

O REVÉS DA PROTEÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DO CANCELAMENTO DE TOMBAMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Mário Ferreira de Pragmácio Telles¹
Rodrigo Vieira Costa²
Jessica Fontenele Sales³

RESUMO: O tombamento é o instrumento de proteção de bens culturais de maior utilização no Brasil, confundindo-se com o próprio conceito de patrimônio cultural. Contudo, a prática inversa, o cancelamento de tombamento, ainda permanece uma incógnita em relação aos seus efeitos jurídicos e reflexos na preservação de bens protegidos. O presente trabalho traz reflexões acerca do instituto do cancelamento de tombamento, suas implicações jurídicas e reflexos nas políticas culturais voltadas à preservação do patrimônio cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural. Políticas de preservação. Cancelamento de tombamento. Destombamento. Participação Popular.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O instituto do tombamento já foi fartamente estudado pela doutrina brasileira, tanto pelos administrativistas (CASTRO, 2009; MEIRELLES, 1999; PIRES, 1994; DI PIETRO, 1999), quanto pelos ambientalistas (MIRANDA, 2006; MARCHESAN, 2007; SOUZA FILHO, 2006; REISEWITZ, 2004), destacando-se, ainda, a nova contribuição trazida pelos culturalistas (COSTA, 2011), sendo, nas palavras de Marchesan (2007, p. 212), “o mais difundido instrumento de preservação de bens culturais materiais, no Direito brasileiro, [...] de tal sorte que, no jargão popular, costuma-se confundir tombamento e preservação como sinônimos fossem”.

Muito em função disso, o tombamento não será o foco desta análise, mas este septuagenário instituto será abordado, tão somente, para se compreender o seu instituto

¹ Advogado. Mestre em Museologia e Patrimônio pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Especialista em Patrimônio Cultural pelo Programa de Especialização em Patrimônio – PEP/IPHAN. Professor da Universidade Federal Fluminense – UFF. Coordenador do Observatório Estadual de Economia Criativa no Estado do Rio de Janeiro – OBEC/RJ. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza. E-mail: mpragmacio@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/2392527489812303>.

² Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutorando em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais. E-mail: rodrigovieira@direitosculturais.com.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/8666446877591702>.

³ Estudante de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Integrante do Centro de Assessoria Jurídica Universitária da UFC. Estagiária da Defensoria Pública da União. Membro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais, Seção Ceará. CV: <http://lattes.cnpq.br/2154273818232831>.

oposto, denominado comumente de destombamento, mas concebido, originalmente, com a terminologia de cancelamento do tombamento. Para se compreender a atual utilização do cancelamento do tombamento, não raro atrelado à especulação imobiliária, é imprescindível conhecer o seu contexto histórico-jurídico de criação, a fim de investigarmos a finalidade e o propósito de sua aplicação.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O CANCELAMENTO DE TOMBAMENTO

Tal qual dito anteriormente, o cancelamento do tombamento só tem razão de ser em virtude da criação do instituto do tombamento, instituído por Getúlio Vargas, através do famigerado Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (DL 25/37), que está em vigor até hoje. Supérfluo acrescentar que não haveria cancelamento se não houvesse tombamento; aquele, portanto, depende deste, que é o instituto originário.

Importante esclarecer que a figura legislativa *decreto-lei* não existe mais. Tratava-se de ato do Presidente da República equivalente à atual Medida Provisória, sendo sua utilização, não raro, ligada a regimes de exceção, pela razão óbvia de ser um ato unilateral e antidemocrático. Mesmo com o intenso debate jurídico que antecedeu a criação do DL 25/37 (TELLES; CAMPOS, 2010), este ainda tem a pecha de ser, em sua origem, autoritário⁴. Explica-se: é que ele não passou pela aprovação do Congresso Nacional, pois este foi dissolvido em novembro de 1937, em razão do golpe do Estado Novo, exatamente na mesma época de promulgação da norma acerca do tombamento.

Envolto em um conturbado contexto político e jurídico, o DL 25/37 conseguiu emergir e permanecer quase incólume até os dias atuais⁵, trazendo consigo uma característica marcante: a de um instrumento jurídico de vanguarda, pois inaugurava, à época, segundo corroboram alguns doutrinadores, a proteção dos interesses difusos no Brasil. No dia anterior ao quarto aniversário de edição do referido DL 25/37, editou-se o Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941 (DL 3.866/41), trazendo um único artigo, que conecta ambas as normas, com a seguinte redação:

Artigo único – O presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por

⁴ Há também os que defendam ser o DL 25/37 autoritário em seu conteúdo, pois interfere no direito de propriedade do particular, o que não se corrobora, por entender que esse argumento desconsidera a função social da propriedade, assim como os direitos culturais referentes à preservação do patrimônio cultural.

⁵ Quase incólume, pois o Decreto-lei nº 3.866/41 – objeto de análise deste artigo – e a Lei nº 6.292/1975 alteraram, de certa maneira, alguns aspectos formais do tombamento.

qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

No entanto, ao contrário do tombamento, norma primígena, ainda não há trabalhos historiográficos e/ou jurídicos que abordem o surgimento deste instituto. Mesmo assim, pode-se inferir que o contexto político de criação do destombamento faz parte do conjunto de intervenções empreendidas na seara cultural na Era Vargas, mormente do Estado Novo, objeto de estudo recorrente dos principais teóricos do patrimônio cultural e das políticas culturais (RUBIM, 2007; BARBALHO, 2008; FONSECA, 2005; CHUVA, 2009).

José Eduardo Ramos Rodrigues (2012, p. 61-62), em um dos poucos estudos que faz menção ao contexto jurídico-político do instituto do cancelamento do tombamento, diz que “esse dispositivo legal é deplorável resquício do autoritarismo centralizador do Estado Novo [...]” e, “em verdade, o destombamento teve origem espúria e casuística, eis que criado especialmente para facilitar a construção da Avenida Presidente Vargas no Rio de Janeiro”, ocasião em que “foram destruídas pelo menos duas valiosas igrejas, a de São Pedro dos Clérigos e a do Bom Jesus do Calvário, além de parte dos jardins da Praça da República.”.

Contudo, como se verá mais adiante, através da lista dos primeiros bens culturais tombados e posteriormente cancelados⁶, discorda-se da afirmação de José Eduardo Ramos Rodrigues (2012, p. 61-62). Verifica-se, no referido rol, que os despachos de cancelamento de tombamento destes dois templos religiosos localizados na então capital federal, exarados pelo Presidente da República da época, Getúlio Vargas, datam de 1943, isto é, dois anos após a promulgação do DL 3.866/41, razão pelo qual não poderiam ser considerados os motivadores da criação do instituto aqui analisado.

Vê-se, na mencionada lista, que o primeiro bem cultural que teve seu tombamento cancelado localiza-se em Porto Alegre. Trata-se da Igreja de Nossa Senhora do Rosário que teve seu despacho de cancelamento de tombamento proferido em 1941, o que não corrobora, *data venia*, com a tese de Rodrigues, de que o cancelamento foi criado para facilitar a construção da Avenida Presidente Vargas, claramente construída, vale ressaltar, para se tornar um monumento da Era Vargas.

⁶ Lista extraída de um importante trabalho do pesquisador Celso Lago Paiva, que disponibilizava *on line*, uma catalogação dos bens culturais destruídos no Brasil, tendo um verbete específico sobre os primeiros bens tombados e destombados. Atualmente, esta lista só é acessível através do seguinte endereço eletrônico: <http://www.oocities.org/lagopaiva/destruid.htm>.

Ainda na busca de compreender o contexto histórico do instituto do cancelamento de tombamento, apresenta-se o posicionamento do advogado Rodrigo Melo Franco de Andrade, um dos idealizadores do DL 25/37 e primeiro presidente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, encontrada na raríssima obra “Brasil: Monumentos históricos e Arqueológicos”, originalmente publicada pelo Instituto Pan-Americano de Geografia e História – Comissão de História, México, 1952 e reeditada, em versão fac-símile, pelo IPHAN (2012, p. 122), o qual menciona *en passant* o DL 3.866/41, em tom cauteloso:

Em virtude, porém, do que estabeleceu o citado Decreto-lei 3.866, os tombamentos feitos pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ficam sempre sujeitos à revisão do Presidente da República, que tem poderes para determinar o seu cancelamento, atendendo a motivos de interesse público.

E mais: em nota de rodapé contida na citada publicação, Rodrigo Melo Franco de Andrade (2012, p. 122) deixa uma importante pista para futuras pesquisas históricas acerca do instituto do cancelamento de tombamento, sobretudo no que se refere à forma com que eram exarados os despachos de cancelamento nos primeiros idos de sua aplicação, ainda na década de quarenta do século passado:

Cancelamento da inscrição feita nos Livros do Tombo tem sido determinado, às vezes, por simples despacho do Presidente da República, à vista das exposições de motivos que lhe são presentes em processo administrativo (v. g. despacho do Presidente Getúlio Vargas, de 8.1.1943 no Processo P. R. nº 310/41) e, em certas eventualidades, por decreto do Poder Executivo Federal (v. g. Decreto nº 26.670, de 12.5.1940).

Essa discreta, porém visionária, citação de Rodrigo Melo Franco de Andrade, ao mencionar ‘por simples despacho’, aponta para um dos principais problemas que permeiam as políticas culturais hodiernas, isto é, a simplicidade e o desinteresse público com que são conduzidas tais decisões. Por fim, no intuito de preservar as informações que estão contidas no site de arquivos/*backups* de páginas da *web* dos órgãos de preservação que não existem mais na rede mundial de computadores, segue abaixo quadro com informações dos quatorze bens destombados em nível federal, com sua breve descrição e respectivo despacho que promoveu o seu cancelamento (PAIVA, 2014, on-line):

BEM	LOCALIDADE	PROPRIEDADE	TOMBAMENTO	DESTOMBAMENTO
Igreja de Nossa Senhora do Rosário	Porto Alegre (RS)	Particular	SPHAN (processo 178-T)	Despacho Presidencial (1941)

Igreja do Bom Jesus do Calvário	Rio de Janeiro (RJ)	Particular (Construção do Século XVIII)	SPHAN (processo 37-T-38)	Despacho Presidencial (1943) – Destruído
Igreja de São Pedro dos Clérigos	Rio de Janeiro (RJ)	Particular (Construção do Século XVIII)	SPHAN (Processo 17-T-38; inscrito no livro de Belas-Artes)	Despacho Presidencial (1943) – Destruído em 1944
Campo de Sant'Ana	Rio de Janeiro (RJ)	Pública (Município do Rio de Janeiro)	SPHAN (processo 99-T-38)	Despacho Presidencial (1943) – Parcial com destruição de uma faixa da antiga Avenida Presidente Vargas
Residência	Salvador (BA)	Particular	SPHAN (processo 115-T-38)	Despacho Presidencial (1943)
Arcos da Lapa	Rio de Janeiro (RJ)	Pública (Município do Rio de Janeiro)	SPHAN (inscritos nos livros de tombo Histórico e das Belas Artes em 1938)	Decreto federal nº 26.670, de 12 maio de 1949 – Parcialmente destruído e reconstruído
Forte do Buraco	Istmo entre Recife e Olinda (PE)	Pública (União) – Construção do Século XVIII	SPHAN (Processo 101-T-38, inscrito nos livros de tombo Histórico e das Belas Artes em 1938)	Despacho Presidencial (1955) – Parcela destruída antes do tombamento em 1953, com dinamitação definitiva em 1958 – Escombros tombados em novamente em 2000 com o abandono do projeto naval que justificou o cancelamento
Solar	Salvador (BA)	Particular	SPHAN (processo 132-T-38)	Despacho Presidencial (1957)
Casa do Coronel	Salvador (BA)	Particular	SPHAN (processo 260-T-43)	Despacho do Diretor do SPHAN (1957)
Residência	Santa Cruz (RJ)	Particular	SPHAN (processo 152-T-38)	Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural (1957)
Casa na Praça Quatro Jornadas	Campos dos Goitacazes (RJ)	Particular	SPHAN (Processo 519-T- sem data)	Despacho Presidencial (1961)
Igreja de Nossa Senhora	Campos dos	Particular (Construção dos	SPHAN (Processo	Despacho Presidencial

Mãe dos Homens	Goitacazes (RJ)	Séculos XVIII e XIX)	519-T- sem data)	(1961)
Pico de Itabira	Itabirito (MG)	Pública (União)	SPHAN (processo 608-T-60; inscrição a 26 jun.1962 no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico)	Despacho Presidencial (1965)
Igreja de Bom Jesus dos Marítimos	Recife (PE)	Particular	SPHAN (processo 836-T-71)	Despacho Presidencial (1972)

2 A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 3.866/41

Uma das grandes questões que rondam o instituto do cancelamento do tombamento é sobre sua constitucionalidade, uma vez que há dúvidas quanto a isso. Poucos doutrinadores se posicionaram sobre o tema, mesmo diante da, cada vez mais recorrente, aplicação política desse instrumento em âmbito estadual e municipal sob a égide da competência legislativa concorrente.

A norma geral que rege o cancelamento de tombamento é o DL 3.866/41, norma de apenas um artigo, é bom ressaltar. Como já mencionado, há dúvidas quanto a sua recepção pela Constituição Federal de 1988, ao contrário do instituto a ele vinculado, o tombamento, que já foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Antes de se analisar a constitucionalidade do cancelamento do tombamento, é importante conhecer o núcleo central que envolveu a declaração de constitucionalidade do instituto primígeno: o tombamento.

A Constituição de 1891 reconhecia a plenitude do direito de propriedade, ressaltando, apenas, os casos em que houvesse desapropriação por interesse público, não permitindo, por conseguinte, avanços na criação de novos instrumentos jurídicos que protegessem o interesse coletivo. Com a instalação de uma nova ordem jurídica, através do advento da Constituição de 1934 vislumbrou-se finalmente assento constitucional para se criar instrumentos jurídicos capazes de proteger o patrimônio cultural brasileiro sem, necessariamente, se utilizar o instituto da desapropriação, uma vez que, pela primeira vez, previu-se a função social da propriedade (art. 113, §17⁷).

⁷ Que dispunha: “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

Nesse novo contexto criado pela previsão constitucional da função social da propriedade, marco legal indispensável na proteção dos interesses difusos, é que foi possível criar o DL 25/37, repita-se, pioneiro instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Como se tratava de um instrumento jurídico ousado para a época, não foram poucas as tentativas de expurgá-lo do ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de declará-lo inconstitucional.

Mesmo assim, em 1942, o tombamento foi consagrado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através do *leading case* do Arco do Teles. Tal caso é emblemático, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, pela vez primeira, manifestou-se acerca da constitucionalidade do tombamento compulsório, criado pelo DL 25/37. Adiante, transcreve-se o longo, porém elucidativo, resumo dessa questão, efetuado por Rodrigo Vieira Costa (2011, p. 72, grifou-se em negrito):

No *leading case* do tombamento, o caso do Arco do Teles, quando tombado o bem imóvel número 34 da Praça 15 de Novembro, no Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal, na Apelação nº 7.377, julgada em 17 de junho de 1942, cujo relator foi o Ministro Castro Nunes, decidiu acerca da constitucionalidade do Decreto-Lei nº 25/37 em face o direito de propriedade. O proprietário do bem tombado alegou que o tombamento compulsório de bem privado, previsto nos artigos 6º e 8º do Decreto-Lei nº 25/37 feria o direito de propriedade, atentando contra a Constituição de 1937, figurando, na verdade, como caso de desapropriação por utilidade pública do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de agosto de 1941. **O Ministro Castro Nunes, em seu voto, ressaltou que a tese do dono do bem tombado valia-se de uma antiga idéia acerca da propriedade que não mais se coadunava com os preceitos de sua utilização de acordo com sua função social. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal garantiu o princípio da função sociocultural da propriedade e a possibilidade de o Poder Público interferir no âmbito privado com o objetivo de promover a proteção do patrimônio cultural, na forma estabelecida pela lei.** Insurgiram-se contra o voto do relator e, conseqüentemente posicionaram-se pela inconstitucionalidade do tombamento, permitindo apenas o tipo voluntário inserto no artigo 7º do Decreto-Lei nº 25/37, os Ministros Laudo de Camargo e Otávio Kelly. Eles decidiram tratar-se o caso de desapropriação e que o bem não possuía valor histórico. Acompanharam o relator os Ministros Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Victor Nunes Leal entendendo que o direito de propriedade não é absoluto e está sujeito ao interesse social.

Note-se que o caso do Arco do Teles, no Rio de Janeiro, tratava-se de uma importante oportunidade de afirmação do novel instituto do tombamento no ordenamento

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 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.”.

jurídico, focando-se bastante no, ainda embrionário, princípio da função social da propriedade, não mencionando, entretanto, nada a respeito do Decreto-lei nº 3866/41, que estabeleceu o seu cancelamento. Se o DL 3.866/41 não foi objeto de análise no caso do Arco do Teles, que estabeleceu a constitucionalidade do DL 25/37, a dúvida persiste: aquela norma, que prevê o cancelamento do tombamento, por decisão do chefe do executivo, é constitucional?

José Eduardo Ramos Rodrigues (2012, p. 260) entende que não. Este jurista acredita, dentre outras argumentações, que a proteção conferida pelo tombamento não é mero interesse da União, mas é um interesse e direito difuso de toda a sociedade brasileira:

O malfadado Decreto-lei nº 3.866/1941 também é inconstitucional porque, ao viabilizar o destombamento arbitrário de um bem cultural, regularmente tombado, está prejudicando o direito adquirido de toda a sociedade brasileira à sua preservação, novamente ferindo o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Entretanto, como se verá mais adiante, a não recepção pela Constituição de 1988 da norma geral que institui o destombamento, refletora de dispositivos similares de leis e decretos estaduais e municipais de proteção do patrimônio, resulta de interpretação literal e canônica de seus requisitos administrativos, sendo necessário para a sua assimilação pelo ordenamento jurídico hodierno *interpretação conforme a Constituição*. Este princípio parte do pressuposto que sobre uma mesma norma ou instituto repousam diversas interpretações que possibilitam o surgimento de litígios na sua aplicação, procurando assim, através da precaução, prevenir querelas judiciais entre os poderes e particulares, preservar aquela que melhor se coadune com a Constituição e represente o espírito do Poder Constituinte Originário. Segundo Gilmar Mendes et al. (2009, p. 141-142, grifo em itálico original):

Com efeito, ao recomendar – nisto se resume este princípio –, que os aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos de legislatura.

[...]

Essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a *salvar a lei à custa da Constituição*, nem tão pouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso, porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador *positivo*, na exata medida em que a lê

resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências – em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou do trabalho legislativo.

[...]

Modernamente, o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do *querer* constitucional, ao não significar *apenas* que entre distintas normas interpretações de uma mesma norma há que se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se *orienta para a Constituição* ou a que *melhor* corresponde às decisões do constituinte.

Portanto, entende-se que o destombamento sobrevive à Constituição de 1988 apenas se o submetemos à *interpretação conforme*, pois se trata de uma importante ferramenta para salvaguardar outros bens jurídicos que se apresentarem, caso a caso, devendo sua utilização ser norteada por interesse público superveniente – conforme hermenêutica constitucional adequada sobre este princípio jurídico-administrativo – , apenas em casos extremos e excepcionais, com a devida cautela e seguindo alguns parâmetros que serão explicitados a seguir.

3 O USO DO CANCELAMENTO DE TOMBAMENTO

Tal qual analisado anteriormente, o instituto do cancelamento de tombamento é constitucional. Entretanto, para ser utilizado, ele deve obediência a alguns parâmetros, a fim de evitar distorções na sua aplicação que violem princípios constitucionais culturais e, sobretudo, impliquem desrespeito aos direitos culturais consagrados pela Constituição de 1988 (CUNHA FILHO, 2000), como é o direito à preservação do patrimônio cultural.

Inicialmente, cabe ressaltar o caráter excepcional de tal instituto. Ele só deve ser utilizado em casos extremos que demandem a retirada de proteção da coisa tombada. É importante ressaltar, também, que o cancelamento de tombamento não somente afasta a proteção conferida, mas também *desvaloriza* a coisa tombada, no sentido de lhe retirar o valor que antes fora atribuído. Noutras palavras, o cancelamento de tombamento retira o manto protetor e a aura de patrimônio, razão pela qual deve ser usado somente em casos excepcionais.

Nesse raciocínio, quando há o cancelamento de tombamento, o procedimento adotado tem sido o de averbação do cancelamento no Livro do Tombo, mantendo-se a inscrição de tombamento intacta, a fim de preservar o registro histórico e documental de tal ato.

Um das principais condicionantes na aplicação do cancelamento de tombamento é que tal ato deve ser precedido não só de manifestação do conselho, mas de mecanismos que garantam a participação popular neste processo decisório, tal como preconiza as modernas políticas culturais e, sobretudo, as políticas de patrimônio, através do conceito de referência cultural. As principais hipóteses de aplicação do cancelamento de tombamento são: a) perecimento da coisa tombada; b) desaparecimento do valor; e c) atendimento de interesse público superveniente.

A primeira possibilidade diz respeito à inexistência física da coisa tombada, ocasionada por fatores naturais ou similares, não se admitindo, entretanto, destombamento decorrente de qualquer ação dolosa com o fito de causar dano irreversível ao patrimônio cultural, sem prejuízo da responsabilização civil e criminal para tais atos. É importante fazer esta ressalva, pois, infelizmente, não são raros os casos em que se destrói o patrimônio cultural, intencionalmente, a fim de extinguir a coisa tombada, no intuito de se driblar a proteção conferida, em razão da impossibilidade de aplicação do tombamento sobre coisa não corpórea.

A segunda hipótese diz respeito ao desaparecimento do valor atribuído à coisa, levando-se em consideração que o valor se altera no tempo e no espaço, podendo, em casos excepcionais, ser retirado da coisa através de critérios técnico-científicos, em processo administrativo próprio, com participação popular e respaldo do conselho consultivo.

A terceira hipótese – tomada com ressalvas – é a mais comum e que merece maior aprofundamento, isto é, o possível cancelamento de tombamento com vistas a atender interesse público superveniente ao direito cultural – direito difuso – de preservação ao patrimônio cultural.

4 PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE CANCELAMENTO DE TOMBAMENTO OU DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO DE BENS CULTURAIS

As recentes políticas públicas de preservação, com base no art. 216, §1º da CF/88, prezam pela participação popular nos processos de patrimonialização de bens culturais, a fim de assegurar ressonância entre bem cultural e sujeitos diretamente envolvidos com tais bens, acarretando, desta feita, uma efetiva proteção ao patrimônio cultural.

Entretanto, ainda não há estudos que investiguem a importância da participação popular na retirada de valor de tais patrimônios, isto é, quando ocorre um processo de despatrimonialização de bens culturais, através do cancelamento de tombamento ou processo

análogo, no qual não apenas se retira a proteção ou título de patrimônio cultural, mas, sobretudo, o valor cultural que antes era atribuído ao tal bem.

Com base na contribuição de alguns antropólogos, que auxiliaram inclusive na instituição do marco legal do Registro⁸, emerge, dentre os teóricos e formuladores de políticas públicas preservacionistas, o conceito de *referência cultural*, trazido à baila, sobretudo, por Maria Cecília Londres Fonseca (2006), a partir de uma releitura da política empreendida por Aloísio Magalhães à frente do IPHAN.

Segundo Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcanti e Maria Cecília Londres Fonseca (2008, p. 20), a referência cultural é um conceito estruturante das políticas culturais, a qual reconhece o papel indispensável dos sujeitos envolvidos com os bens culturais:

Este conceito está na base da nova visão da preservação e da gestão dos bens culturais brasileiros expressa pelas políticas atuais do patrimônio cultural imaterial. Ao mesmo tempo, sua adoção significou assumir que a atribuição de valor patrimonial a objetos e ações não é prerrogativa exclusiva do Estado e de seus representantes. Os sujeitos que mantêm e produzem bens culturais, antes disso, são vistos como atores fundamentais nesse processo.

A referência cultural, da forma como foi concebida a partir do começo do século XXI, propõe uma revisão nas bases conceituais de atribuição de valor e, sobretudo, nos procedimentos adotados na mediação estabelecida entre Estado e sujeitos produtores/detentores-titulares dos bens culturais, a fim de se definir conjuntamente quais bens culturais integrarão o patrimônio cultural brasileiro.

Diante deste raciocínio, mas no sentido inverso, qualquer decisão que reverta o *status* jurídico desse bem cultural reconhecido como patrimônio cultural também tem que ser compartilhada com a comunidade, não podendo ser tomada à sua revelia e contra o interesse público compreendido como interesse da coletividade. É necessário, portanto, que sejam assegurados meios de participação popular nesse perigoso processo de “despatrimonialização” (tais como audiências públicas, consulta às associações de moradores e conselhos comunitários do entorno do bem tombado), sob pena de o bem cultural ficar desprotegido e suscetível a danos irreversíveis, sem mencionar a ausência de legitimidade que tal ato administrativo traz consigo.

⁸ Instrumento concebido, através do Decreto 3.551/2000, para complementar o tombamento, no que se refere à preservação de bens de natureza imaterial. Sobre o assunto, Cf. COSTA, 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cancelamento do tombamento, instituído em nível federal pelo Decreto-lei nº 3.866/41, vem sendo recorrentemente utilizado em âmbito estadual e municipal. Malgrado ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, através de *interpretação conforme*, o cancelamento de tombamento é ato vinculado à aferição do interesse da coletividade que se perfaz somente nas hipóteses de: 1) perecimento da coisa, se não for resultado de burla, ação ou omissão danosa, por parte de quem tem o dever de preservar ensejando inclusive a responsabilidade, administrativa, civil e penal e; 2) desaparecimento do valor, motivo condicionante, que resultou no tombamento, não bastando o surgimento de um novo motivo.

Além disso, para se aplicar o cancelamento de tombamento, este trabalho defende ser necessário, previamente, ouvir o Conselho de Patrimônio diretamente envolvido e se empreender demais mecanismos que garantam a participação popular neste processo de despatrimonialização de bens culturais.

REFERÊNCIAS:

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

BARBALHO, Alexandre. *Textos nômades: política, cultura e mídia*. Fortaleza: BNB, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. *Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. *Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941*. Dispõe sobre o cancelamento do tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. *Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975*. Dispõe sobre o tombamento de bens no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

_____. *Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000*. Institui o registro de Bens Culturais de natureza Imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil – legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO/EDUCARTE, 2008.

CHUVA, Márcia. *Arquitetos da memória: sociogênese das práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil (anos 1930-1940)*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

COSTA, Rodrigo Vieira Costa. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: UFRJ/MINC/IPHAN, 2005.

_____. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: *O registro do patrimônio imaterial – dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial*. 4. ed. Brasília: MINC/Instituto do Patrimônio Histórico e IPHAN, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141-142.

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

PAIVA, Celso Lago. *Bens tombados destruídos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.oocities.org/lagopaiva/destruid.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RUBIM, Antônio Albino Canelas. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições, enormes desafios. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (Org.). *Políticas Culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; CAMPOS, Marcio D' Olne. . Entre a lei e as salsichas: análise dos antecedentes do decreto-lei nº 25/1937. *Revista Magister de direito ambiental e urbanístico*. v. 27. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 83-99.