente, faz-se pré-requisito não as generalizar como recorrentes e destoantes do que normalmente se espera para a realidade protetiva do patrimônio cultural.

É realista considerar ainda, que em países cujo desenvolvimento do Direito do Patrimônio Cultural ainda não atingiu um plano tido como ideal, a exemplo do Brasil, existe uma questão agravante que não facilita o desenvolvimento da disciplina. Infelizmente, o que se constata é a existência de uma notável indiferença com o patrimônio cultural, descaso que parte da própria população que deste deveria se beneficiar. Não obstante, o poder público também não confere a mesma preocupação que demonstra com outras áreas de afetação social¹⁴⁴.

Logo, o presente tópico serviu para demonstrar que é altamente desejável que o abranger do patrimônio cultural seja rigidamente tutelado. Fator que se faz imperioso em virtude da carência de perspectiva que tal disciplina já é obrigada a conviver em países como o Brasil. Entretanto, tais argumentos não desqualificam algumas das complicações presentes nos institutos eleitos para tal acautelamento.

Nesse caso, certo é que institutos como o tombamento devem limitar os seus aspectos intrusivos aos direitos dos proprietários de bens gravados, atendo-se tão somente

¹⁴⁴ Comenta-se acerca da temática patrimônio cultural, que a mesma não consta nas menções de campanha feitas pelos candidatos e pelos partidos políticos brasileiros. FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997, p. 16.

Fator que sugere, tendo em vista que a matéria não se encontra consolidada como em certos países europeus onde se justificaria um certo “esquecimento”, não haver um interesse geral da comunidade.

Cumprir citar outro exemplo da realidade brasileira, constituindo novamente uma polêmica de cunho político que recentemente repercutiu no país. Ocorre que, visando cortar gastos o governo resolveu extinguir alguns ministérios, dentre os quais constava o Ministério da Cultura.

O que se deu a partir da extinção do MinC, foi que o mesmo acabou por ser reintegrado ao corpo executivo do país, muito em virtude de algumas manifestações de setores sociais. Convém destacar, que os referidos movimentos se limitaram às classes artísticas, abrangendo músicos, atores, dentre outros. Constatação que somente reforça a percepção de que os interesses institucionais que circundam a cultura nacional são extremamente restritos à alguns ramos específicos da sociedade brasileira. Para mais informações acerca da decisão do Presidente Michel Temer em recriar o Ministério da Cultura, o qual ele mesmo havia optado por extinguir, vide: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/05/temer-decide-recriar-ministerio-da-cultura-anuncio-deve-ser-na-terca.html>>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

Quanto ao referido caso, convém citar ainda, que o então Ministro da Secretaria do Governo Geddel Vieira Lima, protagonista do polêmico caso anteriormente informado, posicionou-se contrário ao governo ceder às manifestações e recriar o Ministério da Cultura. O ocorrido somente corrobora o ambiente infértil para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, mormente tal área necessita conviver com uma gama de interesses políticos e econômicos escusos, estes que na maioria das vezes são tomados como preponderantes.

às intervenções que se façam necessárias para fazer perdurar o valor cultural a ser protegido. Ultrapassado um limite de razoabilidade e proporcionalidade das afetações legitimadas pelo interesse público, um plano ideal deve prever dispositivos normativos capacitados a restituir um equilíbrio. Em alguns casos, estes podem vir a coibir prejuízos ao patrimônio cultural, em especial quando advindos de descontentamentos dos particulares, perspectiva que agora será destacada.

5 – INSTITUTOS COMPENSATÓRIOS CAPACITADOS A EQUILIBRAR AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AOS PARTICULARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Adentrando no cerne analítico do presente estudo, resta agora conferir as razões pelas quais as determinações legais de proteção do patrimônio cultural brasileiro viabilizariam tais casos de abandono e prejuízos causados aos bens imóveis tombados. Contexto que já foi ilustrado como constatável, momento em que se trouxe como exemplo as particularidades do plano diretor de Petrópolis.

Visando atingir os objetivos tracejados, conforme pontuado na ocasião introdutória do presente estudo, trar-se-á nesse ponto alguns parâmetros comparativos mais evidenciados com a realidade portuguesa de proteção ao patrimônio cultural. Seguindo a linha de desenvolvimento proposta, esse enfoque pode indicar sugestões e complementos para algumas das vertentes que serão assumidas como precárias no aporte normativo do Brasil.

Nesse direcionamento específico, será considerado o contextualizar de que o tombamento coaduna grande parte das expectativas do acautelamento do patrimônio cultural brasileiro. Para tanto, é sabido que o referido instituto perfaz um viés interventivo e restritivo na esfera dos proprietários privados, o que enseja o surgimento de uma série de críticas.

Em resumo a essa ambientação já discorrida, muitos são os argumentos e contestações centradas na alegação de que o tombamento impõe uma carga desproporcional de ônus e encargos à esfera de interesses dos particulares detentores de bens tutelados. É o exemplo do já mencionado balizamento dos usos e destinações destes.

Inicialmente, cumpre reiterar que não deve prosperar qualquer posicionamento no sentido de desmerecer tal pendor protetivo rígido. Sem o mesmo, certamente a situação de descaso para com o patrimônio cultural seria agravada.

No entanto, mesmo considerando que uma forte carga interventiva se mostra desejável e necessária para o resguardo do patrimônio cultural, especialmente por este refletir e responder aos anseios do interesse público, o que parece é a insurgência de um dilema. Se o ordenamento jurídico e as instituições responsáveis pela proteção do patrimônio cultural preveem uma firmeza interventiva na esfera dos particulares

proprietários de imóveis tombados, porque tal caracterização severa não se mostra suficiente como meio coibidor de possíveis abandonos e descasos propositais para com os bens culturais tutelados?

Assim, conforme aduzido por diversas vezes nas tratativas anteriores, ocorre que a proteção do patrimônio cultural brasileiro se alicerça por um plano teórico distante da realidade. Desse modo, peca-se pelo excesso de generalidades e abstrações restritas a um plano ideal e diretivo. Constatação que repercute diretamente no aporte normativo do país, o que, por conseguinte, delimita a atuação das instituições nacionais responsáveis pela proteção do patrimônio cultural. Contexto ainda agravado por uma latente carência de atualizações recentes.

Nesse abranger, o que aparenta acontecer e que desse modo se buscará asseverar, reside na consideração de que o tombamento em si, não é o responsável direto pelos citados casos de abandono proposital de imóveis tombados por parte de seus proprietários particulares.

Baseado nessa indicação hipotético-dedutiva, o que destoa como justificativa plausível para os casos que dessa forma atentam contra o patrimônio cultural de Petrópolis, assim como de diversas outras cidades do país, é que o aporte legal nacional da matéria não se ocupa das afetações acessórias que necessariamente circundam o tombamento. Portanto, pode-se afirmar categoricamente que são escassos, se não ausentes, alguns institutos compensatórios capacitados a legitimar e justificar a demanda protetiva restritiva na proteção do patrimônio cultural do Brasil¹⁴⁵.

Logo, certos pontos parecem destoar como possíveis causas de tal contextualizar, mormente seja latente a sua carência ou ausência tanto nas determinações tipificadas em lei, quanto no que confere a atuação estatal prática e efetiva. Por essa razão, os

¹⁴⁵ Um aspecto relacionado a este contexto, que deve ser ao menos mencionado, diz respeito a compatibilização das previsões constitucionais com a atuação legislativa na matéria, a saber se dessa relação não seria possível aduzir a uma possível inconstitucionalidade por omissão do legislativo. Tal indagação surge envolta pelo defendido posicionamento no tocante a notável ausência de previsões legais compensatórias que atuariam como acessórias ao instituto do tombamento, e que assim poderiam surtir um efeito positivo nos casos que lesam o patrimônio cultural brasileiro.

O que ocorre, é a inexistência de um mandamento constitucional expresso nesse sentido, uma vez que a Carta Magna de 1988 se limita a um discurso diretivo carente de inovações instrumentais, não comportando tais questões compensatórias. Desse modo, não existindo uma clara ordem constitucional vinculada a tipificação desses preceitos, restando o recurso em última instância ao genérico princípio da igualdade, sugere forçoso compelir uma legislatura forçada a respeito, pendendo então para uma problemática que se funda quase que exclusivamente pela falta de interesse político em fixar tais propostas em lei.

desenvolvimentos subsequentes compor-se-ão pelas seguintes variáveis eleitas como capacitadas a influir na temática: a possibilidade indenizatória pelos ônus e encargos excepcionais depositados pelo tombamento/classificação; a possibilidade de desapropriação a pedido do particular; o equilíbrio assente no regime tributário diferenciado; e o modelo adotado de responsabilidade civil.

Dito isso, sendo ainda importante apontar que muitas dessas questões foram a tempos implementadas na legislação de resguarda do patrimônio cultural de diversos outros países, a exemplo de Portugal e França, tudo indica que, apesar da boa intenção, existem graves brechas no conjunto brasileiro de acautelamento desse setor.

Assim, no que confere a questão dos abandonos propositais de imóveis tombados, insta partir da percepção de que grande parte das suas ocorrências poderiam ser sanadas pelo equilíbrio das atribuições conferidas pelo instituto do tombamento. Perspectiva que, reitera-se, não foi a preocupação das disposições do Decreto-Lei nº 25 de 1937, do mesmo modo que não se desenvolveu com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988 e demais diplomas que de algum modo versam acerca dos aspectos legais de proteção do patrimônio cultural.

Vale considerar, antes de adentrar em uma análise mais detalhada das supracitadas questões, que de certo modo poderiam agir balanceando o embate entre o público e o privado na proteção do patrimônio cultural brasileiro, que alguns autores chegam a defender veementemente a necessidade inadiável de se criar um código específico e atual, voltado diretamente para lidar com as questões relacionadas com a proteção do patrimônio cultural do Brasil¹⁴⁶.

Isso posto, convém analisar de que maneira tais previsões compensatórias poderiam amenizar ou evitar os graves casos que são verdadeiros atentados contra os bens culturais tombados. Nesse sentido, será apontado como cada um dos mencionados institutos poderiam intervir na prática em termos de efetividade protetiva do patrimônio cultural.

Em uma análise mais ampla, partir-se-á do vislumbre de que tal perspectiva facilitaria a própria legitimação do tombamento por parte daqueles que de alguma forma o criticam. Logo, configura latente a demanda por um modelo ideal e sustentável, a ponto de equilibrar os dois pólos em atrito, quais sejam, a esfera de interesses privados e o interesse

¹⁴⁶ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do patrimônio cultural brasileiro*. 2011. Disponível em: <<http://www.direitosculturais.com.br/pdf.php?id=66>>. Acesso em: 20 out. 2016.

público, tomando estes como vertentes inerentes à própria necessidade de resguarda do patrimônio cultural.

5.1 – A VIABILIDADE INDENIZATÓRIA DOS ÔNUS E ENCARGOS PROVENIENTES DO TOMBAMENTO

Nesse ponto, será estudada uma das vertentes inspiradoras do presente capítulo, a qual se baseia na possibilidade de um proprietário de um bem imóvel tombado poder vir a ser indenizado, tendo como fundamento a onerosidade ou prejuízo gerado pela intervenção restritiva aos seus direitos. Para tanto, será necessário analisar como a atual legislação aborda tal viabilidade, assim como, se este seria um meio apto a minimizar a insatisfação de alguns proprietários de bens tombados, podendo desse modo contribuir para a redução dos abandonos e descasos sofridos pelos imóveis alvos da política de preservação encabeçada pelo instituto do tombamento.

De modo mais claro, o que se pretende discorrer, bem se resume na devida ponderação entre os direitos pessoais de um proprietário particular frente as afetações que podem advir do processo de inclusão do seu bem na listagem do patrimônio tombado. Ficando a saber, se dessa relação justifica-se uma demanda indenizatória capaz de, ao menos em parte, lembrando que alguns casos noticiados de abandono são dotados de uma dolosa intenção de que o bem tombado se perca por inteiro para utilização do terreno para outros fins, incentivar a devida manutenção e resguarda do imóvel tombado com vistas a atender o interesse público.

Como já delineado, por natureza o instituto do tombamento é pautado pela imposição de uma série de restrições, visando assim garantir a devida proteção e destinação de um determinado bem cultural. Nesse viés, impõe cuidados e deveres diversos, buscando margear as condutas dos particulares para com os objetos de valor cultural atribuído, a exemplo do limitar da sua utilização e modificação, do mesmo modo, no proceder dos seus deveres de conservação e manutenção.

Ocorre que, a problemática que se afere latente e que agora interessa não diz respeito aos deveres e obrigações básicas determinadas pelo tombamento, mas sim aos

encargos e prejuízos excepcionais que possam advir de tal gravame¹⁴⁷, porquanto, ainda que de modo residual ou indireto, extrapolam o limite da razoabilidade. Por essa razão, urge o questionamento acerca da responsabilidade a ser atribuída à administração pública, principalmente no que confere ao dever de indenizar.

Ademais, convém admitir que são numerosas as hipóteses de ocorrência de danos reais aos proprietários de bens imóveis tombados. Vale destacar o esvaziamento econômico do bem e a falta de adequação do mesmo para com a sua destinação prévia.

Importante sublinhar a incompatibilidade restrita a destinação previamente conferida ao objeto tombado, podendo-se adiantar, que é totalmente incompatível considerar qualquer possibilidade de indenização caso o proprietário de um bem imóvel tombado resolva, já sabedor das limitações e restrições vinculadas a sua propriedade, alterar a destinação do mesmo para uma utilização desconforme com os direitos e deveres impostos pelo gravame administrativo.

No que pese o interesse público como legitimador da proteção do patrimônio cultural, o mesmo é instrumentalizado quase que unicamente através do tombamento no caso brasileiro. Considerando que as possíveis lesões que daí emana são lícitas, pontua-se, por atenção ao princípio da igualdade, que tais insurgências danosas à esfera do particular afetado podem vir a ser indenizadas^{148, 149}.

Conforme visto anteriormente, no Brasil são três as correntes que vislumbram a natureza jurídica do tombamento, defendendo a mesma como uma servidão administrativa, uma limitação administrativa ou um modelo autônomo especial. Nesse contextualizar, insta deixar claro que a possibilidade indenizatória que se alude perfaz uma necessária opção por uma dessas vertentes.

¹⁴⁷ Conforme informa José Casalta Nabais, as limitações administrativas em prol da proteção do patrimônio cultural podem vir a incidir sobre diferentes esferas de afetação. Com efeito, não se limitam as hipóteses estritamente materiais, porquanto integra parcelas intrínsecas como o direito a intimidade e as liberdades pessoais diversas. NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 118.

¹⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. *A responsabilidade civil do Estado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010, p. 915.

¹⁴⁹ No contexto português, tal relação encontra-se expressamente disposta na LPC, segundo discorre: “Artigo 6.º Para além de outros princípios presentes nesta lei, a política do património cultural obedece aos princípios gerais de: g) Equidade, assegurando a justa repartição dos encargos, ónus e benefícios decorrentes da aplicação do regime de protecção e valorização do património cultural;”. PORTUGAL. Lei n.º 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, n.º 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Como se afere das classificações sugeridas, a opção por considerar o tombamento uma servidão administrativa, condiciona assumir de antemão que o referido instituto protetivo é um ônus real que enseja o dever de indenizar quase que inerente a sua utilização. Assim, se permitiria partir do pressuposto de que as próprias nuances básicas do tombamento, a exemplo dos já mencionados deveres básicos de conservação e abstenção de condutas modificativas do bem, por serem considerados ônus não atribuídos a outros integrantes da sociedade, poderiam configurar uma justificação indenizatória.

Por outro lado, seguindo o conceito antes transcrito, não existem dúvidas na doutrina de que ao restringirem o exercício dos direitos de um proprietário, as limitações administrativas exasperam de um contexto de afetações gerais pautadas pela gratuidade. Desse modo, especialmente ao considerar o caráter de não individualizar o bem em que recaí, a opção por esta corrente traria consigo a ausência de indenização.

Novamente, o que se afere é que tanto a servidão administrativa quanto a limitação administrativa, não apontam soluções adequadas para uma possível indenização com sede nas afetações do tombamento.

Por conseguinte, apesar da servidão administrativa sugerir certa semelhança com a viabilidade indenizatória em proposição, não se defenderá que o tombamento gera de antemão uma expectativa compensatória. Muito pelo contrário, tal opção deve ser reservada unicamente para situações excepcionais, casos em que uma indenização pode ser a última via defensiva contra abandonos e descasos dos proprietários particulares.

Faz-se igualmente necessário, no condizente ao pareamento entre danos advindos do tombamento e uma viabilidade indenizatória, que para tal apontamento teórico não se incorra no erro de idealizar esta possibilidade com base na relação indenizatória existente no viés da desapropriação/expropriação, ponto que também será abordado mais adiante.

Ocorre que, ao contrário da desapropriação/expropriação cuja indenização prevista constitui elemento intrínseco ao próprio instituto, não sendo fundamentada no elemento dano¹⁵⁰, no caso do tombamento/classificação, a priori não deve existir o dever indenizatório, visto resumirem-se ao viés de fixação de restrições ao direito de propriedade que podem ou não vir a ser prejudiciais.

Delineados tais parâmetros, em que resta possível direcionar sem muitos percalços para uma necessidade de indenização estatal para o particular excepcionalmente onerado

¹⁵⁰ Para mais informações veja o que informa o artigo 23º, 1, do Código das expropriações português, Lei nº 168/1999.

ou prejudicado pelos atos protetivos ao patrimônio cultural, cumpre esclarecer que esse preceito se encontra longe de estar exaurido pela comunidade jurídica brasileira. Percorrendo a legislação existente, dificilmente se chegaria a essa mesma conclusão aparentemente simples.

Justificando essa percepção, afere-se que no ordenamento jurídico brasileiro o legislador não se posicionou acerca da possibilidade de atribuição indenizatória ao proprietário de um bem tombado, quando este reste excessivamente onerado em prol do interesse coletivo. Não existindo previsão legal nesse sentido, essa é uma discussão limitada unicamente aos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Reitera-se nesse sentido, retomando as disposições estruturantes do direito do patrimônio cultural enformadas pelo analisado Decreto-Lei nº 25 de 1937, que o mesmo, sendo ainda o responsável pelo tombamento e as suas particularidades instrumentais, não discorre acerca da referida indenização assente nos prejuízos e restrições excessivamente impostas pelo tombamento. Matéria que se manteve inalterada com o advento da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, cabe ao judiciário emanar a decisão de indenizar ou não o proprietário que se sinta demasiadamente prejudicado. Por lógico, não havendo parâmetros legais vinculados a tal prerrogativa¹⁵¹, o que se afere é a indeterminação de uma diversidade de variáveis. Um exemplo dessa conjuntura problemática, remonta a qualificação e graduação do elemento danoso e a sua conseqüente viabilidade de caracterizar-se por um injusto além do esperado por uma determinada imposição estatal em prol da resguarda do patrimônio cultural.

¹⁵¹ Novamente recorrendo a Filosofia do Direito, tem-se que tal dificuldade encontra-se intimamente vinculada com a atribuição de validade a uma perspectiva singular, a qual envolve os próprios debates que insurgem em torno do positivismo e da própria autonomia do Direito, quer seja afastando uma pretensão da mesma.

Desse modo, o reconhecimento do agir discricionário como algo inerente às prerrogativas dos *officials*, remete necessariamente a assumir um dos pólos da clássica discussão travada entre Herbert Hart e Ronald Dworkin acerca da aceitação da discricionariedade.

Por um lado, haveria o “*soft positivism*” de Hart, que desenvolve uma visão permissiva de uma “*open texture*” do direito, onde casos em que a lei reste incompleta ou omissa justificariam o recurso a discricionariedade. Fato que se daria especialmente nos denominados “*hard cases*”, casos em que o juiz se enxerga desmunido de aporte legal capaz de sanear a demanda concreta, restando o mesmo autorizado a tal “*restricted law-making function*” ou discricionariedade.

Pelo outro, tem-se a posição de Dworkin que repousa na ideia de que sempre haverá uma resposta correta, onde “*the law is never incomplete or indeterminate, so the judge never has occasion to step outside the law and exercise a law-creating power in order to reach a decision.*”. Questão que leva direto a um dos cerne fundamentais da crítica traçada por Dworkin, a qual se concentra na desaprovação de um possível julgador revestido de legislador. HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p. 252 et seq.

Ademais, a necessidade de recorrer ao judiciário para sanar uma possível desproporção causada pelas restrições e limitações impostas pela concretização do tombamento, conta ainda com um fator agravante. A própria demora do magistrado se pronunciar pela viabilidade indenizatória ou não de um determinado caso específico, pode acabar contribuindo para a degradação ou abandono de um bem¹⁵².

Portanto, no que concerne a essa discussão restrita principalmente à prática jurisprudencial, convém criticar a falta de uniformidade que insurge dessa fonte, que apesar de fixar uma possibilidade, relega a viabilidade indenizatória para as particularidades advindas de cada caso. Assim, não raro é possível observar julgados incongruentes, fundamentados em dissonância, tornando árdua a possibilidade de traçar um padrão mínimo de situações interpretadas como passíveis de justificar tal pleito.

Grande exemplo do referido preceitar de variabilidade e incerteza no âmbito jurisprudencial, remete aos posicionamentos observados no abranger do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Sendo o Tribunal muitas vezes competente para analisar e julgar questões controversas envolvendo o tombamento e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, esse em diversas ocasiões varia os argumentos para a concessão de indenização ao proprietário de um bem tombado.

Com efeito, convém ilustrar tal constatação com alguns informes de demandas judiciais em que o STJ versou acerca da viabilidade indenizatória do tombamento. Primeiramente, insta citar que existem decisões apontando para o tombamento como capaz de ensejar uma reparação fundada em prejuízos surgidos para o particular proprietário do bem a que este se vincula¹⁵³.

Apesar desse preceito de aceitabilidade, baseado em um vislumbre da possibilidade indenizatória abrangendo prejuízos surgidos pela restrição na utilização do bem, convém interpretar, que dentre os casos concretos de requisição de compensação pela onerosidade

¹⁵² ALVES, Renata Martins de Carvalho. *Tombamento – um novo enfoque*. 2008, p. 17. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/TOMBAMENTOUMNOVOENFOQUE.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

¹⁵³ “ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO ÁREA SERRA DO MAR - INDENIZAÇÃO - REVISÃO OU REAVALIAÇÃO DA PROVA - OMISSÃO DO TRIBUNAL. 1. A jurisprudência desta Turma, bem assim da Primeira Turma, é no sentido de admitir indenização de área tombada, quando do ato restritivo de utilização da propriedade resulta prejuízo para o dominus. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401264 SP 2001/0191502-0. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 5 set. 2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/283802/recurso-especial-resp-401264-sp-2001-0191502-0>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

das limitações conformadas pelo tombamento, o mesmo Tribunal Superior em várias ocasiões vincula uma possível indenização ao esvaziamento econômico do bem tombado.

Dada essa interpretação restrita à conferência de um caráter econômico ao dano indenizável ocasionado pela restrição imposta pelo tombamento, apesar de ser uma variável a ser considerada, a mesma destoa das restrições na utilização do bem tombado. Fato que novamente sustenta o modo disperso e imprevisível propiciado pela falta de respaldo normativo.

Nesse sentido, concretando o referido pendore pela ausência de uniformidade nos julgamentos direcionados a resolução de demandas assentes na possibilidade indenizatória de um particular prejudicado pelo tombamento do seu bem, restando cada decisão restrita unicamente a um determinado caso em concreto, algumas jurisprudências negam o pedido de indenização, por considerar que tal afetação econômica não foi constatada¹⁵⁴.

Desse modo, insta agora correlacionar mais diretamente o citado contexto aos casos de abandono de bens imóveis tombados em todo o Brasil. O que aparenta, tomando a ausência de previsão legal no sentido de socorrer o proprietário de um bem que após o tombamento se sinta demasiadamente prejudicado, é que tal contexto colabora em certo grau para a insatisfação desse particular, que propositadamente pode acabar agindo em desconformidade com os deveres de manutenção e zelo para com o imóvel tombado.

Assim, pode-se afirmar categoricamente que tal lacuna legal coaduna em um tratamento primitivo, de uma vertente importante para equilibrar a inerente relação entre os interesses públicos e particulares que circundam a proteção do patrimônio cultural. O que em certa medida, poderia apaziguar descontentamentos do pólo privado em relação à política de acautelamento, o que direta ou indiretamente pode influir na opção íntima de abandonar aquele bem para a sua degradação.

Apesar dessas constatações se evidenciarem da análise do ordenamento jurídico responsável pela proteção do patrimônio cultural no Brasil, é importante apontar, até mesmo como sugestão de um modelo ideal, que outros países tipificaram expressamente a

¹⁵⁴ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU AUSENTES OS PRESSUPOSTOS PARA A INDENIZAÇÃO PLEITEADA. INEXISTÊNCIA DA SUPRESSÃO DO VALOR ECONÔMICO DO BEM. (...) o Tribunal a quo, valendo-se das perícias apresentadas, deixou explícito que a área que sofreu tombamento, rectius, limitação administrativa, não teve esvaziamento de seu valor econômico. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 757673 SP 2005/0094709-0. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 9 maio 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7159616/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-757673-sp-2005-0094709-0-stj>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

possibilidade de que institutos análogos ao tombamento, ao restringir ou limitar um proprietário privado em excesso, podem vir a legitimar uma indenização de cunho compensatório. Apontamento que justifica a importância de trazer as determinações legais portuguesas, no que concerne a esse mero vislumbre hipotético no abranger brasileiro.

5.1.1 – A indenização pelo sacrifício como via capaz de equilibrar possíveis desproporções causadas pela classificação de bens culturais portugueses

Conforme visto no caso brasileiro, a possibilidade indenizatória do proprietário de um bem tombado que se sinta prejudicado pelo método restritivo que este impõe, encontra-se assente em uma mera pretensão não tipificada em lei. Logo, não se trata de um instituto propriamente dito, o que conseqüentemente congrega uma série de incertezas quanto aos critérios que a poderiam justificar.

Junto a isso, a ausência normativa de tal possibilidade indenizatória relega suas afetações à jurisprudência, e principalmente ao particular que venha a sofrer um determinado prejuízo gerado pelo tombamento do seu bem. A este restará tentar a sorte em um pleito jurisdicional que se pautará pela discricionariedade ampla do magistrado, uma vez reste este desamparado de aspectos legais.

Muito diferente do analisado contexto nacional é o que se observa na legislação portuguesa de proteção ao patrimônio cultural. Convém adiantar, tomada a prévia análise de antiguidade do Decreto-Lei nº 25 de 1937 e a carência de inovação da legislação mais recente, a exemplo da própria Constituição Federal de 1988, que a mesma não se eximiu de atualizar e rever o seu aporte normativo direcionado à matéria, valendo destacar a atualidade das disposições constantes na Lei de Bases do Património Cultural Português de 2001.

Veja que a LPC portuguesa, Lei nº 107/2001, em seu artigo 20º, d¹⁵⁵, menciona expressamente a possibilidade de um direito à indenização originado por afetações advindas da classificação. Instituto que, guardadas algumas poucas distinções, tem a sua

¹⁵⁵ “Artigo 20º Os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados ou inventariados gozam, entre outros, dos seguintes direitos específicos: [...] d) O direito a uma indemnização sempre que do acto de classificação resultar uma proibição ou uma restrição grave à utilização habitualmente dada ao bem;”. PORTUGAL. Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, nº 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

instrumentalidade e objetivos análogos ao do tombamento, portanto, comporta as mesmas nuances que afetam a dinâmica protetiva do patrimônio cultural.

Apesar da importância desse artigo, mormente formalize a viabilidade de que proprietários de bens classificados podem vir a ser indenizados, devido ao grau de restrições a si imputadas, cumpre mencionar ainda, que tal previsão não satisfaz por completo o intuito do legislador em equilibrar possíveis desproporções nesse sentido.

Desse modo, destaca-se que o mencionado dispositivo legal não se exime de algumas dúvidas inerentes. São exemplos, a abrangência que se deve conferir a atribuição de uma gravidade como ensejadora dessa indenização, bem como, qual seria o meio viável para pleitear a mesma, uma vez ausente qualquer remissão procedimental.

Aparentemente ciente de que a matéria ainda suscitava algumas dúvidas e questionamentos, interessante apontar que o legislador posteriormente se manifestou. Mais especificamente no Decreto-Lei nº 309/2009, o qual veio para estabelecer os ditames procedimentais da classificação de bens imóveis, conferiu-se um meio adequado e uniforme para os casos passíveis de indenização, conforme discorre em seu artigo 71^o¹⁵⁶.

Assim, sob a ótica saneadora de controvérsias, o legislador optou por efetuar um direcionamento expresso a Lei e ao dispositivo cabível para uma possível indenização de prejuízos advindos do ato classificatório de bens imóveis. Para tanto, aponta como legítimo o instituto da indenização pelo sacrifício, o qual se encontra previsto no artigo 16º da Lei nº 67/2007¹⁵⁷ que trata do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

¹⁵⁶ “Artigo 71º Os prejuízos decorrentes de servidões administrativas ou de outras restrições resultantes da aplicação do presente decreto-lei são indemnizáveis nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.”. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 309, de 23 de outubro de 2009. Estabelece o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime das zonas de protecção e do plano de pormenor de salvaguarda. *Diário da República*, nº 206, Série I, 23 out. 2009. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1574&tabela=leis>. Acesso em: 22 jan. 2016.

¹⁵⁷ Veja as determinações do referido dispositivo legal, que em título próprio dentro da mencionada Lei, em seu artigo 16º, abarca a denominada indenização pelo sacrifício: “O estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.” PORTUGAL. Lei nº 67, de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas. *Diário da República*, nº 209, Série I, 31 dez. 2007. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Por conseguinte, agora se está diante de um dever indenizatório em termos amplos¹⁵⁸, com viabilidade de aplicação aos casos advindos de danos ou prejuízos oriundos da classificação por intermédio de remição direta. Ademais, a mesma Lei traz em seu artigo 2º¹⁵⁹, previsão delimitadora do caracterizar de um dano como anormal ou especial, definições necessárias para a graduação dos prejuízos ou encargos que podem ser imputados a um particular por ocasião de uma demanda fundada no interesse público, requisito que se mostra indispensável para viabilizar uma indenização.

Questão de suma importância, uma vez que, ao criar parâmetros de afetação dos prejuízos e encargos impostos pela administração pública, pontuando ainda pelo requisito da gravidade, corrobora o caráter excepcional do evento danoso viabilizador de uma indenização pelo sacrifício imposto pela classificação. Assim, como foi mencionado, não considera os deveres ordinários que daí emana, conforme a necessidade de manutenção e resguarda do bem imóvel classificado.

Posto isso, insta deixar claro os preceitos básicos que margeiam a denominada indenização pelo sacrifício. Como ficará evidenciado, o referido instituto muito pode auxiliar no equilibrar de interesses públicos e privados no tocante ao acautelamento cultural.

Convém partir do seu cerne fundamentador, assente na constatação de que um determinado agir estatal concretado pela necessidade de atender a coletividade pode vir a ocasionar certos prejuízos ou encargos a direitos individuais. Nesse contexto, tomando que tais afetações negativas (anormais ou especiais) adviriam de práticas estatais lícitas, a indenização pelo sacrifício surgiria como meio capacitado a propiciar uma viabilidade compensatória.

Em resumo, a administração pública dentro das suas atribuições, portanto licitamente, age envolta por uma legitimidade finalística fundamentada na busca pelo concretizar de um interesse público, assim imputando determinados encargos ou prejuízos aos particulares, razão pela qual, assume a possibilidade de arcar com um dever

¹⁵⁸ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 300.

¹⁵⁹ “Artigo 2º Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.”. PORTUGAL. Lei nº 67, de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas. *Diário da República*, nº 209, Série I, 31 dez. 2007. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

indenizatório¹⁶⁰. Com efeito, como pode ser aferido de imediato, a indenização pelo sacrifício circunscreve um âmbito singular de exasperação da possibilidade de compelir uma necessidade indenizatória ao Estado.

Apesar de inegável o fato de que em certo grau algumas questões restariam adstritas ao julgo discricionário do magistrado, principalmente na ponderação equitativa do valor a ser indenizado, ou seja, na proporção compatível com o direito ou interesse violado ou sacrificado¹⁶¹, é de suma importância constatar que o mesmo restará balizado por preceitos especificados em lei.

Concluindo, não obstante tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não terem assumido a expressão “indenização pelo sacrifício” no caso brasileiro, tem-se que as fontes normativas direcionadas ao patrimônio cultural são omissas acerca do vislumbre indenizatório para um proprietário de bem tombado. Em direção oposta, além da LPC ter fixado a possibilidade indenizatória de prejuízos que possam insurgir da classificação, o simples fato do legislador também ter clarificado a temática, quer seja pela condução do pleito indenizatório surgido por esses liames a um instituto individualizado, já demonstra um zelo diferenciado pela matéria.

Logo, foi analisado um primeiro instituto capaz de influir na temática do presente estudo, podendo em determinados casos evitar ou mitigar a vontade de que um proprietário de imóvel tombado possa optar pela ruína do mesmo, mormente considere estar prejudicado em excesso. No próximo item, será destacada uma outra hipótese plausível de ocasionar efeitos práticos nos casos concretos de abandono de imóveis tombados, lembrando que, trata-se de uma questão subjetiva e complexa, que por isso mesmo não possui uma resposta única, mas sim um conjunto de hipóteses associadas.

5.2 – O EQUILÍBRIO ASSENTE NO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO

Outro meio interessante e que de certo modo poderia contribuir direta ou indiretamente para a diminuição dos casos de abandonos e descasos com bens imóveis tombados, reside na tipificação de um regime tributário diferenciado para os proprietários de bens sujeitos as nuances do tombamento.

¹⁶⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 300.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 67.

Nesse contexto, o que insurge como plausível, novamente pregando pela necessidade de equilibrar as restrições e limitações do tombamento com as prerrogativas intrínsecas a propriedade do particular detentor daquele bem, é que certas previsões amortizadoras de impostos poderiam incentivar a devida manutenção e conservação de um bem imóvel tombado. Apontamento que, pode tornar um objeto cultural menos suscetível a qualquer modalidade de descaso do seu proprietário, a exemplo do abandono proposital.

Um exemplo brasileiro muito comum de compensação concedida em ordem tributária, se conforma na isenção do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU para o proprietário de um bem imóvel tombado.

Apesar disso, mesmo sendo uma questão muito utilizada na prática, urge considerar que, a exemplo de algumas considerações já tratadas no âmbito das previsões direcionadas a proteção do patrimônio cultural, tal temática não exaspera unanimidade em termos nacionais. Dificuldade que em um país de grandes proporções como o Brasil, acaba por possibilitar a observância de uma gama de tratamentos diferentes aos proprietários que igualmente se encontram sujeitos aos deveres advindos do tombamento.

Ocorre que, não sendo tal possibilidade de isenção de impostos como o IPTU prevista nas fontes normativas básicas da matéria, a exemplo da Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei nº 25 de 1937, o Estatuto da Cidade¹⁶² e o Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966), a incumbência da sua tipificação resta restrita as particularidades dos ordenamentos jurídicos municipais, o que contribui para um alto índice de tratamento desigual para o assunto.

Veja no tocante a essa variabilidade propiciada pela autonomia dos municípios de versarem acerca da questão, que grandes diferenças podem surgir para aqueles que possuem um bem imóvel tombado. No caso do IPTU diferenciado, facilmente se observa municípios que não o concedem, o concedem em parte ou podem fornecer isenção total do mesmo.

Novamente, não é necessário ir longe em busca de comprovação empírica da afirmada variabilidade de tratamentos. Basta considerar que a referida incongruência de

¹⁶² O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001, até menciona a referida possibilidade de aplicação diferenciada de tributos sobre imóveis urbanos. Entretanto, o mesmo não chega a especificar em que matérias ou em que termos seria cabível, limitando-se a apontar no artigo 47 que “Os tributos sobre imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social.”. BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

município para município pode ser observada dentro do mesmo Estado da federação, a exemplo da situação desigual que envolve a cidade de Petrópolis e a cidade do Rio de Janeiro.

Aponta-se nesse trilhar, que o Decreto municipal nº 395 de 11 de julho de 2002, o qual estabelece a Legislação Tributária do Município de Petrópolis, discorre em seu artigo 177, §2º, b, que o imposto predial que recair sobre imóveis tombados pelo município contará com uma redução de 50% do seu valor¹⁶³. Previsão que é reiterada pelo artigo 148 da Lei Orgânica Municipal de 10 de outubro de 2012¹⁶⁴.

Em contrapartida, ao se recorrer às previsões constantes na legislação do município do Rio de Janeiro, o que observa é a possibilidade de obtenção da completa isenção do referido imposto predial urbano. Informe que se encontra expressamente fixado pelo artigo 3º, §1º, do Decreto nº 28.247 de 30 de julho de 2007, o qual vincula tal benefício ao respeito às incumbências legais que conectam o proprietário com a conservação de um imóvel¹⁶⁵.

A problemática que insurge dessa inexatidão, é que proprietários de bens tombados acabam sujeitos a tratamentos diferenciados a depender das previsões municipais que o

¹⁶³ Estabelece o referido dispositivo: “Art. 177. O imposto será cobrado na base de 1% (um por cento) sobre o valor venal do imóvel. § 2º O Imposto Predial será cobrado com redução de 50% (cinquenta por cento) quando incidir sobre: b) prédios tombados pelo Município de interesse histórico, cultural ou de preservação artística, assim reconhecidos pelo órgão municipal competente, com observância da legislação específica, desde que respeitadas as características originais do prédio e que se encontrem e sejam mantidos em bom estado de conservação, de acordo com parecer do Conselho Municipal de Cultura e Tombamento Histórico, Cultural e Artístico, ou órgão colegiado e participativo que vier a sucedê-lo;”. PETRÓPOLIS. Decreto nº 395, de 11 de julho de 2002. Consolida, para os efeitos do Artigo 36, par. 4º, da Lei Orgânica, a Legislação Tributária do Município de Petrópolis. *Diário Oficial do Município de Petrópolis*, Petrópolis, 12 jul. 2002. Disponível em: <www.petropolis.rj.gov.br/pmp/downloads/Outros/ctm_petropolis.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁶⁴ Vide o seguinte artigo: “Art. 148 O Município estimulará, através de mecanismos legais, os empreendimentos privados que se voltem à preservação e restauração do patrimônio cultural e histórico. § 1º O Município concederá na forma da Lei, estímulos aos proprietários de bens culturais tombados, que atendam às recomendações de preservação patrimonial.”. PETRÓPOLIS. *Lei Orgânica do Município de Petrópolis promulgada em 10 de outubro de 2012*. Petrópolis, 2012. Disponível em: <<http://www.petropolis.rj.gov.br/e-gov/spe/bdgg/LO.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁶⁵ Cita-se nesse sentido: “Art. 3º Os contribuintes do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana poderão obter isenção do Imposto incidente sobre os imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico, ou de preservação paisagística ou ambiental, assim reconhecidos pelo órgão municipal competente, desde que respeitadas as características do imóvel, observada a legislação específica. § 1º No caso de imóvel, ou edificação que componha grupo de edifícios, de interesse histórico, cultural, ou de preservação paisagística, a isenção será reconhecida somente para aqueles que estiverem em bom estado de conservação e com suas características arquitetônicas e decorativas relevantes respeitadas, a critério do órgão competente.”. RIO DE JANEIRO, Decreto nº 28.247, de 30 de julho de 2007. Consolida os procedimentos para o reconhecimento das isenções tributárias relativas aos imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico ou de preservação paisagística ou ambiental, e dá outras providências. *Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro*, 31 jul. 2007. Disponível em: <<http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/incentivo.shtm>>. Acesso em: 27 out. 2016.

vinculam. Questão extremamente prejudicial na prática, bastando lembrar que o Imposto Predial Territorial Urbano utiliza o valor venal do imóvel como base de cálculo.

Retomando o exemplo de Petrópolis, onde grande parte dos imóveis tombados são casarões situados no centro da cidade, o que se observa é um valor exorbitante de impostos devidos a título de IPTU. Desse modo, mesmo considerando a redução de 50% prevista, pode haver o desincentivo ou inviabilidade de que o proprietário de um imóvel tombado que se encontre em dificuldades financeiras, possa vir a alocar recursos para a manutenção do mesmo¹⁶⁶. O que em alguns casos pode ocasionar os aduzidos abandonos.

Muito diferente se observa nas disposições portuguesas quanto aos incentivos e benefícios fiscais que podem vir a ser usufruídos pelos proprietários de bens culturais classificados. Ao contrário do Decreto-Lei brasileiro nº 25 de 1937, a LPC nº 107/2001 faz amplas referências sobre essa possibilidade.

Destaca-se que a LPC não se limitou a menção feita no já transcrito artigo 8º, o qual versa sobre o princípio da colaboração entre a Administração Pública e os particulares. A mesma trata dos benefícios e incentivos fiscais em título próprio, mencionando ainda a isenção de emolumentos registrais e notariais e o acesso facilitado ao crédito que visa promover a devida conservação ou restauração do bem classificado¹⁶⁷.

Ademais, convém citar ainda as disposições do Estatuto dos Benefícios Fiscais português, Decreto-Lei nº 215/1989 de 1 de julho, com destaque para os delineamentos do artigo 44º, 1, n, o qual faz referência expressa ao caráter isento dos imóveis classificados frente aos impostos municipais sobre imóveis¹⁶⁸.

Suscitadas as considerações anteriores, mormente tenha predominado a defesa de que tais previsões tributárias especiais devem originar de uma repercussão normativa uniforme, perfaz ainda examinar qual deve ser a real abrangência desses benefícios fiscais.

O questionamento que subsiste, mesmo considerando que um proprietário de bem cultural tutelado age em conformidade com as previsões legais que o balizam, remonta a

¹⁶⁶ Em um sentido amplo, veja que o contexto que circunda as dinâmicas acessórias do tombamento, inclusive em termos de assessoramento fiscal, deveria integrar o próprio conceito do mesmo. MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?*: A questão dos bens culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997.

¹⁶⁷ Para mais detalhes, veja os artigos 97º, 98º e 99º da LPC de 2001.

¹⁶⁸ Discorre o mencionado dispositivo: “1 - Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis: n) Os prédios classificados como monumentos nacionais e os prédios individualmente classificados como de interesse público ou de interesse municipal, nos termos da legislação aplicável.”. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 215, de 1 de julho de 1989. Aprova o estatuto dos benefícios fiscais e altera os Códigos de IRS e de IRC. *Diário da República*, nº 149, Série I, 01 jul. 1989. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/37512/decreto-lei-215-89-de-1-de-julho>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

incongruência de se prover incentivos tributários a um proprietário que não se encontra onerado em excesso. Pelo menos não a ponto de a manutenção do seu imóvel ocasionar-lhe um desequilíbrio financeiro capaz de afetar as suas responsabilidades como contribuinte.

Perfaz destacar, que essa linha de raciocínio crítico também é plenamente aplicável ao caso português. Aponta-se nesse direcionamento, o fato de que, apesar do ordenamento jurídico português fixar tais benefícios fiscais em sede normativa comum, a exemplo da LPC, o mesmo não se elide de um caráter atributivo amplo e indiscriminado.

No referido contexto existente, com o predomínio de atribuições genéricas e gratuitas de benefícios, não parece difícil vislumbrar que em certos casos tal modelo pode culminar em um verdadeiro enriquecimento sem causa às expensas da administração pública¹⁶⁹. Opção que também não é suficiente para garantir que o apoio público realmente se reverteria em prol do bem cultural protegido.

Nesse viés, abre-se um precedente prejudicial para os proprietários que realmente se encontram em dificuldades de arcar com os encargos fiscais oriundos da realidade protetiva de um bem cultural tombado/classificado. Afirma-se para tanto, que partindo da determinação de que todas as propriedades imobiliárias tuteladas possuem direito a um desconto tributário, não seriam assimiladas as dificuldades práticas de cada caso.

Por essa modalidade, gasta-se mais, mas sem foco. Ao invés de garantir o auxílio para alguns poucos proprietários com dificuldades comprovadas, ainda que tal assistência comporte 100% dos impostos incidentes na propriedade, equivocadamente se direciona recursos públicos a todos os proprietários de maneira ampla e garantista. Comportando todos sem distinção, até mesmo os que dispõem de uma situação financeira demasiadamente confortável serão beneficiados.

Ademais, quando não se trata de casos de reconstrução ou restauração, um patamar ideal de cuidado e periodicidade na conservação de bens imóveis, ainda que antigos, não chega a ser muito diferente do que tradicionalmente se espera da manutenção de outros bens não tutelados. Com efeito, até um certo patamar de intervenção, tal zelo é uma prerrogativa

¹⁶⁹ Acerca desse aspecto, comporta trazer os ensinamentos de José Casalta Nabais, especialmente ao considerar que a classificação de bens culturais portugueses pode ocasionar dois tipos de externalidades no âmbito da capacidade contributiva. Um primeiro tipo seria uma *externalidade negativa*, portanto prejudicial a capacidade contributiva, justificando-se então alguma ordem de benefício fiscal. Já o segundo tipo, o das *externalidades positivas*, além de não haver uma queda da capacidade contributiva, não raro se constata que bens culturais classificados geram justamente o efeito de incrementar a capacidade contributiva. Fato que por si só, afastaria qualquer justificativa por prover benefícios aos seus proprietários. NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 84 e 85.

que deve ser tida como inerente à propriedade, independente da questão cultural. Não deve ser classificado como excepcionalmente encarregado um particular que age para preservar a integridade básica das suas próprias posses.

Aduzidos tais parâmetros, retornando ao exemplo anterior, não é surpresa que municípios com uma grande quantidade de imóveis ou áreas tombadas como Petrópolis, lembrando ainda da sua economia amplamente dependente do turismo, acabam por não prever uma possibilidade de isenção completa do IPTU. Tal fato certamente acarretaria sérios problemas na arrecadação municipal.

Portanto, defender a concessão de incentivos e benefícios tributários anteriores a sua própria necessidade, seria o mesmo que assumir de antemão que a política de acautelamento é em si um ônus, algo intrinsecamente indesejável. Desse modo, insta concluir que o defendido posicionamento pela uniformidade normativa da atribuição de incentivos tributários aos proprietários de bens tombados, não comporta a sustentação de que a mesma deve ser ampla e irrestrita a todos os casos sujeitos à política de proteção do patrimônio cultural.

Assim, resta tão somente o apontamento de que em decorrência da gravidade do caso em concreto, seja em termos da incapacidade financeira do pólo privado em proceder a manutenção preventiva e ao mesmo tempo arcar com a carga tributária vinculada ao seu bem tombado, deve ser possível o recurso a tal benefício fiscal de maneira idêntica àqueles que se encontrem em situações análogas.

Dito isso, a própria delimitação quantitativa em termos de concessão tributária parece equivocada. Apesar de ser premente uma tributação variável capaz de ser adequada a cada caso em concreto, a mesma deve fixar como regra geral uma afetação que destoe do normalmente atribuído a um proprietário ordinário. Do contrário, corre-se o risco das mencionadas injustiças que podem surgir do contexto de garantia ampla, atinjam não apenas o abranger de um proprietário de bem tombado frente aos outros, mas também deste para com os demais contribuintes¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cumpre ainda acrescentar, que tal contexto faz direta menção ao denominado princípio da sustentabilidade e as suas subdivisões. Em resumo, o mesmo postula a necessidade de haver um equilíbrio entre as variáveis financeiras que ocupam a situação do bem tutelado, quer seja no auxílio financeiro prestado pelo Estado, quer nas possibilidades de implementação de uma gestão autossuficiente para os mesmos, de modo que no final o contribuinte não acabe sendo o onerado por esse processo. NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural*. Coimbra: Lições proferidas nas Provas de Agregação em Direito Público decorridas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 30 e 31 maio 2013. P.27.

Logo, o ideal enquadramento da analisada hipótese compensatória dos encargos advindos para um proprietário particular por ocasião do tombamento do seu bem, reside primeiramente na necessidade de se fixar claramente no âmbito nacional brasileiro, um aporte jurídico que uniformemente preveja a possibilidade de recurso a benefícios de cunho tributário.

Em segundo lugar, fixou-se como desejável, seja para a realidade brasileira ou portuguesa, que tal aspecto concessivo seja controlado, restrito tão somente aos casos de premente incapacidade contributiva do proprietário de um bem tombado ou classificado. Logicamente, na medida em que este forneça como contrapartida a devida manutenção do objeto cultural.

Em resumo, novamente se insiste na necessidade de fomentar um equilíbrio entre os interesses públicos e privados em atrito. Assim, quanto menos insatisfeito os particulares estiverem frente as restrições e limitações que lhe são impostas, maior será o seu comprometimento com as prerrogativas do acautelamento cultural.

Na sequência, o próximo tópico versará sobre mais um fator relacionado com o contexto de balanceamento que agora se aduz. Conforme se passará a discorrer, um viés específico do instituto da desapropriação/expropriação, pode traduzir-se em uma fonte capaz de fazer cessar uma insatisfação de um proprietário de imóvel tombado com a situação constritiva que lhe é imposta.

5.3 – A DESAPROPRIAÇÃO/EXPROPRIAÇÃO A PEDIDO DO PARTICULAR PROPRIETÁRIO DE UM BEM IMÓVEL TOMBADO/CLASSIFICADO

Tradicionalmente não existem contestações no sentido de que é facultado à administração pública pleitear a desapropriação/expropriação de um determinado bem para fins de necessidade pública, utilidade pública ou por interesse social¹⁷¹. Por esse abranger, a preservação do patrimônio cultural se encontra claramente como uma das suas causas de justificação.

Situando a proteção do patrimônio cultural como fator vinculável a uma desapropriação fundada na utilidade pública, o Decreto-Lei brasileiro n° 3.365 de 21 de

¹⁷¹ Assim estabelece o inciso XXIV do artigo 5° da CRFB de 1988.

junho de 1941, não deixa margens ao elencar a vertente protetiva que agora interessa como um dos casos sujeitos a sua tutela¹⁷².

O mesmo pendor já se observava no próprio cerne do Decreto-Lei nº 25 de 1937. No já transcrito artigo 19, §1º, aponta que havendo o proprietário de um bem tombado comunicado ao órgão competente que não dispõe de meios financeiros suficientes para arcar com a sua devida manutenção, cabe a administração pública os esforços de executar as obras de conservação e reparação ou optar pela desapropriação do referido bem tombado.

Ocorre que, a problemática que novamente se consolida por intermédio de uma carência na legislação que versa sobre o patrimônio cultural brasileiro, diz respeito a impossibilidade de que os proprietários insatisfeitos com as limitações e restrições impostas pelo tombamento do seu bem imóvel, possam vir a pleitear a desapropriação dos mesmos. Em outras palavras, sendo possível que o poder público opte a qualquer hora por desapropriar um bem para fins de utilidade pública na preservação do patrimônio cultural, soa incoerente que o particular proprietário de um bem tombado também não possa requerer a realização da mesma.

Apesar de aparentar forçoso o que se sugere, basta considerar um exemplo prático de tal vislumbre, imaginando o caso de uma pessoa despreparada física ou emocionalmente que acaba se acomodando em um assento junto à saída de emergência de uma aeronave. Por essa razão, lhe é garantida a oportunidade de se considerar incapaz, caso assim reste necessário, de agir segundo os protocolos emergenciais previstos.

Trazendo para o caso em análise, nada mais razoável do que o particular gozar do direito de se sentir apto ou não para proceder segundo a incumbência que lhe recai, qual seja, a de zelar pela conservação e preservação do bem imóvel tombado. Ademais, pontuar nesse sentido não perfaz simplesmente aduzir à incapacidade financeira em manter o imóvel tombado. É igualmente conveniente afirmar, que muitos danos são causados pela total falta de interesse do pólo privado em agir segundo a necessidade de fazer perdurar o patrimônio cultural para o usufruto da sociedade.

¹⁷² Dispõe nesse sentido: “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;”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 14427, 18 jul. 1941.

Mais uma vez em avanço sobre as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro, que como se falou peca em prever vários aspectos acessórios ao instituto do tombamento, a realidade normativa portuguesa difere. Vale exaltar novamente o pendor pela exaustividade que balizou o legislador da LPC n° 107/2001, que por intermédio de duas menções expressas, determina que os proprietários gozam do direito especial de requerer a expropriação dos seus bens^{173, 174}.

Desse modo, ainda que a questão desapropriatória não diga respeito diretamente aos casos de abandonos de imóveis tombados, é incontestável que a previsão da viabilidade de um proprietário particular pedir a sua desvinculação do seu imóvel tombado, surtiria um efeito incisivo no contexto em apreço.

Assim, questões como a inadequação das limitações e restrições impostas pelo tombamento com a destinação previamente conferida ao bem, contariam com uma instrumentalidade para resolução definitiva da demanda. Opção que pode vir a ser muito mais efetiva do que uma simples conferência de indenização compensatória, ponto anteriormente discutido, pois poria termo a qualquer insatisfação capaz de justificar o abandono ou lesão ao patrimônio cultural a ser protegido.

Em conclusão, nada mais democrático do que fornecer a hipótese da escolha ao proprietário que não se sinta capaz ou não queira assumir uma responsabilidade perante a proteção do patrimônio cultural e a coletividade que a este se vincula. Logo, tal viabilidade¹⁷⁵, poderia encerrar muitas demandas contra os que agem em detrimento da cultura brasileira.

O último item do presente capítulo se pautará nos liames da responsabilidade civil para a resolução de casos envolvendo danos ou prejuízos ocasionados ao patrimônio

¹⁷³ Vide os artigos 20º, e, e 50º, 1, c, os quais informam respectivamente: “Artigo 20º - Direitos especiais dos detentores e) O direito de requerer a expropriação, desde que a lei o preveja.”; “Artigo 50º - Expropriação 1 - Ouvidos os interessados e os órgãos consultivos competentes, pode a administração do património cultural promover a expropriação dos bens imóveis classificados nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, nos seguintes casos: c) Quando a expropriação tiver sido requerida pelo interessado.”. PORTUGAL. Lei n° 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, n° 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁷⁴ Cumpre mencionar que o Decreto-Lei n° 13/1985, antecessor da atual LPC de 2001, ainda que em outras palavras, já fazia menção à referida possibilidade de expropriação por iniciativa do proprietário do bem em seu artigo 54º.

¹⁷⁵ Por lógico, normatizar uma previsão nesse sentido, não confere atribuir o status de obrigatoriedade para desapropriar um determinado bem. Existem diversos outros fatores envolvidos, dentre os quais se destaca a necessidade de observar a própria disponibilidade financeira da administração pública.

cultural. Cumprirá anotar quais são as diferenças entre o tratamento conferido ao poder público e ao particular proprietário de um bem tombado/classificado, especialmente no que toca a consideração de que tais distinções podem de alguma maneira incidir em uma mitigação da responsabilidade atribuível aos últimos, gerando assim um pendor de impunidade capaz de justificar os inúmeros casos de abandono de imóveis tombados.

5.4 – O MODELO ADOTADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA OS CASOS ENVOLVENDO DANOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Inicialmente, cumpre tecer algumas breves considerações acerca da construção histórica da responsabilidade civil, especialmente no que se refere a sua vertente extracontratual do Estado. Fator que se faz necessário em virtude da relação em apreciação, qual seja, a de que as prerrogativas do acautelamento do patrimônio cultural suscitam uma gerência mista entre a administração pública e os particulares.

Da mesma forma, reluz incoerente não aferir as nuances que circundam a denominada responsabilidade objetiva, pois como buscar-se-á corroborar, a modalidade de imputação apartada do elemento culpa comporta certos aspectos que suscitam uma gama de discordâncias por parte da doutrina¹⁷⁶, principalmente dos desenvolvimentos portugueses na matéria. Conforme será destacado, os mesmos muito diferem da perspectiva brasileira, não pelo fato do legislador brasileiro quedar-se inerte, mas sim por uma questão unicamente da opção por seguir caminhos diferentes.

Portanto, conforme será clarificado na sequência, a análise desses pontos diferentes¹⁷⁷ se faz de extrema importância para um melhor entendimento da dinâmica que ambienta essa perspectiva, agora assente na alusão comparativa entre a compatibilização da proteção do patrimônio cultural e a responsabilidade civil no Brasil e em Portugal.

Ademais, torna-se latente a constatação de que a responsabilidade civil constitui um ramo do direito revestido por uma dinamicidade inerente. Sempre em transformação, as

¹⁷⁶ São muitas as vozes discordantes da propagação do fenômeno denominado objetivação da responsabilidade civil.

¹⁷⁷ Apesar de serem duas questões submetidas a responsabilidade civil, a priori são duas vertentes bem diferentes que podem guardar ou não relação em um determinado momento. Afirma-se para tanto, que a responsabilidade do Estado enforma um pólo em que podem ser atribuídas responsabilidades, quer seja gerando um dever de indenizar. Já no tocante a responsabilidade ser objetiva ou subjetiva, diz respeito tão somente a forma com que essa conferência atributiva se dará, mediante a averiguação do elemento culpa ou não.

suas conceituações e âmbitos de aplicação variam respondendo diretamente aos anseios sociais de sua época.

Grande ilustrar dessa prerrogativa se traduz no apontamento de que a responsabilidade civil remonta suas origens para tempos anteriores a sua observância como instituto autônomo de direito. Segundo os ensinamentos de A. Santos Justo, em termos primitivos a responsabilidade civil esboçava-se em um contexto de vingança coletiva, antes mesmo de qualquer regulação estatal¹⁷⁸.

De forma mais clara, o que se preceitua mutável e de constante adaptação interpretativa na responsabilidade civil não diz muito respeito a necessidade de reparação do dano causado injustamente. Tal aferição não se traduz em grandes problemáticas, já que a noção de responsabilização é indissociável da consciência coletiva e da vida em sociedade.

Assim, resta assumir que a variabilidade que interessa, encontra-se situada na maneira com que o dano causado é reparado e a quem este pode ser imputado, questões que justificam a importância dos delineamentos a serem considerados nos dois próximos subitens.

5.4.1 – Aspectos informadores da responsabilidade civil extracontratual do Estado

Apesar de aludido que a responsabilidade civil de modo geral não é uma vertente legal de remonte moderno, ao se considerar especificamente a responsabilidade civil do Estado, constata-se o contrário. Conforme direciona António Menezes Cordeiro no tocante ao momento de insurgência do viés responsabilizador do Estado, afere-se que o mesmo, como fenômeno constatável, é relativamente recente¹⁷⁹.

A questão que se prega, justificando tal advento tardio da responsabilidade estatal, se conforma principalmente na ideia dominante inicial de irresponsabilidade irrestrita do Estado. Nesse período, predominava a noção de que o agir baseado no interesse coletivo,

¹⁷⁸ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano II*, Direito das Obrigações. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 120.

¹⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes. *A responsabilidade civil do Estado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010, p. 883.

por si só, desoneraria o Estado de responsabilização por ser incapaz de gerar prejuízos¹⁸⁰. Portanto, seria uma espécie de legitimação dos danos ocasionados por este¹⁸¹.

Passado esse primeiro momento de irresponsabilidade ampla do Estado, em seguida se evidencia a consolidação de uma fase intermediária. A responsabilidade adentra na esfera pública, mas sua incidência afeta indiretamente a figura estatal, uma vez que, esta limitava-se à figura do funcionário público¹⁸². Apesar dessa notável mitigação da inatingibilidade estatal, considera-se que inegavelmente o contexto ainda se encontrava longe do ideal¹⁸³.

Na sequência, culminando no ápice da tendência atributiva de responsabilidade civil diretamente ao Estado, a evolução do direito culmina em um terceiro momento, o qual vige atualmente. Agora, o Estado responde diretamente aos anseios sociais, não podendo ser mais negado a sua passibilidade de vir a responder a um dano que por sua ação ou omissão restou configurado.

Assim, conclui-se pela vinculação obrigatória da possibilidade de imputação da responsabilidade civil direta ao Estado com o advento do ideal de Estado Democrático de Direito¹⁸⁴. Conclui-se que sem o mesmo, resta esvaziada a gama de fundamentos viabilizadores de que ações ou omissões estatais possam vir a ser censuradas, por conseguinte, devidamente reparadas.

Desse modo, antes de adentrar nas noções relevantes a este ponto, dando prosseguimento a perspectiva temática centrada nas nuances do patrimônio cultural, onde se dedicará direcionamento as aferições advindas de Brasil e Portugal, cumpre lembrar, conforme considera António Menezes Cordeiro, que a responsabilidade do Estado muito depende da via do direito comparado¹⁸⁵.

Questão que também pontuar-se-á desde logo, a qual compõe uma das grandes problemáticas insurgidas da nova demanda por responsabilização do Estado, observância inegável no âmbito da proteção do patrimônio cultural, reside na dispersão da

¹⁸⁰ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 51.

¹⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. *A responsabilidade civil do Estado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010, p. 884.

¹⁸² Veja por exemplo, que no caso português tal previsão de responsabilidade direcionada ao funcionário público veio a constar na Carta Constitucional de 1822. Questão que foi reiterada no Código de Seabra em 1867.

¹⁸³ CORDEIRO, op. cit., p. 888 e 889.

¹⁸⁴ CARVALHO NETO, op. cit., p. 2.

¹⁸⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 887 e 888, nota 22.

responsabilidade civil do Estado como um todo, a qual dificilmente depara-se com um caráter fundamentador singular¹⁸⁶.

Até o momento, procurou-se tecer alguns breves preceitos históricos acerca das fases de desenvolvimento da responsabilidade civil estatal. Conforme fixado, a presente análise se restringirá nas peculiaridades da relação entre a administração pública e os proprietários de bens culturais abrangidos pelo instituto do tombamento e da classificação em alusão comparativa, Brasil e Portugal respectivamente.

Dito isso, cumpre ainda delimitar certas noções atuais da responsabilidade civil do Estado, cabendo balizar desde logo, que a vertente que agora interessa conforma-se no seu viés extracontratual por omissão.

Quanto as nuances da mesma, destaca-se a passividade comportamental da administração pública, ou seja, a possibilidade de afloramento de danos a partir de uma omissão, fator que congrega algumas variáveis como a inoperância, inércia, inação e a demora¹⁸⁷.

Por sua vez, considerando a abordagem da responsabilidade baseada na omissão, dela decorre uma característica inerente, a qual se conforma na percepção da ilicitude¹⁸⁸. Nesse sentido, fundamenta-se tal preceito no fato de que só pode ser omissor quem detém um dever legal de agir¹⁸⁹.

Ainda acerca do sustentáculo jurídico da responsabilidade civil do Estado, lembrando que se explicitou sua natureza propensa à dispersão normativa, com dificuldades de aferição em fundamentos únicos, convém ressaltar de imediato as contribuições fornecidas pela Lei nº 67/2007 no contexto português. A referida fonte legal versa sobre um regime especificamente elaborado para lidar com a responsabilidade civil

¹⁸⁶ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 186.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 1.

¹⁸⁸ Divergente, portanto, dos delineamentos feitos acerca da viabilidade indenizatória para o proprietário particular que se sinta demasiadamente prejudicado pelos ônus e encargos depositados sobre si pelo tombamento/classificação, sendo tal contexto referente a um recorte de licitude que extrapola parâmetros de razoabilidade.

Fator que não é alterado pela consideração de que a indenização pelo sacrifício exaspera de uma fonte normativa direcionada ao tratamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado, mormente se encontre prevista na Lei nº 67/2007. Pode-se afirmar que tal previsão não constitui uma vertente comumente associada a responsabilidade civil, sendo uma disposição dotada de um elevado grau de atipicidade com o restante das disposições da supracitada Lei.

¹⁸⁹ MOREIRA, Lucas Silva. *A responsabilidade civil extracontratual do estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*. 2014. 97 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 74.

extracontratual do Estado, tratando-se de uma verdadeira exceção a essa natureza dispersa¹⁹⁰.

Faz-se de suma importância destacar o congregar normativo da responsabilidade civil extracontratual do Estado em que a Lei n° 67/2007 se pauta¹⁹¹. Contexto que surge de uma intenção expressa do legislador¹⁹².

No mais, visto que comporta praticamente todas as ocorrências passíveis de responsabilização nessa esfera, a doutrina considera que a citada lei está em plena consonância e propicia total efetividade ao artigo 22° da Constituição Portuguesa de 1976¹⁹³, o qual versa sobre a responsabilidade das entidades públicas¹⁹⁴.

Dito isso, convencendo o exposto em termos comparativos, diferentemente da notável evolução portuguesa, que em muito propiciará um vislumbre ideal para os casos de responsabilidade civil oriundos das relações entre o público e o privado na proteção do patrimônio cultural, infelizmente no Brasil a constatação novamente é oposta.

Ocorre que, excetuando um único dispositivo constitucional brasileiro, ainda não se avançou para a implementação de um suporte normativo direcionado exclusivamente para a responsabilidade civil estatal. Razão pela qual, guardadas as determinações genéricas e pouco incisivas do §6° do artigo 37 da Constituição Federal de 1988¹⁹⁵, mais uma vez o

¹⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *A responsabilidade civil do Estado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010, p. 888.

¹⁹¹ Conforme observado no tópico dedicado a possibilidade de um proprietário particular de bem tombado poder vir a ser indenizado pelos ônus e encargos que passam a lhe recair, a referida fonte normativa realmente surge com o escopo de sanear incertezas. Para tanto, zela por uma visão de exaustividade, mesmo que para isso tenha que prever algumas vertentes que tradicionalmente não remontam a responsabilidade civil, a exemplo claro da considerada indenização pelo sacrifício.

¹⁹² GOMES, Carla Amado. *A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro*. Julgar, Lisboa, n.5, p. 73-98, mai./ago. 2008, p. 75. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-05---maio-agosto---2008>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁹³ “Artigo 22° - O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”. PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁹⁴ GOMES, op. cit., p. 85.

¹⁹⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6° As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

assunto resta limitado às interpretações doutrinárias e jurisprudenciais na busca por maiores esclarecimentos.

Das sucintas contextualizações feitas, certo é que as mesmas serão de grande utilidade para melhor entender os casos de responsabilidade civil advindos de pleitos judiciais originados por danos causados a bens culturais. Como será delineado, mormente informado pela relação estabelecida entre o ente público e a esfera de interesses privados, existem uma gama de interpretações sobre o assunto que acabam fomentando correntes de pensamento divergentes, algumas chegando ao ponto de serem passíveis de pareamento com algumas das fases já superadas de atribuição de responsabilidade ao Estado.

5.4.2 – Considerações acerca da responsabilidade civil objetiva

Dando prosseguimento, o segundo ponto balizador da análise que se dará na sequência, tratará de algumas características do modelo de imputação objetiva da responsabilidade civil. Sob essa ótica, dar-se-á início pela sua historicidade.

Ao contrário do que inicialmente pode parecer, diante do caráter mais recente da preceituação de uma objetivação da responsabilidade civil como fenômeno crescente, considera a doutrina quanto aos primórdios da responsabilidade, que a mesma era tendencialmente objetiva¹⁹⁶. Quando constatado um dano, sua autoria era creditada a um grupo ou a uma coletividade, muitas vezes desconsiderando o indivíduo específico causador do mesmo¹⁹⁷.

Seguindo tal cronologia, tomando o contexto de vingança coletiva como patamar primitivo do conceito de responsabilidade, predominantemente no que se refere aos seus traços de objetividade, aponta-se na sequência um rumar evolutivo baseado em duas vertentes guias: A individualização da responsabilidade e as composições visando evitar as resoluções violentas¹⁹⁸.

¹⁹⁶ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*. Coimbra: Princípia, 2014, p. 11.

¹⁹⁷ Corroborando esse entendimento, António Menezes cordeiro discorre que “Nos inícios, poder-se-ia considerar que proliferavam as situações de responsabilidade objectiva: verificados os pressupostos danosos, todo o clã do responsável ficava em causa, de tal modo que o feito era sofrido (ou podia sê-lo) por pessoas que, com ele, nada tinham a ver”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 591.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 292.

Envolto nessa tendência em consolidação, o caráter objetivo anteriormente aludido progressivamente vai se perdendo, valendo dar destaque como marco determinante o advento da *Lex Aquilia*, a qual se atribui grande relevância na origem do elemento culpa, este tido como um conceito indissociável para a devida reparação de um dano¹⁹⁹.

Cumprido pontuar, que o advento do elemento culpa no referido plebiscito romano, por si só, parece não afastar totalmente o vislumbre de uma objetividade velada²⁰⁰. Tal observância se conforma principalmente com o contexto de afetação entre a culpa e a *Iniuria*, esta que reside em um complexo conceito voltado para a definição de delito²⁰¹, abarcando noções como a ilicitude e a antijuricidade²⁰².

Ademais, apesar do ganho de relevância da pessoalidade no âmbito imputacional da responsabilidade, considera-se que a responsabilidade objetiva não se perdeu por completo²⁰³. Restaram algumas hipóteses de incidência margeadas pela excepcionalidade, principalmente no que concerne a questões relacionadas com responsabilização por fato de terceiros e por perigos gerados na esfera das próprias coisas²⁰⁴.

Suscitadas resumidamente tais aferições iniciais, resta apontar que o recorte histórico determinante para a matéria se traduz no contexto revolucionário da industrialização²⁰⁵, o qual detém pacificamente o status de marco moderno para uma sistematização especificamente voltada para a responsabilidade objetiva^{206, 207}. Pela

¹⁹⁹ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 8.

²⁰⁰ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*. Coimbra: Princípiã, 2014, p. 12.

²⁰¹ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Joanesburgo: Juta & Co. Ltd., 1992, p. 998.

²⁰² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 303.

²⁰³ MIRANDA BARBOSA, op. cit., p. 17.

²⁰⁴ CORDEIRO, op. cit., p. 591.

²⁰⁵ Acerca desse momento marcante, especialmente no que se refere ao novo modelo garantidor trabalhista, muitos autores exaltam as suas contribuições para o instituto da reponsabilidade civil objetiva. Inspirado pelo risco crescente de acidentes, mostra-se importante aduzir aos ensinamentos do caso francês.

Na França, cumprindo ressaltar as contribuições de grandes teóricos focados em viabilizar uma teoria acerca da responsabilidade objetiva, vide os contributos de Raymond Saleilles, cita-se o caso Teffaine como importante exemplo influenciador na matéria. Este possibilitou o surgimento de um precedente ao artigo 1384º do Código de Napoleão ao responsabilizar um empregador pela morte do seu funcionário no decorrer das suas atividades. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 592. e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista RT, São Paulo, ano 95, v.854, p. 11-37, dez. 2006, p.12. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/25150847/2116430929/name/RT_854_risco_solidariedad_e_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

²⁰⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 592.

²⁰⁷ No que condiz às citadas transformações, Fernando Noronha aponta para um triplo fenômeno de incidência no ramo da responsabilidade civil: “O crescimento da responsabilidade civil, devido à revolução

primeira vez a civilização encontra-se diante de uma maximização das hipóteses de responsabilização, principalmente no que se refere ao risco advindo das novas ocupações laborais, agora envoltas pelo contexto fabril urbano.

Antes de adentrar nas questões fundamentadoras desta análise, no que concerne a relação estabelecida entre a responsabilidade civil e a proteção do patrimônio cultural, cumpre fixar um ideal conceitual acerca da responsabilidade objetiva. Logo, perfaz considerar que esta não se limita apenas em considerar uma reparação de danos independentemente da constatação de culpa.

Com efeito, ainda hoje o instituto convive com algumas demandas controversas no seu cerne doutrinal, assim constata-se com a necessidade ou não de observância da ilicitude para fins indenizatórios. No que se refere a esse aspecto, se está defronte uma variável não resumível a um apanhado superficial, a depender de teorias adversas englobando diferentes afetações no âmbito do resultado e da conduta²⁰⁸.

Apesar disso, considerar-se-á de antemão a tendência presente na doutrina portuguesa de dissociar a responsabilidade objetiva de um ilícito²⁰⁹, muito baseado no contexto de risco, onde um potencial perigo não pode ser associado necessariamente a uma ilicitude. Se está assim, diante de um ressarcimento voltado para a gestão de um equilíbrio de interesses^{210, 211}.

Outro ponto relevante a ser mencionado, reside nas teorias e perspectivas que circunscrevem a responsabilidade objetiva, mais especificamente na tipologia do risco capaz de fundamentá-la. Consoante a isso, muito se exalta o denominado risco-proveito²¹², pelo qual se busca um equilíbrio dinâmico através da ponderação entre o perigo intrínseco

industrial, manifesta-se através de um triplo fenômeno, que poderá ser denominado de *expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização*.” NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v.19, n. 37, p. 21-37, 1998, p. 5. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1500>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

²⁰⁸ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*. Coimbra: Princípiã, 2014, p. 61 et seq.

²⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 591.

²¹⁰ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 11.

²¹¹ Conforme será visto, tal afirmativa não encontra o mesmo respaldo na realidade brasileira, mormente esta não direcione o mesmo caráter de excepcionalidade ao modelo de imputação objetiva. Portanto, desde logo pode suscitar uma incongruência de se compatibilizar uma responsabilidade objetiva, tomando está como direcionada a ocorrências lícitas, com a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão, uma vez apontado que a mesma insurge de um contexto de ilicitude onde existia uma premência pelo agir.

²¹² MOURA, Caio Roberto Souto de. *Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil*. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n.2, p. 1-32, 2006, p. 19. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revista_ajufergs_02.asp>. Acesso em: 14 jan. 2016.

a uma determinada atividade, considerando que o ordenamento jurídico não pode desprezá-la²¹³, e os benefícios ou proveitos extraídos pelo titular dessa atividade perigosa no sentido de rentabilidade econômica.

Já uma segunda linha discursiva, considera que o mencionado proveito emanado de atividade potencialmente danosa não mais possui um sentido estritamente econômico²¹⁴. Advoga-se uma evolução rumo a necessidade de proteção de terceiros, tomando estes como hipossuficientes frente a periculosidade danosa de determinadas atividades independentemente da existência de um intuito lucrativo, razão pela qual, se pontua para uma teoria baseada em um risco-criado^{215, 216}.

Dito isso, desde logo pode ser rechaçada uma responsabilidade independente de culpa fundamentada unicamente pela periculosidade de uma determinada atividade. A mesma afere-se insuficiente para viabilizar uma indenização, devendo estar intimamente relacionada com a capacidade de gerar uma determinada vantagem para quem dela se vale²¹⁷.

Corroborando o citado preceito, Sinde Monteiro atribui essa necessidade de fundamentação múltipla do risco a uma questão de justiça distributiva, a qual deve ser entendida pelo contrabalanço entre benefício, quer seja no viés lucrativo ou não, e a potencialidade de uma coisa ou atividade causar prejuízos²¹⁸.

Destaca-se, que desde o advento do risco como fundamento alternativo a uma responsabilização apartada de uma averiguação de culpabilidade, muito se preceitua um

²¹³ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*. Coimbra: Princípia, 2014, p. 44.

²¹⁴ Ibidem, p. 44 e 45.

²¹⁵ MOURA, Caio Roberto Souto de. *Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil*. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n.2, p. 1-32, 2006, p. 19. Disponível em: <http://www.ajufers.org.br/revista_ajufers_02.asp>. Acesso em: 14 jan. 2016.

²¹⁶ SALIM, Adib Pereira Netto. *A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.41, n.71, p. 97-110, jan./jun. 2005, p. 103. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

²¹⁷ Nesse sentido, perfaz adiantar que tais termos parecem estranhos a relação constituída em prol da resguarda do patrimônio cultural. Consideração que pode desde já interceder contra a aplicação da responsabilidade civil objetiva ao ente estatal, pois que em termos práticos, se algum proveito é daí retirado, este se dá para com o interesse público, não para o Estado como tal.

²¹⁸ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 10, nota 8.

trilhar da responsabilidade civil rumo a tendências cada vez mais objetivas, fenômeno este difundido como objetivação da responsabilidade civil²¹⁹.

Apesar de divulgado como tendência evolutiva futura, como possível ponto de chegada aos caminhos frutificados pelas escolhas realizadas, muito se advoga no sentido de que tal fenômeno nada mais é do que uma realidade já constatável^{220, 221}. Contexto que carece tecer algumas considerações, especialmente pelo fato do mesmo comportar diferentes acepções entre Brasil e Portugal²²².

²¹⁹ Resumindo o momento atual, Sinde Monteiro afirma que desde já é válido perguntar como será o futuro da responsabilidade civil, especialmente da responsabilidade subjetiva. MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 77.

²²⁰ REZENDE, Elcio Nacur.; OLIVEIRA, José Sebastião de.; RODRIGUES, Otávio Luiz Junior (cord.). *Direito civil contemporâneo*. CONPEDI, Florianópolis, p. 404-419, 2015, p. 405. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3>>.

²²¹ Discorrendo acerca do assunto, Maria Celina Bodin de Moraes considera que tais transformações da responsabilidade civil rumo a objetivação extrapolam influências a floradas no próprio instituto, tratando-se de um refletir oriundo de anseios sociais. Nesse sentido, “questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista RT, São Paulo, ano 95, v.854, p. 11-37, dez. 2006, p. 18. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/25150847/2116430929/name/RT_854_risco_solidariedade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

²²² A diferença entre os dois países fica clara quanto considerada a opção pela inserção de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, a qual basicamente consiste em uma previsão no ordenamento jurídico de um aporte normativo de amplo espectro, voltado especificamente para atender aos casos passíveis de responsabilidade civil objetiva.

Desde logo vale esclarecer, apesar de aparentar uma questão sem muitas dificuldades de implementação, que dessa possibilidade emanam uma série de dúvidas, dentre as quais vale destacar a problemática na delimitação da amplitude que uma norma deste gênero poderá conter.

Uma norma muito genérica deixa uma margem muito ampla para o enquadramento de uma atividade em uma definição de risco, onde estaríamos defronte uma maximização dos pleitos indenizatórios baseados na responsabilização objetiva, encargo que seria em grande parte depositado na demanda jurisprudencial por fixação de parâmetros limitativos. Por outro lado, uma previsão tendente ao taxativo, decidindo o legislador por efetuar uma listagem das atividades a serem consideradas perigosas, a problematização seria inversa, sendo altamente complicado fazer perdurar tais determinações em um contexto mutável que vem sempre acompanhado do advento de novas atividades, conseqüentemente de novas hipóteses de risco.

No abranger do Código Civil Português, insta considerar as peculiaridades do artigo 493º, 2, que comporta uma previsão especificamente voltada para o ressarcimento de danos ocasionados por atividades perigosas, mas que apesar disso encontra-se chancelada pelo viés subjetivo da responsabilidade civil, considerando para tanto um contexto de culpa presumida. Com efeito, o legislador acabou optando por inserir no âmbito da responsabilidade subjetiva uma perspectiva tipicamente atribuída às teorias focadas no risco, logo baseadas na objetividade.

Ademais, o Código Civil português à partir do artigo 499º conta com um aporte específico para as atividades de risco, através de tipificação expressa de casos viabilizadores de responsabilização objetiva pela sua natureza e relevância, de modo que as demais situações encontrar-se-iam bem resguardadas pela culpabilidade presumida prevista no dispositivo já mencionado.

Ponto interessante no que reside a discussão acerca da viabilidade de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva advém do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente através do novo Código Civil Brasileiro de 2002, o qual prevê no parágrafo único do seu artigo 927 a implementação expressa de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Pautada em caracteres genéricos, confere uma grande margem de possibilidades a sua aplicação, fator que fica claro ao se observar que o Código brasileiro

Em outras palavras, o que se prega é uma socialização da responsabilidade civil, centrada para tanto em argumentos garantistas, voltados intimamente para a indenização dos danos sofridos pela vítima²²³, muitas vezes despreocupado em proceder a devida identificação do responsável²²⁴.

Resumindo esse novo momento jurídico inaugurado pela objetivação, prevalece que o dano passa a compor a centralidade da responsabilidade juntamente com a figura do lesado²²⁵, esvaindo-se o foco para com o lesante. Aferições que, consideradas as nítidas distinções entre as interpretações brasileiras e portuguesas acerca da matéria, podem vir a ser determinantes para a questão cultural em apreço, conforme se passará a versar.

5.4.3 – A relação Estado/particular e as suas respectivas modalidades de imputação por danos ao patrimônio cultural

Para dar prosseguimento à referida linha de raciocínio, insta convencionar que, pelo Direito do Patrimônio Cultural gozar de uma importância latente, visto conjugar previsões constitucionais diversas em sua estruturação, existe um necessário convergir da responsabilidade civil como instituto capacitado a lidar com as lesões ao patrimônio cultural²²⁶. Aqui incluídos os casos que afrontam a integridade de bens imóveis tombados.

preferiu falar em risco da atividade sem qualquer parâmetro de graduação, enquanto o caso português se restringe às atividades perigosas.

²²³ No abranger das vantagens indicadas no âmbito objetivo de responsabilização, destoa positivamente em seu favor não ser necessário provar o elemento culpa, que muitas vezes dificulta ou torna impossível uma real indenização do evento danoso, questão abarcada pela doutrina sob a expressão “prova diabólica da culpa”. Há quem considere ainda que tal vertente imputadora de responsabilidade também proporciona um discorrer mais simplificado do processo judicial, viabilizando um rumar mais célere e menos oneroso ao lesado.

No cunho comparativo com a responsabilidade esculpida na culpa, atribui-se ainda uma vantagem a objetivação no que se refere às atividades consideradas perigosas, conforme a aferição de que das mesmas surgirão danos independentemente do que se espera da conduta do agente, por mais diligente que este seja. Sendo ainda difícil negar a efetividade da responsabilidade objetiva em casos de patente desequilíbrio de forças, como nas menções trabalhistas, consumeristas e relações com o Estado, que pela radicalidade da medida, praticamente certificam uma reparação ainda que precariamente fundamentada. Para mais detalhes vide: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista RT, São Paulo, ano 95, v.854, p. 11-37, dez. 2006, p. 19 e 20 Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/25150847/2116430929/name/RT_854_risco_solidariedade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

²²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: Responsabilità Civile e Previdenza. Milão: Dott. A. Giuffrè, ano LXXI, n.3, p. 586-600, mar. 2006, p. 12. Disponível em: <<http://www.andersonschreiber.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

²²⁵ OFTINGER, Karl; RIPERT, G.; Apud. MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 21.

²²⁶ GOMES, Carla Amado. *O dano cultural, Pistas para a decifração de um enigma*. Scientia Iuridica, Tomo LIX, n.321, p. 33-64, 2010, p. 47.

Cumprido esclarecer de antemão, que apontar nesse sentido não perfaz desconsiderar que existe um aporte normativo penal direcionado para as lesões ao patrimônio cultural. Vide como exemplo as disposições que se encontram especificadas na Lei brasileira nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que trata das sanções penais e administrativas originadas por condutas lesivas ao meio ambiente, dentre as quais vale destacar as previsões informadas pelo artigo 62.

No mais, conforme sabido que o pleito indenizatório civil é apartado e não dependente da imputação penal²²⁷, dar-se-á destaque ao abarcar da responsabilidade civil, sabendo que é desta que insurgem algumas problemáticas mais evidenciadas no âmbito da resguarda do patrimônio cultural brasileiro.

Lembrando o que interessa nesse momento, agora com especial direcionamento aos casos de abandonos²²⁸, a responsabilidade civil constitui um meio capacitado não apenas a punir e cessar as prejudicialidades causadas pelos particulares aos seus próprios bens imóveis tombados. Junto a esses fatores, tal instituto habilita a captação de uma verba indenizatória capaz de reerguer, na medida do possível, a importância cultural do bem lesado.

Em atenção às particularidades das responsabilidades que podem emanar da relação entre o Estado e o particular, especificamente no que confere a proteção de bens tombados, cabe apontar desde já que o entendimento majoritário pressupõe uma responsabilidade compartilhada entre ambos.

Dessa percepção, o presente ponto faz-se necessário devido à inexatidão que insurge do modelo de responsabilidade civil adotado nos casos envolvendo danos causados a esfera cultural, valendo adiantar o pendor do ordenamento jurídico brasileiro em considerar objetiva a responsabilidade civil do Estado e subjetiva a responsabilidade do particular no âmbito em apreço. Por conseguinte, acaba-se por mitigar a responsabilidade dos particulares detentores de bens submetidos aos gravames do tombamento, uma vez que

²²⁷ Justificando ainda mais a proposta em tela, da qual se extrai uma pertinência apartada das afetações penais que os citados danos e abandonos ao patrimônio cultural certamente podem gerar, insta corroborar o entendimento de José Casalta Nabais acerca da tutela penal. Segundo o referido autor, a mesma “constitui uma tutela que vem em último lugar, ou seja, uma tutela que surge apenas quando os outros meios ou instrumentos de tutela falharem”. NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre os princípios gerais do direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Lições proferidas nas Provas de Agregação em Direito Público decorridas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 30 e 31 maio 2013, p. 30.

²²⁸ Conforme visto, a prática dos abandonos destoa como presente na maioria dos casos em que os proprietários particulares de bens tombados agem visando uma represália às restrições e limitações que podem acabar ocorrendo em prol da resguarda do patrimônio cultural.

subverte o Estado como parte de eleição para a imputação de demandas abrangendo o patrimônio cultural, preponderando um contexto de atribuição de responsabilidades dissociado de pessoalidade e individualização do responsável²²⁹.

O que se afere relevante em tal análise, reside na constatação de que, se tratando os abandonos de imóveis tombados de um caso de omissão do seu proprietário, e sendo este o responsável primeiro pela manutenção e conservação do bem tombado, o fato de partir-se de um pressuposto de responsabilidade estatal independentemente de culpa, pode afetar diretamente em uma exclusão ou redução da responsabilização do particular que assim proceda propositadamente.

Para tanto, insta delimitar a vertente danosa que melhor repercute no tema, a qual diz respeito aos prejuízos originados pela omissão ou passividade do detentor privado, mormente à abdicação de propiciar a devida proteção, manutenção e conservação do bem cultural, inoperância que acaba repercutindo em um dano. O aduzido viés se justifica por ser o mais problemático, bastando considerar que é incontestável que os danos provenientes do agir por parte do Estado ou dos particulares proprietários de bens imóveis tombados não obstam grandes delongas, o responsável seria o causador direto do prejuízo.

Nesse sentido, não parece forçoso constatar que os casos de omissão são muito mais complicados de individualizar e identificar quem atenta contra o patrimônio cultural. Dificuldade que repercute na abstração e carência legal do aporte normativo direcionado a responsabilidade civil por omissão, não apenas na esfera estatal brasileira, mas também no recorte dos proprietários particulares em apreciação.

Ilustrando o que se afirma, perfaz considerar que caso fosse o contrário, sendo os eventos danosos ao patrimônio cultural tombado por omissões devidamente regulados por lei, os proprietários particulares que assim procedem nunca optariam pela degradação do bem pela prática do abandono. Sem dúvidas, seria muito mais rápido simplesmente destruir ou degradar diretamente um bem tutelado, quer seja para dar-lhe uma destinação diferente da anterior.

Apesar da aparente simplicidade do que se propõe, convém clarificar ainda mais o que anteriormente se apontou como um contexto de difícil aferição do verdadeiro lesante de um bem imóvel tombado.

²²⁹ Como foi considerado anteriormente, a questão da ausência de pessoalidade destoa como uma das grandes críticas direcionadas para a vertente objetiva de imputação de responsabilidades.

O que ocorre, é que por um lado segue-se o preceito informado pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937, onde havendo o tombamento, a responsabilidade primeira de zelar pelo bem afetado é do particular detentor do mesmo, cabendo o chamamento estatal somente nos casos de incapacidade comprovada de prover a sua salvaguarda. Pelo outro, urge considerar que apesar dessa atribuição desvinculando o Estado inicialmente, é inegável que o mesmo comporta o dever constitucional de garantir o patrimônio cultural como fruto inerente do interesse coletivo.

Logo, a suscitada questão não possui resposta fácil. Lembrando que só pode ser omissa quem detém um dever legal de agir²³⁰, e independentemente da incumbência legal a priori direcionada ao proprietário privado do bem tombado, o que se observa é uma questão de ponderação entre gestão direta do bem e gestão do interesse público, o particular e a administração pública respectivamente. Fatores que necessariamente enformam um contexto de responsabilidade compartilhada entre os mesmos, podendo assim incidir diretamente na prejudicialidade anteriormente alegada, qual seja, o modelo de imputação de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, pode vir a afetar de alguma forma o grau de responsabilização do particular que opte pelo abandono de um bem imóvel tombado.

Na mesma direção parece convergir a jurisprudência, pendendo para o posicionamento de que mesmo sendo o proprietário o incumbido de resguardar o seu imóvel tombado, o poder público restaria a este subsidiariamente vinculado. Devendo, portanto, ser igualmente responsabilizado por prejuízos ocorridos na esfera de tais bens²³¹.

Considera-se nesse viés de compartilhamento de responsabilidades, que mesmo nos casos em que o dano adveio exclusivamente da omissão gestora do particular para com o

²³⁰ MOREIRA, Lucas Silva. *A responsabilidade civil extracontratual do estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*. 2014. 97 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 74.

²³¹ Veja o que discorre o seguinte julgado: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. ÁREA DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE CULTURAL (APAC). RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO E, SUBSIDIARIAMENTE, DO MUNICÍPIO, PELA CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DO IMÓVEL. DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. Sendo o primeiro réu proprietário do bem, este é responsável pela conservação das fachadas e laterais do mesmo, decorrendo daí a necessidade de conservar e/ou restaurar também o interior do imóvel, já que, conforme esclarecido pelo perito, sofrera desabamento interno. Município que também possui responsabilidade, ainda que subsidiária, pela conservação do bem, mesmo que não tenha sido objeto de tombamento. [...]”. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (17ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0136381-32.2008.8.19.0001. Apelante: Município do Rio de Janeiro e outros. Apelado: Os mesmos. Relatora: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. Rio de Janeiro, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042F581D58BEBBE6C8A6DAA1FEC7021FFBC5024D575548>>. Acesso em: 9 out. 2016.

bem cultural tombado, de alguma forma o Estado também comporta uma parcela de responsabilidade, ainda que a ser graduada no caso em concreto. Em um patamar mínimo, esta se conformaria no exercício do seu dever geral de vigilância e fiscalização²³², revestindo-o assim de um ideal de diligência e garantia²³³.

Reitera-se que a proteção do patrimônio cultural se encontra inserida na própria natureza configuradora dos deveres estatais, conferência que por lei vincula o mesmo em proceder esforços fiscalizatórios permanentes²³⁴, ²³⁵. Apesar de certas as suas complicações na prática, a simples inobservância de uma situação de risco, por si só, configura um agir omissivo do órgão competente.

Note que a respeito da demanda pelo agir vigilante, garantindo uma fiscalização efetiva, pode-se aludir a um caso extremo. Ainda que um bem tombado pertença ao próprio Estado, por conseguinte, sendo este o responsável direto pela conservação do mesmo, aponta-se que tal obrigação não se confunde com o citado zelo fiscalizatório. Com efeito, constatada uma omissão, resta possível se deparar com uma responsabilidade atribuível a mais de um ente público²³⁶.

²³² GOMES, Carla Amado. *O dano cultural, Pistas para a decifração de um enigma*. Scientia Iuridica, Tomo LIX, n.321, p. 33-64, 2010, p. 49.

²³³ Conforme buscar-se-á direcionar, é importante proceder uma análise caso a caso. Assim como é incoerente trazer o proprietário particular de um bem cultural tutelado como figura pública por equiparação, igualmente perfaz afastar uma responsabilidade unicamente atribuída à figura estatal, elegendo a mesma como garante universal.

²³⁴ Nesse sentido, no já mencionado Decreto Lei brasileiro nº 25 de 1937, em seu artigo 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.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 24056, 6 dez. 1937.

O mesmo se afere no âmbito dos princípios elencados pela LPC, conforme: “Artigo 6.º Para além de outros princípios presentes nesta lei, a política do património cultural obedece aos princípios gerais de: e) Inspeção e prevenção, impedindo, mediante a instituição de organismos, processos e controlos adequados, a desfiguração, degradação ou perda de elementos integrantes do património cultural;” PORTUGAL. Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, nº 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

²³⁵ Acerca desses deveres intrínsecos ao abranger estatal, asseverasse que o artigo 9º da Lei portuguesa nº 67/2007, ao tratar da ilicitude capacitada a traduzir uma omissão em responsabilidade indenizável, abarca a expressão “deveres objetivos de cuidado”.

²³⁶ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. BEM IMÓVEL TOMBADO. RESPONSABILIDADE DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. 1. Nos termos do art. 19 do Decreto-lei n. 25/37, cabe ao proprietário a responsabilidade pela conservação e manutenção de bem tombado. Na espécie, sendo a União proprietária do imóvel tombado, objeto da ação civil pública, cabe a ela promover as obras e os reparos necessários à conservação do bem. 2. Tal função não se confunde com a atribuição do IPHAN em fiscalizar e proteger o patrimônio histórico e cultural no uso regular do seu poder de polícia. [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial

Apesar disso, ainda no condizente aos critérios para estabelecer o ideal enquadramento do polo passivo para a imputação de uma responsabilidade civil por um dano na esfera cultural, seja ao Estado ou ao particular proprietário de um bem imóvel tombado, observa-se na doutrina que a pergunta que se prega não exaspera um posicionamento uniforme.

Informa-se que no abranger doutrinário, existem aqueles que corroboram o responsabilizar prevalentemente direcionado à figura dos particulares detentores de bens tombados. Para tanto, imputam aos mesmos a responsabilidade pelos danos causados por uma negação na manutenção do bem, assim como, pela demora ou omissão na comunicação de uma situação precária quando restem impossibilitados de arcar com tal manutenção.

Nesse trilhar, observe que o fundamento para esse afirmar atributivo da responsabilidade civil ao particular comporta a idealização de que o mesmo, pela natureza coletiva da resguarda que assegura, deve ser um agente público por equiparação²³⁷. Por este caminho, surgindo uma demanda indenizatória para o particular revestido do aludido caráter de preposto público, por critérios de analogia, o mesmo responderia sob o escopo das particularidades da responsabilidade civil subjetiva²³⁸.

Quanto a esse posicionamento, parece forçoso inserir o particular na esfera pública. Cumpre lembrar que o tombamento reside basicamente em uma intervenção administrativa balizadora do direito de propriedade, a qual se exerce tradicionalmente de modo coercitivo, independentemente da vontade do privado.

Pontuar nesse sentido certamente culminaria em um claro retrocesso à fase intermediária da responsabilidade civil estatal que se delineou anteriormente. Ocasão em que o Estado buscou elidir-se de responsabilidades diretas, destinando as mesmas aos seus funcionários.

Pautando pela razoabilidade, os proprietários de bens tombados devem ao menos serem tomados como curadores da memória emanada destes, o que por si só justifica a sua

nº 666842 RJ 2004/0099245-9. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro, 15 out. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5704865/recurso-especial-resp-666842-rj-2004-0099245-9/inteiro-teor-11863871>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

²³⁷ DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados*. p. 11. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92977ae4d2ba2142>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²³⁸ *Ibidem*, p. 13.

responsabilidade pela proteção desse patrimônio cultural²³⁹. Especialmente diante das suas próprias atitudes perante os mesmos.

Conclui-se no que confere ao caso dos particulares, que por uma questão de equidade e pessoalidade, sendo importante averiguar se este realmente lesou aquele bem tombado, seria incoerente creditar qualquer preceito de responsabilidade apartado da necessidade de aferição de culpa²⁴⁰. Dito isso, uma vez que seja omissos nos seus deveres primordiais para com um determinado bem tombado, o pólo privado deve ficar necessariamente submetido ao viés subjetivo de responsabilidade.

Por outro lado, no que confere à caracterização da modalidade de responsabilidade atribuída ao Estado na proteção do patrimônio cultural brasileiro, conforme visto anteriormente²⁴¹, a ausência de parâmetros balizadores fixados em lei, acaba por incentivar muitas divergências no cerne doutrinal. Muitas são as correntes que emanam da tentativa de fixar se a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão deve ser objetiva ou subjetiva. Divergências que porventura atuarão afetando as conclusões que advirão desse tópico.

Parte da doutrina apetece considerar subjetiva a responsabilidade do Estado omissos, buscando como fundamento central o fato de que se este restou inerte, em verdade não é o causador direto do dano²⁴². Logo, um responsabilizar somente afluiria por intermédio do aferir subjetivo da obrigação estatal em prevenir a causação de determinado evento danoso.

Apesar de válido o argumento observado, não existe unanimidade acerca da modalidade dita ideal, razão pela qual urge defensores no sentido oposto, de que tal viés responsabilizador do Estado deve ser objetivo. Para tanto, consideram em termos argumentativos uma questão de princípios advindos da atual noção de Estado democrático de direito, com sua conseqüente alocação equânime dos ônus que daí exaspera. Discorrem ainda, que pontuar pela responsabilidade subjetiva seria um grave retroceder permissivo a certa inatingibilidade estatal²⁴³.

²³⁹ GOMES, Carla Amado. *O preço da memória: a sustentabilidade do patrimônio cultural edificado*. Lisboa, mar. 2011, p. 2. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/917-1648.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁴⁰ Opção essa, que não perfaz considerar tais proprietários como agentes públicos por equiparação.

²⁴¹ Menciona-se novamente que a única referência à responsabilidade civil do Estado brasileiro encontra-se no §6º do artigo 37 da CRFB de 1988.

²⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 942 e 943.

²⁴³ GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. *A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal*. JuriCidades, Revista da Consultoria Jurídica do Ministério das

Por fim, há ainda aqueles que sugerem ser precipitado fixar desde logo se a responsabilização estatal por omissão é objetiva ou subjetiva. Recorrem como fundamento, ser necessário uma análise prévia das particularidades de cada caso concreto, sendo preciso estabelecer um padrão ideal de atuação estatal para cada caso específico, que assim seja capaz de viabilizar uma graduação de efetividade, ainda que imaginária. Desse modo, a propensão pela via objetiva estaria intimamente ligada ao agir estatal consideravelmente abaixo da média para uma determinada atribuição, enquanto a vertente subjetiva rondaria o mínimo esperado²⁴⁴.

Por razões de segurança jurídica, visto estar envolta em conceitos genéricos de difícil aferição prática, a exemplo da possibilidade de padronização de um agir estatal, convém descartar maiores considerações acerca dessa última vertente.

Apesar das formulações opostas preceituadas, por uma questão tendencial²⁴⁵, assim como pela relevância constitucional da preservação do patrimônio cultural como ensejadora de uma observância especializada por parte da administração pública, no Brasil assimila-se uma esfera iminente de remição ao caráter objetivo da responsabilização²⁴⁶, corroborando um posicionar garantidor do Estado. Lembra-se ainda, que tal pendor reflete diretamente na aproximação do Direito do Patrimônio Cultural com o Direito Ambiental²⁴⁷.

Cidades, Brasília, n.1, p. 57-66, abr. 2008, p. 60. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/3_-_a_responsabilidade_civil_do_estado_por_atos_omissivos_e_o_atual_entendimento_do_supremo_tribunal_federal.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

²⁴⁴ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 125.

²⁴⁵ Conforme buscou-se demonstrar, não obstante ao crescimento global do fenômeno da objetivação da responsabilidade civil, o legislador brasileiro optou por fixar múltiplas referências à modalidade objetiva de imputação. Vide o exemplo da mencionada cláusula geral de responsabilidade objetiva constante no parágrafo único do artigo 927 do CC de 2002.

²⁴⁶ BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. *A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.19, p. 45-88, jan./jun. 2013, p. 48. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_responsabilidade_civil_por_danos_ambientais_no_direito_brasileiro_e_comparado.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

²⁴⁷ O STJ já se manifestou por diversas vezes no sentido de considerar objetiva a responsabilidade civil do Estado por omissão, mormente tenha sido esta enformada por danos causados por particulares ao meio ambiente. Observe uma jurisprudência que ilustra essa opção: “AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE

Logo, afirmada a inafastabilidade do patrimônio cultural do cerne protetivo do Estado, assentado este na sua esfera intrínseca de responsabilidade, cabe ao mesmo zelar, ainda que genericamente, exercendo seu dever de vigilância como primeiro filtro dos anseios sociais. Com efeito, ainda que por razões distintas, conclui-se pela responsabilidade civil partilhada entre o ente estatal e o particular detentor de um bem tombado.

Nesse posicionar, no Brasil tais responsabilidades se concretizariam por meios divergentes, objetivamente ao Estado e subjetivamente ao particular. Restando ao magistrado fixar por ocasião do caso em concreto a devida proporcionalidade a afetar cada uma das partes.

Apesar do referido posicionamento pelo pareamento da responsabilidade objetiva com os casos insurgidos pela omissão estatal na esfera de proteção do patrimônio cultural brasileiro, fato que insurge em muito devido a percepção analógica das prerrogativas emanadas do viés da responsabilidade ambiental, não se deve incorrer no erro de generalizar superficialmente essa constatação.

Ocorre que, tal aferir não exaspera uniformidade entre os ordenamentos pátrios em análise comparativa. Mesmo que ambos compactuem que a relevância temática da proteção do patrimônio cultural se encontra assentada na resguarda do interesse público, o que de certa forma poderia pender para o caráter de responsabilização estatal independente de culpa, acompanhando a perspectiva anteriormente delineada, o ordenamento jurídico português não possui o mesmo status objetivista da realidade brasileira.

Seguindo a ótica portuguesa, assim como o aporte normativo específico do Brasil, a LPC não fixa parâmetros delimitadores para uma possível demanda por intermédio da responsabilidade civil. Entretanto, ao recorrer ao modelo adotado para a via ambiental, mais especificamente no que confere o DL n° 147/2008 que trata do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, constata-se no seu artigo 7º, que incidência da responsabilidade objetiva é limitada aos casos envolvendo atividades vinculadas a uma exploração econômica. Tem-se ainda, que segundo o anexo III do mesmo, as referidas

NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. [...] 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1071741 SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. São Paulo, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1075754>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

atividades teriam que compor-se por determinadas especificidades assentes na periculosidade.

Dessa forma, mediante a excepcionalidade atribuída à responsabilidade objetiva na perspectiva portuguesa, insta concluir, que os casos de responsabilidade surgida pela omissão do Estado na persecução das suas atribuições preventivas e diligenciais frente ao património cultural classificado, restariam sujeitas aos regramentos primários da vertente subjetiva.

Contexto notadamente positivo para a perspectiva de omissões danosas causados por proprietários particulares de bens culturais tutelados. Mormente sejam estes os protagonistas do evento danoso, soa certo que nesses casos, ainda que a responsabilidade seja compartilhada com o setor público, deve-se partir de uma persecução assente no equilíbrio entre os atores envolvidos. Um não deve destoar imediatamente do outro em termos de comportar a demanda indenizatória.

Voltando aos proprietários de bens tombados, não obstante à posição que assumem como curadores dos bens culturais sob a sua chancela, cumpre considerar que existe ainda uma variável que incide diretamente na dinâmica dos abandonos em apreciação. Ocorre que, muitas vezes o dano advém de uma conduta originada pela omissão do particular em exercer o seu dever de comunicação e informação à administração pública, uma vez este sabedor da iminência de que tal bem de valor cultural possa vir a ser prejudicado.

Urge novamente considerar que essa obrigação decorre de norma expressa. Destarte a menção geral informada anteriormente, mais especificamente no que diz respeito ao artigo 19 do Decreto-Lei n° 25 de 1937 e o artigo 32²⁴⁸ da Lei n° 107/2001, Brasil e Portugal respectivamente.

Com efeito, parece inconsistente descarregar parte da responsabilidade do particular que abandone um imóvel tombado, chamando o poder público a compartilhar tal responsabilidade, sabendo que esse, não obstante à prática reprovável do abandono, nunca iria exercer o seu dever de comunicação. Nesses termos, o pólo privado age justamente na

²⁴⁸ “Artigo 32.º Dever de comunicação das situações de perigo - O proprietário ou titular de outro direito real de gozo sobre um bem classificado nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, deve avisar imediatamente o órgão competente da administração central ou regional, os serviços com competência inspectiva, o presidente da câmara municipal ou a autoridade policial logo que saiba de algum perigo que ameace o bem ou que possa afectar o seu interesse como bem cultural.”. PORTUGAL. Lei n° 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, n° 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

contramão da defesa e zelo daquele bem, visando um processo silencioso e imperceptível aos olhos da administração pública, questão que, diga-se de passagem, consubstancia-se em um verdadeiro esquema baseado em fraude e má-fé.

Constatada tal prejudicialidade, não havendo ocorrido o informar da administração pública, é patente que surgem argumentos a favor de imputar toda a responsabilidade ao particular. Por via de consequência, se esvaem boa parte das defesas que sustentam o posicionamento pela responsabilidade compartilhada com a esfera pública, conforme o aludido dever de vigilância e fiscalização.

Desse modo, mesmo que não se exclua por completo o chamamento estatal à demanda, parece razoável que situações como essas justifiquem uma distribuição ponderada das afetações indenizatórias que daí surgirem, devendo prevalecer um pendor agravado na direção do particular omissor. A preocupação que subsiste, é que tal pontuar tem a sua viabilidade prejudicada pela opção brasileira de assimilar a esfera de responsabilização objetiva ao Estado omissor no âmbito da proteção do patrimônio cultural.

De forma mais clara, o proprietário do bem tombado em risco foi omissor no conservar do bem, não obstante, se absteve de comunicar esse perigo emergente, pois obviamente, ele mesmo é o causador deste. No mesmo sentido, o Estado omitiu-se no seu dever intrínseco e genérico de fiscalização. Conclui-se, portanto, que apesar da inércia do último, o evento danoso se deu e se maximizou por uma omissão específica do primeiro, de forma que, através de uma ponderação concreta, é correto aduzir um encargo indenizatório proporcional às condutas.

Novamente, se depositaria praticamente todo o encargo no lesante particular. Sendo certo que os casos de abandono frequentemente são enformados pela má-fé e dolo do proprietário de imóvel tombado que assim procede.

Apesar da diferença que se prega entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, considerando o alegado desamparo e ausência de meios legais especificamente direcionados à responsabilidade civil do Estado no âmbito do primeiro, convém mencionar o teor do Projeto de Lei nº 412 de 2011, o qual atualmente encontra-se em discussão na Câmara dos Deputados do Brasil. Reconhecendo a carência de regulação legal nessa área, o referido projeto versa diretamente sobre essa temática, de certo modo indo em sentido contrário à algumas interpretações que o atual aporte normativo faz sugerir.

Em análise hipotética à referida tramitação legislativa, caso a mesma venha a ser aprovada, é interessante pontuar que as considerações anteriores pendentes para a responsabilidade objetiva no abranger brasileiro de proteção ao patrimônio cultural teriam que ser revistas. Conforme determina o Parágrafo único do artigo 2º²⁴⁹ constante no Projeto de Lei nº 412 de 2011, a responsabilidade estatal partiria da necessidade de aferição de culpa nos casos envolvendo omissões. Determinação que ocasiona aludir novamente à citada parcela da doutrina que assim postula, sob a ótica de que em verdade não foi o Estado o causador direto do dano.

Delineadas tais considerações no que toca aos liames da responsabilidade civil direcionada a reparação de um dano ocasionado na esfera do patrimônio cultural, o presente tópico justificou-se pela necessidade de discorrer acerca das inexatidões que rondam a reparação das referidas lesões. Questão que engloba o abandono de imóveis tombados, e que nestes pode influir ao dissipar a gravidade dos prejuízos causados pelos proprietários particulares que assim optam por agir.

Em adição, tomando como inerente o chamamento do poder público para responder a uma demanda assente em danos causados ao patrimônio cultural tombado, parece contraditório fixar a imputação dessa prerrogativa nos moldes da responsabilidade civil objetiva. Até porque, esta é uma modalidade praticamente certificadora de uma reparação, ainda que precariamente fundamentada.

Dessa forma, ao analisar os abandonos de imóveis tombados, caso se opte pelo engessamento do compartilhamento da responsabilidade, destoa como incoerente que o Estado seja impedido de gozar das prerrogativas de defesa fornecidas pela vertente subjetiva de imputação, fazendo necessário a prova do elemento culpa. Dentre outros argumentos possíveis, convém mais uma vez destacar a noção da pessoalidade como conformadora do ideal de justiça, uma vez que, tomando essa como a individualização do responsável pelo dano, seu afastamento sem dúvidas incide em um esvaziamento da função social da responsabilidade civil.

²⁴⁹ “Art. 2º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano, nos casos de dolo ou culpa. Parágrafo único. A responsabilidade de que trata o *caput* é subjetiva nos casos em que dano decorra de omissão.”. BRASIL. Projeto de Lei nº 412, 2011. Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado. Autor: Deputado Hugo Leal. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038>>. Acesso em: 18 out. 2016.

Ademais, por um lado a responsabilidade civil deve sim efetuar a reconstituição do estado original do bem lesado ou conferir uma indenização proporcional ao mesmo. Mas pelo outro, igualmente deve considerar um agir sob o enfoque de coibir e censurar o comportamento do sujeito lesante, valendo aludir ainda à função punitiva da responsabilidade civil^{250, 251}.

Logo, diante das suscitadas considerações acerca da responsabilidade civil imputada aos casos de omissão por parte dos proprietários privados que atentam contra o patrimônio cultural, inicialmente insta concluir que não exasperam dúvidas quanto a aferição subjetiva para o apontamento do pólo privado. Percepção correta e que não poderia ser diferente. O mesmo não se observa na esfera pública, que pelo seu caráter de premissa menor frente ao real causador do dano, pontua-se pela inadequação da prática brasileira assumir os ditames da responsabilidade civil objetiva.

Portanto, queda latente considerar que apesar da Lei n° 107/2001 não ter estabelecido parâmetros para a responsabilidade civil originada em sede do patrimônio cultural português, as disposições da Lei n° 67/2007, assim como os preceitos legais pareáveis pela absorção da legislação ambiental, emanam pontos que passaram despercebidos pelo legislador brasileiro. Dificuldades que vão muito além da questão cultural, sendo correto definir como preocupante fixar um trilhar assistencialista²⁵² que reduz o Estado a fiador dos indivíduos que o integram.

Considerados os delineamentos acima, faz-se necessário aduzir a mais um ponto intimamente associado à questão da responsabilidade civil. Apesar da simplicidade que aparenta, a própria destinação dos recursos que podem surgir de uma indenização baseada

²⁵⁰ Quanto a isso, cita-se a denominada função punitiva da responsabilidade civil: “A função punitiva da responsabilidade civil tem como característica primordial a repressão às condutas excessivamente graves, para que, educativamente e dissuasivamente, se possa evitar que o causador do dano pratique novamente o mesmo ato”. SANTOS, Adriano Barreto. *O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil*. 2015. 126 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 34.

²⁵¹ Convém mencionar que a referida função punitiva da responsabilidade civil não goza de aceitação uniforme no cerne doutrinal. Observe que o posicionamento do European Group on Tort Law afasta implicitamente a mesma, ao optar por não a mencionar na sua carta de princípios, pontuando apenas pelas funções compensatória e preventiva. MARTÍN-CASALS, Miquel (cord.). Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (trad.). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil: Texto y Comentario*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010, p. 203.

²⁵² Por mais que pareça um pouco forçoso estabelecer alguma relação, ao olharmos o caso do novo Código Civil brasileiro de 2002, o qual traz o vislumbre da objetivação com a já delineada cláusula geral de reponsabilidade objetiva, observe o momento político e econômico do Brasil. Claramente envolto em um contexto de Estado social, que por coincidência ou não, é uma das figuras fundadoras do movimento socializador da responsabilidade civil.

em danos ou prejuízos ocasionados ao patrimônio cultural, infelizmente também comporta algumas problemáticas intrínsecas.

5.4.4 – Os fundos de resguarda do patrimônio cultural

Neste ponto, fixa-se desde logo a idealização da ação popular como meio para a concretização de uma responsabilidade civil fundada na afetação de interesses difusos, dentre os quais se inclui o direito ao patrimônio cultural como fruto inerente aos anseios coletivos.

Acerca do referido pleito popular, a CRFB de 1988 determina em seu título direcionado aos direitos e garantias fundamentais, que tal modalidade de acionamento do judiciário é conferida a todos os cidadãos, inclusive sob a ótica de reprimir atos lesivos ao patrimônio cultural²⁵³. Na mesma direção, o artigo 52º, 3, a, da Constituição da República Portuguesa de 1976, também traz a ação popular como via legitimada para dirimir problemáticas que incidem negativamente sobre o patrimônio cultural português²⁵⁴.

Considerada a sede constitucional da ação popular no Brasil e em Portugal, apesar da sua inegável importância, cumpre considerar que ambas encontram dificuldades práticas, não exaurindo todas as questões que surgem da sua demanda. Persistem algumas dúvidas quanto a destinação adequada para uma indenização de cunho coletivo, a exemplo das originadas pelos danos ocasionados a bens culturais tombados/classificados, especialmente quando reste essa estipulada em termos pecuniários²⁵⁵.

Ilustrando o que se contextualiza, convém recorrer às disposições da Lei portuguesa nº 83/1995, a qual regula a responsabilidade civil por intermédio da ação popular.

²⁵³ Vide nesse tocante: “Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁵⁴ “Artigo 52.º Direito de petição e direito de acção popular [...] 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;”. PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁵⁵ GOMES, Carla Amado. *O dano cultural, Pistas para a decifração de um enigma*. Scientia Iuridica, Tomo LIX, n.321, p. 33-64, 2010, p. 48.

Analisando as suas nuances, restam abertos os conceitos margeadores de uma indenização destinada aos interesses de titulares não individualmente identificados, na medida em que se restringe a informar que a mesma será “fixada globalmente”²⁵⁶.

Observe que, ao contrário do que normalmente se estabelece para os titulares de interesses identificados, não há qualquer parâmetro guia para elucidar os termos indenizatórios para os titulares não individualmente identificados. É válido lembrar, que nem sempre essa distinção dos âmbitos lesados é de fácil aferição, podendo no mesmo sentido serem constatadas mais de uma necessidade reparatória, tanto no plano individual como no coletivo, dificultando ainda mais a questão.

Não obstante a essa dificuldade que exaspera do próprio conceito de reparação coletiva, lembrando que toda ação pública visando a proteção do patrimônio cultural resta balizada pela necessidade de atender ao interesse público, a problemática latente nesse ponto, reside na ausência de um fundo voltado para o patrimônio cultural do Brasil. Portanto, a legislação brasileira carece de um fundo especificamente destinado a comportar as arrecadações originadas pelo setor cultural, a exemplo das indenizações obtidas por lesões a bens culturais.

Ponto que novamente comporta destacar o legislador português, que por intermédio do Decreto Lei nº 138/2009, ainda que tardiamente, criou o Fundo de Salvaguarda do Património Cultural. Com efeito, fixa-se a possibilidade de angariar recursos que serão revertidos para o mesmo ambiente que os fundamentou.

Conforme aduzido, inexistente um fundo de resguarda do patrimônio cultural brasileiro, o qual restaria encarregado de receber e redistribuir as indenizações e outras destinações financeiras por direito pertencentes à esfera cultural. Lamentavelmente, o que se observa é apenas um fundo destinado ao abarcar de direitos difusos diversos, o denominado Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, tendo o mesmo sido criado pela Lei nº 7.347/1985 de 24 de julho.

Não se está afirmando que o referido fundo não dispõe de importância e qualidade, mas sim que, este prega pela ausência de especificidade no seu objeto de resguarda, uma

²⁵⁶ Vide a redação do referido dispositivo: “Artigo 22.º [...] 2 - A indemnização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente. 3 - Os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil.”. PORTUGAL. Lei nº 83, de 31 de agosto de 1995. Direito de participação procedimental e de acção popular. *Diário da República*, 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

vez composto por inúmeras matérias e vertentes a serem de alguma forma defendidas. Por isso, o FDD acaba por desvalorizar as particularidades e necessidades específicas que cada setor demanda.

Tal abarcar de incompatibilidade, parece patente no caso dos prejuízos causados ao patrimônio cultural. Considere para tanto, o exemplo de um imóvel tombado degradado pelo abandono do seu proprietário, o qual foi objeto de uma ação judicial de responsabilidade que logrou êxito em arrecadar recursos para a administração pública. Dada a abrangência do FDD, dificilmente um recurso assimilado pelo mesmo será alocado de maneira individualizada para um determinado bem afetado.

Questão preocupante, pois como já se buscou asseverar, o patrimônio cultural de uma determinada região não pode ser tomado como um bem único, limitado às suas próprias afetações. É necessário sempre considerar que o patrimônio cultural compõe a dinâmica estrutural de um determinado plano diretor, restando necessariamente vinculado a este. Desse modo, qualquer recurso que se origina desse recorte, seja por ocasião de danos ou prejuízos causados a um bem tombado que o compõe, mostra-se incontestável que a alocação dessa arrecadação deve-se dar naquela área de influência, ainda que o bem tenha sido perdido por inteiro.

Portanto, o que se defende é a necessidade de criação de um fundo unicamente direcionado a atender os parâmetros e necessidades protetivas do patrimônio cultural brasileiro, considerando assim todas as suas nuances e particularidades.

Por fim, cumpre traçar algumas considerações acerca do que se buscou delinear durante o presente estudo. Insta lembrar, que o contexto brasileiro foi eleito como recorte espacial primário dos desenvolvimentos feitos, em muito devido a percepção da precariedade das suas disposições normativas no âmbito protetivo do patrimônio cultural, paradigma que na prática repercute na forma de descasos e abandonos de bens culturais tombados. Como será apontado, a anterior defesa de que o tombamento não deve ser considerado um ato isolado, à parte das suas inerentes afetações acessórias, de maneira alguma deve ser resumida a um único instituto ou país.

6 – CONCLUSÃO

Conforme visto, o presente estudo buscou foco nos abandonos e danos causados a imóveis tombados, trazendo o Brasil como ambientação primária. Em virtude da percepção empírica dos supracitados descasos, foi fixado como recorte teórico a possibilidade de correlacioná-los com algumas inadequações legais, as quais permitiriam ou facilitariam a disseminação desse contexto prejudicial ao patrimônio cultural.

Por essa razão, considerando a temática abordada nessas breves contextualizações, cumpre assumir que tais discussões estão em constante transformação, e que de maneira alguma se esgotam tão sucintamente. Possivelmente por não haver uma resposta una, suficiente para exaurir totalmente alguns dos questionamentos levantados.

Nesse direcionamento, comporta elucidar que a problemática analisada não surge exclusivamente por intermédio de lacunas e fragilidades da lei, o que elegeria o legislador como o único culpado. Com efeito, mesmo que não tenham composto o cerne da análise que se propôs, existem outros fatores igualmente contribuintes para a dinâmica negativa que se alude. Vale destacar a própria ingerência da administração pública para reprimir a ocorrência dessas questões, quer seja pela sua má gestão, quer pela sua omissão fiscalizatória, ou até mesmo em decorrência do desprestígio e falta de prioridade do zelo público para com o patrimônio cultural.

Dito isso, convém deixar claro que a construção desse trabalho se desenhou com base em duas prerrogativas adaptáveis e não exaustivas, sobre as quais as conclusões em proposição encontram-se necessariamente vinculadas.

Da primeira prerrogativa, extrai-se que a opção pelo enfoque espacial no Brasil não limita nenhuma das considerações propostas exclusivamente a este. Não obstante se tratar de uma problemática generalizável a todo o seu território, certo é que muitos são os países cujas tratativas legais direcionadas à proteção do patrimônio cultural ainda não atingiram o seu ápice construtivo.

Prognóstico facilmente observado em nações subdesenvolvidas ou em vias de desenvolvimento, mormente as suas realidades socioeconômicas acabem por relegar a vertente cultural a um campo supérfluo, desprovido de prioridade. Ponto que soa incoerente e equivocado, na medida em que, como informa a menção histórica francesa, a valorização da questão cultural extrapola o seu círculo de afetação a todos os âmbitos

constitutivos de uma nação. Logo, o reconhecimento de uma identidade nacional, repercute diretamente na viabilização de uma estruturação positiva para os mais diversos setores de uma sociedade.

O segundo destaque, reside na importância de esclarecer que a implementação dos institutos aduzidos como precários ou ausentes na legislação brasileira, não condiciona afirmar que a correção deles poria fim aos casos de abandono de imóveis tombados. Uma vez que se tratam de hipóteses assentes na possibilidade de que tais vertentes possam influir direta ou indiretamente na questão, resta patente que é muito difícil padronizar e graduar o agir subjetivo de um proprietário particular que abandona seu bem à degradação. Afere-se inviável e imprudente apontar uma única causa e resolução.

Junto a essas constatações paradigmáticas para o entendimento da linha que se buscou desenvolver, um ponto preocupante que destoa como complicador para o direito do patrimônio cultural no Brasil, reside na dispersão e falta de especificidade das fontes normativas que de algum modo versam sobre esse ramo especial das ciências jurídicas. Como se buscou asseverar em vários momentos, é incontestável que o Decreto-Lei nº 25 de 1937 ainda continua, apesar da sua antiguidade, a ser o aporte normativo básico para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, sendo este ainda hoje o responsável por prever a instrumentalidade que abrange o instituto do tombamento.

Apesar de ser notável as suas intenções protetivas, assim como o seu longo perdurar, o que insurge como extremamente inquietante reside na constatação de que desde então o que se observa é um contexto pautado pela inércia e contentamento do legislador brasileiro no que toca ao Direito do Patrimônio Cultural. Conforme visto, o próprio conceito e abrangência da terminologia patrimônio cultural é mutacional e adaptativa, razão pela qual, uma afirmação no sentido de que a matéria se manteve inalterada, não possui qualquer fundamento.

No inadequado contexto que se alega, convém mencionar mais uma vez que com o advento da Constituição Federal de 1988, apesar de inegável a sua contribuição para a tipificação de um conceito amplo de patrimônio cultural, viabilizando desse modo uma ampliação da gama de objetos sujeitos à política de acautelamento do patrimônio cultural, mostra-se negativa a constatação de que a mesma não inovou. A Carta Magna de 1988 peca gravemente por não fixar novos parâmetros procedimentais e instrumentais para sanar algumas defasagens acumuladas com o passar do tempo.

Com efeito, o que parece prevalecer é um legislador que age desvinculado da resguarda prática e concreta do patrimônio cultural. Ainda que sejam importantes as disposições diretivas em sede constitucional, estas se limitam a elencar condutas tidas como ideais frente ao setor cultural. Tal contexto, infelizmente, sugere um ludibriar baseado na fantasia de tentar espelhar um plano ideal como se fosse o reflexo da realidade experimentada pelo setor.

O mesmo ocorre no que confere às determinações do Estatuto da Cidade e das mais diversas legislações dos estados e dos municípios espalhados pelo país. Mesmo que igualmente relevantes, não informam tecnicamente como assegurar um plano prático/real que repercute no acautelamento cultural.

Vale esclarecer ainda, seguindo pela necessidade de uma melhor estruturação do Direito do Patrimônio Cultural, que em avaliação ao aproveitar de normas e conceitos advindos da legislação ambiental, não é um fator a priori negativo, mas urge algumas ressalvas. É importante para o patrimônio cultural essa assimilação com um setor em plena atualidade e crescente repercussão. Entretanto, por uma questão de segurança jurídica, tal vislumbre de uma disciplina conjunta deveria repercutir expressamente no ordenamento jurídico, concretizando a dita aproximação entre as matérias. Aqui também fazendo alusão à perspectiva portuguesa.

No condizente à questão fundamentadora do estudo em encerramento, no que toca aos abandonos e prejuízos causados a bens imóveis tombados no Brasil, assim como em atenção aos institutos elencados como ausentes ou carentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais poderiam em certo grau contribuir para a diminuição de tais casos, cumpre tecer algumas considerações conclusivas.

A primeira nota relevante se resume na necessidade de reconhecer que tais práticas lesivas ao patrimônio cultural existem e não se limitam a um único caso isolado. Conforme aduzido ao recorrer a cidade de Petrópolis como exemplo paradigmático, resta claro que nem mesmo um plano diretor cuja relevância histórica conduz para aspectos delineadores da própria construção do país, se encontra imune a tais descasos.

Assumida essa perspectiva sistemática de ocorrências noticiadas ou não, o que se buscou foi levantar algumas indagações de cunho legal que são passíveis de associação com esse fenômeno constatável. Momento em que se abriu o presente estudo para as nuances observadas na longa experiência construtiva portuguesa frente à resguarda

cultural, até para que fosse possível ilustrar que as precariedades atribuídas a realidade brasileira, não são aspectos desconhecidos da generalidade das tratativas que necessariamente devem compor a dinâmica instituída pelo Direito do Patrimônio Cultural.

Nesse abarcar, pontuou-se que sem os institutos indicados como capacitados a equilibrar os ônus e encargos atribuídos a um proprietário particular pelo tombamento, fica extremamente difícil legitimar as intervenções e restrições que este acaba impondo. Por conseguinte, põe-se abaixo qualquer vislumbre assente na importância de existir uma política rígida de acautelamento de bens detentores de valor cultural.

Em outras palavras, buscou-se um posicionamento de que os institutos propostos não devem ser subestimados como meras medidas atributivas de benefícios aos responsáveis por bens culturais tombados/classificados. Esses devem servir como um instrumento de resguarda da própria administração pública, seja legitimando-a a cobrar uma contrapartida rígida de proteção.

Inicialmente, foi dado destaque à viabilidade indenizatória atribuível ao particular proprietário de um imóvel tombado. Considerando que por vezes os ônus e encargos restritivos e/ou limitativos que insurgem associados ao tombamento podem exorbitar a esfera da normalidade prevista, a exemplo da incompatibilidade de uso do bem para a destinação previamente conferida ao mesmo, nada mais coerente que atribuir uma indenização a título compensatório a tal proprietário privado.

Alerta-se que, o que se buscou defender nesse ponto não configura uma necessidade indiscriminada de indenizar, mas sim um instrumento jurídico viabilizador de uma obtenção indenizatória excepcional. Como destacado, tal possibilidade deve comportar uma limitação aos casos cujas particularidades a justifiquem, ou seja, os encargos e prejuízos devem extrapolar uma normalidade convencionada pela necessidade de proteção do patrimônio cultural.

Apesar disso, como foi visto, tal apontamento não encontra qualquer respaldo na legislação brasileira voltada para a preservação do patrimônio cultural, se tratando de um mero vislumbre, a depender da interpretação dos magistrados em cada caso concreto.

Logo, o raciocínio que justifica e interliga o citado ponto com os casos de abandono de imóveis tombados, repousa na consideração de que quanto menos motivos forem relegados à insatisfação do particular, logicamente no que tange aos ônus e encargos que

vão além das disposições atributivas básicas do tombamento, menor será a tendência desse prejudicar o bem tutelado.

Após considerada a incoerência do aporte normativo brasileiro no que tange a referida postulação indenizatória, o mesmo não se constatou em termos comparativos com o ordenamento jurídico português. Este que não apenas prevê a possibilidade de que o proprietário de um bem classificado pode vir a ser indenizado pelos encargos em si depositados, conferência expressamente disposta na LPC de 2001, como também faz referência direta ao pareamento da temática com o instituto da indenização pelo sacrifício.

Como se buscou demonstrar, a denominada indenização pelo sacrifício, constante na Lei nº 67/2007, confere um tratamento exaustivo e uniforme a toda e qualquer desproporção especial ou anormal causada licitamente pela administração pública a um determinado indivíduo em prol do interesse público. Por essas razões, após concluir que certamente alguma indenização é devida em casos de justificada latência, o referido instituto da indenização pelo sacrifício mostra-se a melhor opção. Consubstancia-se um exemplo a ser assimilado e seguido.

Na sequência, seguindo a mesma linha de análise direcionada a delinear fatores que poderiam equilibrar as afetações excepcionais advindas do tombamento, assim minimizando o pendor intencional de descaso com os bens a este submetidos, dedicou-se destaque a duas vertentes igualmente desprovidas de um respaldo legal adequado.

A primeira apontou a importância de fixar um regime tributário especial que seja uniforme em todo o território nacional, a exemplo do IPTU diferenciado para os imóveis tombados. Já a segunda, versou acerca da possibilidade de instauração de um processo desapropriatório/expropriatório a pedido do próprio proprietário do imóvel tombado.

No que se refere aos citados benefícios e incentivos fiscais em prol do proprietário de um determinado bem cultural tutelado, como foi visto, novamente se está diante de uma grande diferença entre o ordenamento jurídico brasileiro e português. Apesar disso, conforme se buscou asseverar, mesmo tomando que a perspectiva portuguesa não incorre no referido tratamento heterogêneo ao tributar proprietários de bens classificados, ambas as realidades comportam um vislumbre crítico.

Por certo, sempre foi e sempre será inevitável que a preocupação econômica caminhe lado a lado com as afetações que passam a incidir sobre o pólo privado, mormente sejam em decorrência do acautelamento cultural. Entretanto, atendo-se aos informes

postados, a razoabilidade de uma incidência fiscal facilitada, deveria ser condicionada aos casos em que o proprietário de um bem cultural tutelado se veja diante de uma incapacidade justificada, não sendo possível cumprir o seu papel de contribuinte e ao mesmo tempo prover o seu bem dos cuidados necessários. Somente assim, seria afastado o risco de cometer graves injustiças sociais.

Quanto a questão da desapropriação a pedido do proprietário de um bem tombado, é de todo grave o seu completo esquecimento por parte do legislador brasileiro. Convém esclarecer que essa vertente enforma um ponto extremamente capacitado a repelir inquietações e descontentamentos capazes de lesionar o patrimônio cultural. É um instituto capaz de oferecer uma saída legítima para que o proprietário insatisfeito se desvincule do bem tutelado.

Observe que surge um questionamento que parece insuficientemente respondido pelas últimas hipóteses elencadas. A possibilidade indenizatória do particular pela onerosidade dos encargos em si depositados pelo tombamento, assim como, a previsão de um regime tributário diferenciado e a viabilidade de requisição da desapropriação por parte do proprietário, são fatores que se resumem a um patamar prévio de efetividade frente aos descasos causados ao patrimônio cultural. Portanto, são parâmetros de desincentivo e não de repreensão.

Restou em aberto a necessidade de argumentar que, uma vez já constatado o abandono atentatório contra o patrimônio cultural tombado, quais seriam as permissividades legais capazes de não fazer cessar imediatamente uma situação nesse sentido, e principalmente de não atribuir as devidas responsabilidades para o retorno à situação prévia daquele bem.

Nesse ponto entrou o quarto assunto, assente no modelo adotado de responsabilidade civil, mais especificamente na sua vertente por omissão. Tema que envolve dois planos apartados de imputação, um no âmbito estatal e outro na esfera do particular.

Conforme se buscou considerar, tal contexto relacional entre o público e o privado parte do entendimento de uma concorrência de condutas omissas entre os mesmos, gerando uma responsabilidade conjunta a depender do caso em concreto. Cabendo ao Estado necessariamente responder, porquanto tutor da memória e identidade social dos seus cidadãos, uma vez patente o seu dever de vigilância e fiscalização.

Novamente, a crítica que urge prevalente baseia-se na ausência de previsão legal específica conformadora da responsabilidade civil no que tange as lesões ocasionadas no abranger do patrimônio cultural. Restando necessário o aproveitamento de disposições gerais dispersas e a jurisprudência.

Como se pontuou, não raros são os casos possíveis de responsabilização do Estado por convivência omissiva capacitada a gerar danos ao patrimônio cultural. Basta considerar que muitas vezes a atuação pública acaba por privilegiar outros setores em maior demanda, renegando recursos necessários para o resguardo cultural. Questão certamente agravada em tempos de crise.

Apesar disso, mostra-se inegociável que o particular proprietário de um bem tombado é o responsável primeiro por realizar os esforços protetivos previstos em lei. No caso do dolo e má-fé que circundam os casos de abandono, na medida em que esse particular, não obstante à afetação prejudicial ao bem, se elide propositadamente de comunicar o órgão público responsável, deve o mesmo arcar com as responsabilidades que daí emana.

Outro problema que surge associado à questão da responsabilidade civil fundamentada por danos gerados ao patrimônio cultural nacional, diz respeito ao mencionado pendor de objetivação da responsabilidade atribuída ao Estado brasileiro. Escolha que mais uma vez diverge da dinâmica portuguesa e europeia em geral.

Ponto preocupante, pois como se buscou apontar, o particular que opta pelo abandono não só o faz, mas também age visando ocultar sua opção. Logo, apesar de aceito pela jurisprudência e doutrina, mostra-se forçoso o posicionamento pelo necessário chamamento da administração pública para responder a toda e qualquer demanda cultural.

Desse modo, considerando que o Estado e o particular são chamados pelo dano ocasionado exclusivamente pelo último, no Brasil essa responsabilidade seria objetiva e subjetiva respectivamente. Por isso mesmo, a prejudicialidade que se exaspera resumiu-se na tendência de que a responsabilidade do particular, por ser vinculada à prova do elemento culpa, acaba por ser ofuscada pela fácil imputação da responsabilidade objetiva ao pólo público da demanda.

Surge um precedente negativo para a ocorrência de uma amortização da responsabilidade do particular. Podendo chegar ao extremo de que somente o Estado venha a ser condenado a indenizar, não tendo sido provada a culpa do particular.

Por certo, a ideal resolução da referida problemática seria a de considerar os trabalhos de parte da doutrina que considera subjetiva a responsabilidade do estado omissivo. Daí decorrendo a necessidade de aferir, através da averiguação do elemento culpa, o grau e qualificação da participação da administração pública em um dano ocorrido na esfera cultural.

Nesse contexto, nos casos de abandono por parte do proprietário particular do imóvel tombado, ainda que seja constatada a precariedade do órgão público em proceder a fiscalização que o incumbe, uma possível responsabilização surtiria um efeito repreensivo punitivo assente na individualização clara das condutas de cada encarregado legal por agir. O que novamente, acabaria por situar o pólo privado como grande responsável pelo ocorrido.

Isto posto, mostra-se de grande importância o rápido desenvolvimento dos trabalhos para aprovar o mencionado Projeto de Lei brasileiro de nº 412, tendo em vista que o mesmo tramita desde 2011. Seus informes rumo a uma responsabilidade civil estatal por omissão baseada na vertente subjetiva, podem afetar positivamente na constatação de que por vezes o proprietário de um bem tombado que o abandona à degradação, acaba por se elidir de parte ou toda a sua responsabilidade, sobrando ao Estado assumir genericamente a frente de imputação de uma ação indenizatória.

Preceituada essa observância, cumpre destacar que o Projeto de Lei nº 412 vai além da questão que agora dedica-se atenção. O mesmo detém a capacidade de superar, ao menos em parte, o caráter disperso e insuficiente da responsabilidade civil do Estado prevista no Brasil. Ponto em que, vale reiterar os benefícios e o efeito saneador do exemplo de vanguarda português concretado pela Lei nº 67/2007, que buscou abarcar praticamente todas as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Sabe-se que algumas dúvidas perduram, a exemplo da destinação a ser dada a uma indenização originada pela atribuição de responsabilidades fundadas na proteção do patrimônio cultural. Questão como foi vista, é uma das grandes dificuldades de utilização da ação popular para a concretização da responsabilidade civil assente na ofensa de direitos difusos.

Fator que é ainda agravado pela ausência de um fundo de resguarda específico no caso brasileiro. Ponto que novamente merece alusão ao legislador português, que por

intermédio do Decreto Lei nº 138/2009 criou o Fundo de Salvaguarda do Património Cultural.

Quanto a isso, por certo a intenção primária sempre deverá ser a reabilitação total do bem cultural lesado, restando a via da reparação pecuniária somente quando assim não for possível, o que alicerça a dúvida pela sua correta atribuição. Dinâmica que é ainda mais difícil quando considerado o contexto dos abandonos de imóveis tombados.

O que ocorre, é que uma vez configurada a lesão ao património cultural tombado, como se afirmou anteriormente, por vezes o particular ao optar pelo abandono, somente o faz para com a parte construída do seu bem, tendo assim outras intenções para a destinação do terreno em que este se situa, muitas vezes de cunho económico. A dúvida que subsiste, reside na incoerência em destinar um montante indenizatório para a conservação do bem afetado, uma vez estando este ainda em posse do seu próprio lesante.

Em outras palavras, deve haver um notável rigor frente ao dolo advindo da prática intencional que se preceitua. A título de recomendação, deveria ser prevista a possibilidade de desapropriação/expropriação obrigatória por parte do poder público, devendo constar de forma automática na indenização inerente a esta, o abatimento das multas e sanções previstas no ordenamento jurídico, a exemplo da multa gerada pela omissão no dever de comunicação da situação do bem. Do mesmo modo, o montante dessa indenização quantificar-se-ia já com os descontos de todo e qualquer custo necessário para restaurar ou compensar os danos causados ao bem tombado.

Analisando as citadas considerações, perfaz observar uma vez mais, que fica extremamente complicado sugerir repreensões e condutas rígidas em um contexto destituído de aceitação e legitimidade por parte daqueles que a ele se encontram inseridos, na maioria das vezes contra a sua vontade.

Isso somente corrobora que um plano real e sustentável de proteção do património cultural, quando remonte para a inerente dicotomia público/privado, deve em sua essência auxiliar, assistir, cooperar e prover (quanto justificadamente necessário). Somente assim haverá legitimidade para cobrar uma contrapartida, seja em prol da devida manutenção e resguarda do valor cultural de um determinado bem tutelado.

Nesses termos, insta crer que a opção por tracejar o enfoque primário do presente estudo no abranger brasileiro, utilizando a vertente comparativa portuguesa apenas como carácter margeador de expectativas, mostrou-se correto. Conforme se buscou demonstrar

incessantemente, a priori os dois ordenamentos jurídicos não podem ser postos em um patamar de igualdade.

Cumpra deixar claro que a ideia que surge das proposições feitas, principalmente acerca da necessidade de que institutos equilibradores da relação entre o público e o privado na proteção do patrimônio cultural brasileiro sejam legalmente previstos, não coaduna em um desmerecer dos aspectos acauteladores do tombamento. Convém interpretar unicamente como uma forma de privilegiar e maximizar a proteção da cultura nacional, quer seja minando possíveis descasos propositais dos particulares insatisfeitos com a situação restritiva dos seus direitos.

Assim, o que se postula é que o tombamento, ou qualquer outro instrumento de valorização do patrimônio cultural, deve ser instaurado com base em um contexto de confiança entre o setor público e o privado. Os particulares podem e devem ter orgulho de serem corresponsáveis pelo zelo de uma prerrogativa que transcende a sua própria esfera de interesses. Para aqueles que agem em desacordo com a função social especializada que lhes é conferida, soa completamente incoerente a manutenção dessa relação de atribuições mútuas.

Por fim, encerra-se este trilhar com a consciência de terem sido suscitadas contextualizações visando dirimir questões que direta ou indiretamente vão na contramão da importância em preservar e conservar o patrimônio cultural no Brasil, em muito devido à constatada displicência legislativa na matéria. Certo é que, muitas das implicações que margeiam essa disciplina são desconsideradas pela generalidade da comunidade jurídica e política, remontando assim para associações dispersas e intuitivas, sejam no abranger normativo, doutrinário ou jurisprudencial.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *The Dual Nature of Law*. Ratio Juris, vol.23, n.2, p.167-182, jun. 2010.

ALVES, Renata Martins de Carvalho. *Tombamento – um novo enfoque*. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/TOMBAMENTOUmNOVOENFOQUE.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal e Estado Social*. Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, Ano 140, n.3969, p. 345-363, jul./ago. 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

ANDRADE, Rodrigo de Melo Franco. *Brasil – Monumentos históricos e arqueológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Panamericano de Geografia e História, 1961.

ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. *Brasil: monumentos históricos e arqueológicos*. Rio de Janeiro: IPHAN/DAF/COPEDOC, 2012.

ARAGONESES, Alfons. *Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y en Argentina*. In: POLOTTO, María Rosario; KEISER, Thorsten; DUVE, Thomas (orgs.). *Derecho privado y modernización, América Latina y Europa em la primera mitad del siglo XX, Global Perspectives on Legal History*. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2015. Disponível em: <http://www.rg.mpg.de/publications/gplh_2>. Acesso em: 05 jan. 2016.

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Dworkin*. 2011. 287 f. Dissertação (Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AVANCI, Thiago Felipe S. *A responsabilidade do Estado por danos ao Patrimônio Cultural como ofensa à coletividade humana*. Revista do Curso de Direito da FGS, Caxias do Sul, ano 5, n.9, p. 137-151, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/download/5304/3954>>. Acesso em: 19 maio 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. *A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.19, p. 45-88, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_responsabilidade_civil_por_danos_ambientais_no_direito_brasileiro_e_comparado.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1781. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPMLCover.html>>. Acesso em: 6 maio 2016.

BUARQUE, A. de Paula. *Historia e historiographos da cidade de Petrópolis*. Rio de Janeiro, 1940.

BURKE, Peter. *O que é história cultural?*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003.

BOMENY, Helena Bousquet. *O patrimônio de Mário de Andrade*. In: A invenção do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1937.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 24056, 6 dez. 1937.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos Do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 14427, 18 jul. 1941.

BRASIL. Decreto nº 85.849, de 27 de março de 1981. Atribui à cidade de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, o título de Cidade Imperial, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, p. 5858, 27 mar. 1981. Seção 1.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 412, 2011. Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado. Autor: Deputado Hugo Leal. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038>>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401264 SP 2001/0191502-0. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 5 set. 2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/283802/recurso-especial-resp-401264-sp-2001-0191502-0>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 757673 SP 2005/0094709-0. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 9 maio 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7159616/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-757673-sp-2005-0094709-0-stj>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1071741 SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. São Paulo, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1075754>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 666842 RJ 2004/0099245-9. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro, 15 out. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5704865/recurso-especial-resp-666842-rj-2004-0099245-9/inteiro-teor-11863871>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação cível nº 1251 MA 1998.37.00.001251-7. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Maranhão, 31 de ago. 2007. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1078657/apelacao-civel-ac-1251-ma-19983700001251-7>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAMPOS, Juliano Bitencourt; PREVE, Daniel Ribeiro; SOUZA, Ismael Francisco de. (org.). *Patrimônio cultural, direito e meio ambiente: um debate sobre a globalização, cidadania e sustentabilidade*. Curitiba: Multideia, 2015.

CAPELOTTI, João Paulo. *Risco criado ou risco proveito? – Análise perspectiva e prospectiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil*. 2012. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4816097.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo: Teoria do Direito*. Coimbra: Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, 1998.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CASTRO, Sônia Rabello. *Casa Franklin Sampaio: abandono do patrimônio*. 11 de Jun. 2013. Disponível em: <<http://www.soniarabello.com.br/patrimonio-abandonado/>>. Acesso em: 8 maio 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 5 de maio de 2016.

CHAGAS, Maurício. *Patrimônio Cultural*. In: O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: UNESPE, 2004.

CHUVA, Márcia (org.). *A invenção do patrimônio*. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995.

COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antônio Sá da. (org.). *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012. Disponível em: <150.162.138.7/documents/download/4547?jsessionid=...>. Acesso em: 10 de abr. de 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, tomo III*. Coimbra: Almedina, 2010.

- CORDEIRO, António Menezes. *A responsabilidade civil do Estado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORREIA, Fernando Alves. *A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Ano. 140, n.3966, p. 143-161, 2011.
- COSTA, Maximino Soutelinho da. *A proteção do centro histórico de Petrópolis*. 2002. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs (coord.). *O direito e o futuro - o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- DANTAS, Fabiana Santos. In: *Patrimônio cultural, direito e meio ambiente: um debate sobre a globalização, cidadania e sustentabilidade*. Curitiba: Multideia, 2015.
- DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92977ae4d2ba2142>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- DUNLOP, Charles J. *Petrópolis Antigamente*. Rio de Janeiro: ERCA, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*. Disponível em: <<http://www.egtl.org/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.
- FARIA, Luiz de Castro. *Nacionalismo, nacionalismos – dualidade e polimorfia: à guisa de depoimento e reflexão*. In: A invenção do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. *Trajetória da política feral de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, MinC – IPHAN, 1997.
- FREITAS PEDRO, Fábio Anderson de. *A socialização da responsabilidade civil: A evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, n.32, p. 65-77, dez. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/277>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Diagnóstico exploratório do setor do patrimônio cultural brasileiro*. São Paulo: FGV, 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. Saraiva: 1995.

GEHREN, Rebeca. *Abandono: casarão de Nair de Tefé começa a desabar na Estr. da saudade*. Petrópolis: Tribuna de Petrópolis, 4 ago. 2016.

GLOVER, Jonathan (Ed.). *Utilitarianism and its critics*. Nova Iorque: New college - Oxford university Macmillan Publishing company, 1990. Disponível em: <<http://www.jonathanglover.co.uk/book/some-other-publications>>. Acesso em: 20 de abr. de 2016.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. *O Direito à cidade culturalmente preservada: Os planos diretores municipais e a tutela do Patrimônio Cultural Imóvel no Brasil*. 2010. 729 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

GÒIS, Ewerton Marcus de Oliveira. *A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal*. JuriCidades, Revista da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades, Brasília, n.1, p. 57–66, abr. 2008. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/3_-_a_responsabilidade_civil_do_estado_por_atos_omissivos_e_o_atual_entendimento_do_supremo_tribunal_federal.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

GOMES, Carla Amado. *A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro*. Julgar, Lisboa, n.5, p. 73-98, mai./ago. 2008. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-05---maio-agosto---2008>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

GOMES, Carla Amado. *O dano cultural, Pistas para a decifração de um enigma*. Scientia Iuridica, Tomo LIX, n.321, p. 33-64, 2010.

GOMES, Carla Amado. *O preço da memória: a sustentabilidade do património cultural edificado*. Lisboa, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/917-1648.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GOMES, Carla Amado. *A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência*. Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano.33, n.129, p. 9-47, 2012.

GOMES, Carla Amado. *Introdução ao Direito do Ambiente*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2014.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*. Rio de Janeiro: IPHAN, 1996.

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

HENKES, Silvana Lúcia; GASTAL, Alexandre Fernandes; MIELKE, Priscila Venzke. *O direito-dever à cultura e à preservação do patrimônio cultural. Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, p. 231-255, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/383/373>>. Acesso em: 3 maio 2016.

HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. *A Invenção das Tradições*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – IPHAN. *A Invenção do Patrimônio: continuidade e ruptura na constituição de uma política oficial de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: MinC./IPHAN, 1995.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – IPHAN. *Cartas Patrimoniais*. Rio de Janeiro: IPHAN: 2000.

INSTITUTO HISTÓRICO DE PETRÓPOLIS. *Volume do cinquentenário, 1938 – 1988*. Revista do Instituto Histórico de Petrópolis, Petrópolis, v. esp., p. 1-272, 1988.

JUDICE, Ruth Boucault. In: *Volume do cinquentenário, 1938 – 1988*. Revista do Instituto Histórico de Petrópolis, Petrópolis, v. esp., p. 93-100, 1988.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano II, Direito das Obrigações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUSA. *Convento degradado do século XIV falha classificação como monumento nacional*. 7 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/local/noticia/convento-degradado-do-seculo-xiv-falha-classificacao-como-monumento-nacional-1579780>>. Acesso em: 08 mar. 2016

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAGALHÃES, Aloísio. *E Triunfo?: A questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Fundação Roberto Marinho, 1997.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. *A Transferência do Direito de Construir Como Forma de Indenização ao Proprietário de Bem Tombado*. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9747-9746-1-PB.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2016.

MARTÍN-CASALS, Miquel (cord.). Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (trad.). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil: Texto y Comentario*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Utilidade social da norma, uma questão de política jurídica*. Busca Legis – UFSC, n.9, p.9-16, jun. 1984. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25112-25114-1-PB.pdf>>.
- MENDONÇA, Sônia Regina de. *Por uma sócio-história do Estado no Brasil*. In: A invenção do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 1995.
- MINISTÉRIO DA CULTURA – INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – MUSEU IMPERIAL. *Anuário do Museu Imperial: edição comemorativa*. Petrópolis: IPHAN, 1995.
- MINISTÉRIO DA CULTURA – INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Coletânea de Leis sobre Preservação do Patrimônio*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA – MUSEU IMPERIAL. *Cidade de Petrópolis, reedição de quatro obras raras*. Petrópolis: Artes Gráficas Uruguay, 1957.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>>. Acesso em: 31 out. 2016.
- MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*. Coimbra: Princípia, 2014.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1983.
- MONTEIRO SOARES, José Joaquim F. *Petrópolis*. Rio de Janeiro: Texto Editora, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista RT, São Paulo, ano 95, v.854, p. 11-37, dez. 2006. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/25150847/2116430929/name/RT_854_risco_solidariedade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

MOREIRA, Lucas Silva. *A responsabilidade civil extracontratual do estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*. 2014. 97 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

MOURA, Caio Roberto Souto de. *Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil*. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n.2, p. 1-32, 2006. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revista_ajufergs_02.asp>. Acesso em: 14 jan. 2016.

MUSEU IMPERIAL. *Processo nº MI 001/92*. Petrópolis: Arquivo Administrativo do Museu Imperial, 1992.

NABAIS, José Casalta. *Idéias Sobre o Quadro Jurídico do Património Cultural*. In: Separata do I Curso de Gestão do Património. Lisboa: CEFA, p. 146-167, 1996.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do património cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural*. Coimbra: Lições proferidas nas Provas de Agregação em Direito Público decorridas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 30 e 31 maio 2013.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v.19, n. 37, p. 21-37, 1998. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1500>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PETIÇÃO PÚBLICA. *Para a mudança no conceito e na aplicação das leis de Preservação do Património Histórico e Artístico Nacional aplicadas pelo Iphan em Petrópolis e no Brasil todo*. 04 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR88596>>. Acesso em: 8 maio 2016.

PETRÓPOLIS. Decreto nº 395, de 11 de julho de 2002. Consolida, para os efeitos do Artigo 36, par. 4º, da Lei Orgânica, a Legislação Tributária do Município de Petrópolis. *Diário Oficial do Município de Petrópolis*, Petrópolis, 12 jul. 2002. Disponível em:

<www.petropolis.rj.gov.br/pmp/downloads/Outros/ctm_petropolis.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

PETRÓPOLIS. *Lei Orgânica do Município de Petrópolis promulgada em 10 de outubro de 2012*. Petrópolis, 2012. Disponível em: <<http://www.petropolis.rj.gov.br/e-gov/spe/bdgg/LO.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

PETRÓPOLIS. Lei municipal nº 7.167, de 28 de março de 2014. Revê e atualiza o Plano Diretor de Petrópolis, instituído pela Lei nº 6.321 de dezembro de 2005, segundo as disposições do artigo 182 da Constituição Federal, do Capítulo III da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), da Resolução nº 34, de 01 de julho de 2005 do Conselho das Cidades, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Lei Orgânica do Município, conhecendo-se também das legislações concorrentes em vigor nesta data, que incidem sobre as diversas áreas objeto do presente texto. *Diário Oficial do Município de Petrópolis*, Petrópolis, 2 abr. 2014.

PIRES, M. C. S. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1994.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

PORTUGAL. Lei nº 13 de 6 de julho de 1985. Aprova a lei do património cultural português. Dispõe sobre as formas e regime de protecção do património cultural (classificação de bens imóveis e móveis e seus regimes específicos e ainda regime do património arqueológico), sobre o fomento da conservação e valorização do património cultural, bem como sobre as garantias e sanções aplicáveis. *Diário da República*, nº 153, Série I, 06 jul. 1985. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/34833/lei-13-85-de-6-de-julho>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PORTUGAL. Lei nº 83, de 31 de agosto de 1995. Direito de participação procedimental e de acção popular. *Diário da República*, 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

PORTUGAL. Lei nº 168 de 18 de setembro de 1999. Aprova o Código das Expropriações. *Diário da República*, nº 219, Série I, 18 set. 1999. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=477A0093&nid=477&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PORTUGAL. Lei nº 107, de 8 de setembro de 2001. Estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. *Diário da República*, nº 209, Série I, p. 5808, 8 set. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=844&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

PORTUGAL. Lei n° 67, de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas. *Diário da República*, n° 209, Série I, 31 dez. 2007. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis>. Acesso em: 15 jan. 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação – Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. *Diário da República*, n° 274, Série I, 25 nov. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 215, de 1 de julho de 1989. Aprova o estatuto dos benefícios fiscais e altera os Códigos de IRS e de IRC. *Diário da República*, n° 149, Série I, 01 jul. 1989. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/37512/decreto-lei-215-89-de-1-de-julho>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 147, de 29 de julho de 2008. Estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.° 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, com a alteração que lhe foi introduzida pela Directiva n.° 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extractiva. *Diário da República*, n° 145, Série I, 29 jul. 2008. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 21 maio 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 138, de 15 de junho de 2009. Cria o Fundo de Salvaguarda do Património Cultural, no âmbito do Ministério da Cultura, e estabelece as suas atribuições, estrutura e gestão financeira e administrativa. *Diário da República*, n° 113, Série I, 15 jun. 2009. Disponível em: < <https://dre.tretas.org/dre/254501/decreto-lei-138-2009-de-15-de-junho>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 309, de 23 de outubro de 2009. Estabelece o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime das zonas de protecção e do plano de pormenor de salvaguarda. *Diário da República*, n° 206, Série I, 23 out. 2009. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1574&tabela=leis>. Acesso em: 22 jan. 2016.

POULOT, Dominique. *Musée, nation, patrimoine: 1789-1815*. Paris: Gallimard, 1997.

RABAÇO, Henrique José. *História de Petrópolis*. Petrópolis: Instituto Histórico de Petrópolis, 1985.

READ, Daniel. *Utility theory from Jeremy Bentham to Daniel Kahneman*. Londres: The London School of Economics and Political Science, 2004. Disponível em: <eprints.lse.ac.uk/22750/1/04064.pdf>. Acesso em: 18 de abr. de 2016.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural – Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

REZENDE, Elcio Nacur.; OLIVEIRA, José Sebastião de.; RODRIGUES, Otávio Luiz Junior (cord.). *Direito civil contemporâneo*. CONPEDI, Florianópolis, p. 404-419, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

RIBEIRO, Jaqueline. *Casarões tombados dosofrem com abandono no Centro Histórico de Petrópolis*. EXTRA, 15 de jun. 2009. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/casaroes-tombados-dosofrem-com-abandono-no-centro-historico-de-petropolis-300251.html#ixzz48pEZSEsI>>. Acesso em: 8 maio 2016.

RIO DE JANEIRO, Decreto nº 28.247, de 30 de julho de 2007. Consolida os procedimentos para o reconhecimento das isenções tributárias relativas aos imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico ou de preservação paisagística ou ambiental, e dá outras providências. *Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro*, 31 jul. 2007. Disponível em: <<http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/incentivo.shtm>>. Acesso em: 27 out. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (17ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0136381-32.2008.8.19.0001. Apelante: Município do Rio de Janeiro e outros. Apelado: Os mesmos. Relatora: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. Rio de Janeiro, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042F581D58BEBBE6C8A6DAA1FEC7021FFBC5024D575548>>. Acesso em: 9 out. 2016.

SALIM, Adib Pereira Netto. *A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.41, n.71, p. 97-110, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

SANTO COSTA, Augusto Neves do Espírito. *A indenização pelo sacrifício: seu sentido e alcance*. 2013. 147 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

SANTOS, Adriano Barreto. *O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil*. 2015. 126 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4.ed. São Paulo: Cortez, vol. 1, 2002.

SARAIVA, David Emanuel Chiquita. *A tutela preventiva da responsabilidade civil*. 2015. 110 f. Dissertação (especialização em Ciências jurídico-forenses) – Universidade de Nova Lisboa, Lisboa, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: Responsabilidade Civil e Previdência. Milão: Dott. A. Giuffrè, ano LXXI, n.3, p. 586-600, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.andersonschreiber.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Os guardiões de nossa história oficial*. São Paulo: IDESP, 1989.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As barbas do imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SHAW, Geoffrey C. H. L. A. *Hart's lost essay: discretion and the legal process school*. Harvard Law Review, v. 127:666, p.666-727, 2013. Disponível em: <www.harvardlawreview.org/wp.../vol127_shaw.pdf>. Acesso em: 27 de abr. de 2016.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do patrimônio cultural brasileiro*. 2011. Disponível em: <<http://www.direitosculturais.com.br/pdf.php?id=66>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SINGER, Peter. *Practical Ethics*. FERNANDES, Álvaro Augusto (Trad.). Lisboa: Gradiva, 2000. Disponível em: <www.libertarianismo.org/livros/pseticapratca.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2016.

SOUZA, Beatriz Cristina Pereira de. *Os Nomes Geográficos de Petrópolis/RJ e a Imigração Alemã: memória e identidade*. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SOUZA E BRITO, José de. *Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, p.289-334, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil Francês)*. 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

TARTUCE, Flávio. *A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002*. Revista jurídica luso brasileira, ano 1, n.3, p. 583-638, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0583_0638.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. *O (in)verso da proteção do patrimônio cultural: análise do instituto jurídico do cancelamento de tombamento*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=163>>. Acesso em: 3 set. 2016.

TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de. (org.). *O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.

UNESCO/MINC – MONUMENTA. *Relatório de contrato de Sonia Rabello*. Brasília, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias (cord.); ABES, Michel (trad.). *Responsabilidade e socialização do risco, Conselho de Estado*. Brasília: UniCEUB, 2006.

WEDY, Ana Paula. *Responsabilidade civil objetiva: tendências e análise do Direito Comparado*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.67, ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/AnaPaula_Wedy.html>. Acesso em: 05 jan. 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Joanesburgo: Juta & Co. Ltd., 1992.