

## **Direito Municipal e Urbanístico**

### **1. Proteção do patrimônio cultural: uma análise dos instrumentos jurídicos à luz do Estatuto da Cidade**

---

#### **Cultural heritage protection: an analysis of the juridical instruments through the City Act**

**NATALIA REBELLO MOREIRA**

*Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Monitora do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu FGV Direito SP - GVLaw. Advogada em São Paulo.  
natrebello@yahoo.com.br; natalia.moreira@fgv.br*

#### **Sumário:**

1. Introdução
2. Rápido histórico do Cine Belas Artes
3. Instrumentos clássico de proteção do Patrimônio Cultural no ordenamento jurídico brasileiro
  - (a) Tombamento
  - (b) Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial
  - (c) Desapropriação
4. O advento do Estatuto da Cidade
5. Desafios jurídicos
6. Conclusão
7. Bibliografia

**Área do Direito:** Administrativo

#### **Resumo:**

O presente trabalho parte da análise do caso da Cine Belas Artes para avaliar, à luz do Estatuto da Cidade, a efetividade dos instrumentos tradicionais de proteção do patrimônio cultural. Do estudo do caso é possível concluir que a complexidade das relações sociais, sobretudo no ambiente urbano, reclamam por soluções mais sofisticadas e que garantam a real eficácia das medidas em prol da preservação da cultural.

## **Abstract:**

This paper analysis the case of the Cine Belas Artes to evaluate the effectiveness of traditional instruments of cultural heritage protection regarding the City Act. The case study concludes that the complexity of social relations, especially in the urban environment, requires more sophisticated solutions to ensure the real effectiveness of actions for the cultural preservation.

**Palavra Chave:** Cine Belas Artes - Proteção do patrimônio cultural - Instrumentos jurídicos clássicos - Efetividade.

**Keywords:** Cine Belas Artes - Protection of the cultural heritage - Traditional legal instruments - Effectiveness.

## **1. Introdução**

O presente trabalho procura analisar brevemente o caso do Cine Belas Artes, utilizando-o como ponto de partida para uma discussão mais ampla sobre os instrumentos hoje previstos no ordenamento jurídico brasileiro para proteção do patrimônio cultural nacional.<sup>1</sup>

O Cine Belas Artes, para além de ser importante elemento da formação cultural da população paulistana, por meio da difusão do denominado "cinema de arte", é também considerado local de resistência da ditadura militar. O cinema representa um marco da evolução do espaço urbano na esquina da Avenida Paulista com a Rua da Consolação, por ser ícone dos cinemas de rua.

A importância do cinema reside, portanto, muito mais no valor simbólico do que arquitetônico-artístico do local, daí a dificuldade em se encontrar, dentre os instrumentos clássico de proteção, um que realmente se adequasse às necessidades e satisfizesse os anseios sociais.

O caso tornou-se paradigmático, do ponto de vista jurídico, pois evidenciou a insuficiência dos instrumentos previstos na legislação para dar efetividade à proteção do patrimônio cultural, demonstrando a necessidade de revisitações a esses institutos e de modelagens de novos arranjos para viabilizar uma adequada preservação.

## **2. Rápido histórico do Cine Belas Artes**

A história do cinema – inicialmente chamado de Cine Trianon – teve início em 1947, quando o projeto foi aprovado pela Prefeitura. A sua inauguração, contudo, somente ocorreu em 1952. Em 1955 foi aprovado um novo projeto e, em 1962, passou a se chamar Cine Belas Artes em função da mudança de programação. Vale mencionar que, em 1982, houve um incêndio no local – o qual é considerado criminoso por algumas pessoas –, razão pela qual precisou ser fechado para realização de reformas, reabrindo em 1983.<sup>2</sup>

A partir daí o cinema passou por mudanças tanto na programação como na administração, atravessando períodos em que necessitou ser fechado. Mais recentemente o cinema logrou seguir suas atividades em razão da sua compra por duas produtoras de renome no mercado (uma delas pertencente a famoso diretor brasileiro) e de parceria firmada com instituição financeira, cujo patrocínio durou aproximadamente seis anos. Com o fim da parceria, o cinema sobreviveu por ainda quase um ano, tendo encerrado suas atividades em definitivo em fevereiro de 2011.

Em janeiro de 2011, a associação Via Cultural – Instituto de Pesquisa e Ação pela Cultura, apresentou petição requerendo abertura do processo de tombamento do cinema como bem material e imaterial tanto perante o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – Conpresp, quanto perante o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico – Condephaat.<sup>3</sup>

Inúmeras discussões advieram em ambos os processos, com a elaboração de diversos pareceres técnicos. Os processos foram arquivados, sendo que, no âmbito estadual, concomitante ao arquivamento do processo de tombamento, foi aberto processo de registro de memória que culminou no tombamento da fachada do edifício do Cine Belas Artes (trecho de quatro metros de espaço interno medidos a partir da entrada do imóvel e elementos da calçada), bem como na determinação de “lugar de memória” no panorama da cinematografia paulista e marco da evolução do espaço urbano. Reconheceu-se, entretanto, a impossibilidade de manutenção da atividade ali exercida, a despeito do evidente imbricamento entre o bem material e o imaterial.

No curso dos processos administrativos foi ajuizada uma ação civil pública pelo Ministério Público Estadual, cujo pedido consistia em determinar a reabertura destes (embora ambos ainda estivessem tramitando por força de recursos pendentes de julgamento), a fim de realizar audiências públicas, com a oitiva dos representantes da sociedade civil e das associações legitimadas, bem como elaboração de novos estudos socioculturais por técnicos e por pessoas com notório saber no tema.<sup>4</sup>

Além da participação de diversas organizações da sociedade civil, outro importante ator foi o espólio de Alberto Felipe Azer Maluf, proprietário do imóvel onde funcionava o cinema, que se manifestou tanto nos autos administrativos – inclusive apresentando estudo técnico de renomado professor de arquitetura, como no processo judicial por ter sido admitido como terceiro interessado. Consoante as petições apresentadas pelo espólio, o fechamento do cinema decorreu do não interesse do locatário em promover a continuidade da relação locatícia e que a rescisão do contrato de locação se deu de forma consensual, em razão da inviabilidade econômica da atividade. Além disso, alegou, por diversas vezes, que limitação de uso do prédio seria inconstitucional, pois feriria os direitos de propriedade e de livre-iniciativa.

Para os fins do presente artigo, interessa, pois, enumerar algumas das discussões e controvérsias suscitadas no curso dos processos administrativos e judicial, a saber:

(i) Viabilidade de uso do instrumento de registro de memória para proteção de um local (bem imaterial);<sup>5</sup>

(ii) Eficácia do tombamento para preservação do bem imaterial associado ao seu uso;<sup>6</sup>

(iii) Possíveis políticas públicas para criar medidas necessárias à conservação de um bem cultural, sobretudo quando imaterial;<sup>7</sup>

(iv) Meios de proteção de bens cujo valor simbólico é mais importante que o valor artístico, arquitetônico ou estético do local em que está instalado;<sup>8</sup>

(v) Eficácia do tombamento para fins de proteção das características extrínsecas do bem a ser preservado, mas não ao seu caráter anímico;<sup>9</sup>

(vi) Possibilidade de o Poder Público impor ao particular a obrigação de dar destinação específica ao imóvel para preservar a atividade que se quer resguardar;<sup>10</sup>

(vii) Necessidade de estabelecimento de canais de diálogo com a sociedade civil, inclusive com consultas a especialistas;<sup>11</sup>

(viii) Desapropriação do imóvel e assunção da atividade pelo Estado, que passaria a prestá-la direta<sup>12</sup> ou indiretamente,<sup>13</sup> já que o tombamento não seria instrumento jurídico adequado para preservação de bens de natureza imaterial;

(ix) Limitação do uso de um imóvel feriria o direito de propriedade e de livre-iniciativa e configuraria desapropriação indireta;<sup>14</sup>

(x) Elenco exaustivo ou exemplificativo do Dec.-lei 3.551/2000 e competência para realizar o registro;

(xi) Impossibilidade de imobilização ou imposição de restrições físicas a um bem que é imaterial;<sup>15</sup>

(xii) Tombamento de atividade de exibição de filmes de arte, de natureza empresarial, é uma restrição de uso, mas não implica destinação para um uso determinado, posto que depende de fatores de mercado.<sup>16</sup>

Ressalte-se, ainda, que, no curso dos processos, houve uma série de alegações sobre falhas procedimentais, as quais não são pertinentes para a finalidade proposta neste trabalho.

Não há dúvidas, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de instrumentos aptos a garantir a preservação de determinados bens culturais, sejam eles móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. Questão que se impõe para análise é a eficácia desses instrumentos e, sobretudo, a sua inserção na nova dinâmica do Direito Administrativo e, em especial, do Direito Urbanístico.

Para fundamentar as discussões acima elencadas, necessário realizar um rápido apanhado sobre esses instrumentos jurídicos.

### 3. Instrumentos clássico de proteção do Patrimônio Cultural no ordenamento jurídico brasileiro

A proteção ao patrimônio cultural brasileiro está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, no Capítulo III, que integra a Ordem Social, muito embora diversas outras passagens mencionem a preservação da cultura.<sup>17</sup>

Nos termos do 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. Dentre os bens que contêm essas características, o legislador constituinte achou por bem listar alguns, a saber: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Interessa notar que, ao definir os meios aptos a promover essa proteção, a Constituição, em seu § 1.º do art. 216, traz a possibilidade de outros instrumentos para alcance desse fim – além dos já tradicionais e regulados por lei –, e, ainda, expressamente impõe que a comunidade deve participar do processo de preservação. Veja-se:

*“§ 1.º 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”* (grifos nossos).

Essa diretriz constitucional é de fundamental importância. A uma, porque abre espaço para o gestor público definir novos meios para alcance das finalidades constitucionais. Isto é, incentiva uma administração mais criativa, mais eficiente e menos formalista. A duas, porque impõe que essa decisão seja tomada de forma democrática.

Em termos de proteção do patrimônio, essas diretivas adquirem ainda mais importância já que os instrumentos tradicionais de proteção da cultura são regulados por leis antigas, logo, inseridas em um contexto sócio-jurídico muito distinto do atual.<sup>18</sup>

Antes, contudo, de se passar para a análise de tais instrumentos, vale destacar que, em termos de competência, a Constituição Federal define que os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e

Municípios – detêm competência comum para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23). Isto é, para realizar os atos materiais de preservação do patrimônio cultural, quaisquer dos entes é apto a fazê-los.<sup>19</sup>

Quanto à competência legislativa, a Constituição Federal, em seu art. 24, VII, estabelece que é concorrente.<sup>20</sup> Para os fins do presente artigo, contudo, será analisada tão somente a legislação federal.

Sobre essa repartição constitucional de competências materiais e legislativas, confira-se os ensinamentos dos professores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Para a defesa e fomento de certos interesses, o constituinte desejou que se combinassem esforços de todos os entes federais, daí ter enumerado no art. 23 competências, que também figuram deveres (...).

Essas competências são chamadas de concorrentes, porque os vários entes da Federação são tidos como aptos para desenvolvê-las. (...)

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros.”<sup>21</sup>

Vale mencionar – ainda que rapidamente – a EC 71, promulgada em 29.11.2012, que incluiu o art. 216-A ao texto constitucional para instituir o Sistema Nacional de Cultural, o qual deve ser organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, e tem por princípios a cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; a democratização dos processos decisórios com participação e controle social, entre outros.

Feita essa rápida síntese, passa-se a analisar individualmente os instrumentos nos itens a seguir.

#### (a). Tombamento

O principal – e mais recordado – instrumento de proteção de bens culturais, o tombamento, é regulado pelo Dec.-lei 25, de 30.11.1937, o qual prevê, em seu art. 1.º, que constitui 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.

São também patrimônio nacional, por equiparação, os monumentos naturais, os sítios e paisagens que importem conservar e proteger, seja pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza, sejam os agenciados pela indústria humana, nos termos do § 3.º do mesmo artigo.

A instituição do tombamento em determinado bem – o que é feito por meio da inscrição em um dos livros do tombo<sup>22</sup> – traz como efeito algumas restrições ao seu uso e fruição, que podem variar em grau,<sup>23</sup> restrições estas que têm efeito desde o momento da notificação do proprietário sobre a abertura do processo administrativo de tombamento (art. 10 do Dec.-lei 25/1937).

O efeito mais comum é a proibição de demolir ou destruir e a necessidade de autorização para realizar reformas e restaurações.<sup>24</sup> São também impostas ao proprietário (ou adquirente) alguns deveres, como de informar a alienação ou o deslocamento do bem, consoante o art. 13 do Dec.-lei 25/1937, bem como de oferecer o bem, pelo mesmo preço, à União, ao Estado e ao Município – onde está localizado – por força do direito de preferência imposto pelo art. 22 da referida Lei.

Vale mencionar que o tombamento traz limitações também à vizinhança, que fica sujeita a autorização em caso de construção que impeça ou reduza a visibilidade.<sup>25</sup>

Por fim, o tombamento pode ser requerido pelo proprietário do bem (tombamento voluntário) ou a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, podendo haver anuência ou não do proprietário; caso não haja, será compulsório o tombamento (arts. 7.º e 8.º do Decreto-lei).

#### **(b). Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial**

O Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial – ao contrário do tombamento – é um instituto pouco conhecido e pouco tratado pela doutrina brasileira. O registro é regulado, em nível federal, pelo Dec. 3.551, de 04.08.2000, e sua lógica é semelhante ao do tombamento.

O procedimento consiste basicamente em inscrever os bens imateriais nos livros de registro. Nos termos do § 1.º do art. 1.º do Decreto, os livros são: (i) Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; (ii) Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; (iii) Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e (iv) Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. Entretanto, o próprio Decreto, em seu § 3.º do art. 1.º, confere a possibilidade de serem criados outros livros para inscrição de bens culturais, desde que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no § 1.º deste artigo.

Dois órgãos são fundamentais no processo de registro de memória: o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, responsável precipuamente por realizar a instrução do processo,<sup>26</sup> emitir parecer acerca da proposta de registro e enviar o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, a quem cabe a deliberação.

A finalidade da inscrição é assegurar a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira (§ 2.º do art. 1.º do Decreto).

É de questionar, destarte, a real eficácia que um registro formal de um bem imaterial em termos de continuidade histórica e conhecimento para a sociedade brasileira, caso ocorra destituído de qualquer política pública nesse sentido.

#### **(c). Desapropriação**

Outra forma de preservação de bens que detêm relevância cultural é a desapropriação, cujo fundamento constitucional está no já mencionado § 1.º do art. 216 e cujo procedimento é regulado no Dec.-lei 3.365, de 21.06.1941.<sup>27</sup> Muito embora o referido decreto tenha sofrido diversas alterações, o seu núcleo ainda é o texto da década de 40.

Embora pouco utilizada para esse fim, o Decreto-lei prevê como hipótese expressa a desapropriação por utilidade pública para 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 (art. 5.º, alínea k).

Valiosa a lição de Odete Medauar, que se coaduna perfeitamente com o que se expõe no presente artigo:

“a) Dec.-lei 3.365, de 21.06.1941, com alterações posteriores, denominado *Lei Geral de Desapropriações* – contém normas materiais e processuais sobre a desapropriação em geral; arrola os casos de utilidade pública que permitem à autoridade usar o poder expropriatório. Já houve tentativa de se editar nova lei geral de desapropriação, no início da década de 80 – na verdade, *nova lei deveria ser editada, visando, sobretudo, a inserir seus preceitos no contexto atual do direito administrativo e do Estado brasileiro, a*

*assimilar a rica elaboração judicial e a responsabilizar autoridades por desapropriações levianas, desvirtuadas e desprovidas de respaldo financeiro. Em nova disciplina legal da desapropriação deve-se adotar o esquema processual, em âmbito administrativo, com audiência ou consulta pública, à semelhança do que existe na França, na Bélgica e na Espanha, com obrigatoriedade de uma fase administrativa de acordo".<sup>28</sup>*

Sucedem que a transferência do bem para o Poder Público também traz algumas questões que merecem atenção. No caso do Cine Belas Artes, uma das ideias propostas pelas entidades da sociedade civil foi a de constituir o Centro Cultural Belas Artes, instituição a ser gerida pelo Poder Público (a título de atividade de interesse coletivo) ou pela iniciativa privada. Entretanto, havia o receio de que fosse prejudicada a independência ideológica da programação do cinema, traço marcante da sua importância para a cidade. Essa questão será, pois, melhor enfrentada no tópico 4.

#### 4. O advento do Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257, de 10.07.2001, foi editada com o objetivo expresso que dar cumprimento aos arts. 182 e 183 da CF/1988,<sup>29</sup> muito embora já se sentisse a necessidade de uma lei que tratasse da política urbana antes da Carta de 1988.<sup>30</sup>

Decerto, o grande mérito do Estatuto da Cidade é trazer "um instrumental a ser utilizado em matéria urbanística, sobretudo em nível municipal, visando à melhor ordenação do espaço urbano, ainda que não ofereça respostas e soluções aos problemas urbanos por si só"<sup>31</sup> – o que, por óbvio, seria impossível, dada a sua complexidade.

No que tange à proteção do patrimônio cultural, o Estatuto limita-se a prever que o tombamento é um dos instrumentos da política urbana e faz a ressalva de que os instrumentos regem-se pela legislação que lhes é própria, embora devam observar o disposto no Estatuto.<sup>32</sup>

Ora, não poderia ser diferente. Ainda que a Lei Federal 10.257/2001 não esgote toda a matéria referente a direito urbanístico, nem apresente todas as soluções para as questões urbanas, é certo que, a partir da sua promulgação, qualquer assunto de interesse urbanístico deve obedecer às suas diretrizes, seja porque é lei que garante a aplicabilidade das normas constitucionais, seja porque traz em si um corpo de normas de caráter geral.<sup>33</sup>

Outro aspecto de grande relevância do Estatuto da Cidade é impor a gestão democrática das cidades, elencando exemplificadamente alguns instrumentos aptos para tanto:

"Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

- I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- II – debates, audiências e consultas públicas;
- III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano".

Fica evidente, assim, que a lei federal incorporou uma diretriz que permeia toda a Constituição de 1988,<sup>34</sup> enfatizando que nos assuntos da municipalidade essa consulta à sociedade é ainda mais necessária.

E é ainda mais imperioso que, nos assuntos relacionados à proteção do patrimônio cultural, essa oitiva da comunidade exista, afinal, a definição sobre o que é cultural e sobre as formas de manutenção desse

patrimônio deve passar necessariamente pela análise de uma coletividade.

Com isso, ao fazer menção expressa ao tombamento e impor a participação popular, o Estatuto da Cidade está, não só convergindo, mas enfatizando o mandamento constitucional do já referido art. 216, § 1.º, que dispõe que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

## 5. Desafios jurídicos

Feita a rápida análise jurídica dos instrumentos, cumpre trazer algumas considerações para reflexão a partir do caso do Cine Belas Artes.

Um tema que se mostra relevante é a possibilidade de *tombamento de uso*, isto é, da atividade realizada em determinado imóvel.

A corrente majoritária da doutrina afasta essa leitura, tendo em vista que a lei do tombamento é expressa ao mencionar “conjunto dos bens *móveis e imóveis*”, bem como admitir esse entendimento seria contrariar o princípio da livre-iniciativa.<sup>35</sup>

Entretanto, já é possível identificar autores favoráveis a essa opção, considerando, sobretudo, a relativização da divisão estanque entre bem material e bem imaterial, pugnando, pois, pela ampliação do uso do instrumento de tombamento, não mais restrito a aspectos arquitetônicos e/ou estéticos relevantes, até porque a própria historicidade do bem está vinculada à sua mutabilidade no tempo:

“Seria o caso de se falar num *tombamento de uso* ou *tombamento de afetação*? Talvez sim, especialmente se este for o modo encontrado para preservação do patrimônio cultural de que se trata *in casu*. Ora, há muito que o instituto do tombamento não se presta mais à preservação apenas de características estéticas e/ou estilísticas. Daí que, corolário direto deste raciocínio é a conclusão de que as restrições decorrentes do tombamento devem ser necessárias e suficientes para proteção do aspecto que ensejou o ato”.<sup>36</sup>

Destaque-se que, para os casos em que se deseja manter a atividade, a solução vislumbrada pelo STF é a desapropriação. Nos dois únicos casos em que a Corte Constitucional foi provocada a se manifestar sobre o tombamento de uso (ou tombamento de atividade), as decisões foram *unâнимes* no sentido da inconstitucionalidade, a saber:

“Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação a atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1.º, da Constituição” (RE 219292, 1.ª T., j. 07.12.1999, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 23.06.2000).

“Tombamento. § 1.º do art. 216 da CF – A única questão constitucional invocada no recurso extraordinário que foi prequestionada foi a relativa ao § 1.º do art. 216 da Carta Magna. Às demais falta o requisito do prequestionamento (Súmulas 282 e 356). – No tocante ao § 1.º do art. 216 da CF, não ofende esse dispositivo constitucional a afirmação constante do acórdão recorrido no sentido de que há um conceito amplo e um conceito restrito de patrimônio histórico e artístico, cabendo a legislação infraconstitucional adotar um desses dois conceitos para determinar que sua proteção se fara por tombamento ou por desapropriação, sendo que, tendo a legislação vigente sobre tombamento adotado a conceituação mais restrita, ficou, pois, a proteção dos bens, que integram o conceito mais amplo, no âmbito da desapropriação. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 182782, 1.ª T., j. 14.11.1995, rel. Min. Moreira Alves, DJ 09.02.1996).

Como se pode observar, ambas as decisões foram proferidas na década de 1990, e revelam uma visão bastante estanque e formalista (e por que não conservadora?) dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural, o que impõe uma revisitação ao tema.

Outro tema que merece reflexão detida e aprofundada – portanto, não será objeto deste trabalho – é a possibilidade de desapropriar um bem para posterior concessão do serviço à iniciativa privada a fim de preservar a atividade exercida no local.

Embora essa opção deva ser analisada no caso concreto, entendemos, a princípio, ser juridicamente viável, partindo-se sobretudo de uma concepção ampla de serviço público, que tem na Lei de Parcerias Público Privadas (Lei 11.079/2004) um importante marco legal.<sup>37</sup>

É altamente recomendável – quiçá obrigatório – que a decisão administrativa seja precedida de amplo debate público, de forma a conferir legitimidade a essa opção, regulando-se detalhadamente os direitos e obrigações do concessionário. Caso contrário pode-se correr o risco de desfazer/depreciar o patrimônio, ao invés de protegê-lo, desviando por completo a finalidade da decisão.

Não há dúvidas que é possível – e desejável – o estabelecimento de parcerias, em sentido amplo, entre o Poder Público e a iniciativa privada, seja por meio de convênios, termos de cooperação, ou outras figuras previstas no ordenamento jurídico.<sup>38</sup>

O que parece ser inegável é que os instrumentos jurídicos existentes não estão prontos e acabados para resolver as questões relacionadas à proteção do patrimônio cultural do país. Ao revés, o que se observa é que cada caso exige uma reflexão e uma ponderação entre os interesses envolvidos.

Como exemplos, tem-se notícia de que o tombamento foi parcialmente eficaz no caso do Cine Ipiranga (São Paulo/SP). O Condephaat decidiu pelo tombamento do Cine Ipiranga, cujo projeto arquitetônico é da autoria de Rino Levi. O cinema foi tombado por sua qualidade e importância arquitetônica, dada suas dimensões monumentais.

O cinema não opera desde 2005 e foi tombado em 2014, porém, não voltou a funcionar como cinema até o momento. Há notícias informando que a Prefeitura estaria concluindo o processo de desapropriação do imóvel e a ideia é abrir um cinema de rua no local, não se sabe, contudo, como isso seria viabilizado.<sup>39</sup>

De modo semelhante, a Fábrica de Tapetes Santa Helena (Jacareí/SP) foi tombada pelo Condephaat, por solicitação de uma organização não governamental, na tentativa de preservar a produção artesanal de tapetes, atividade passada de mãe para filha naquele local. Entretanto, após o tombamento, houve a falência da empresa que explorava o imóvel, que acabou abandonado, em péssimo estado de conservação e sem dedicação à atividade que se pretendia preservar.<sup>40</sup>

Há ainda o caso da Fábrica de Vinho Tito Silva (João Pessoa/PB). O imóvel foi desapropriado pelo Governo do Estado em 1981 e tombado pelo Iphan em 1984, sendo que o objetivo declarado era preservar a fabricação de vinho de caju, que tinha consagração popular em todo o Nordeste. Em decorrência do processo de abandono, com o encerramento da produção de vinhos em 1984, o prédio atingiu um avançado estado de deterioração alcançando um quadro de ruína parcial com o desabamento das cobertas de cinco dos seus galpões. Foi realizada uma obra interventiva no local, em 1997, concluída em 2003, e o prédio hoje abriga a sede da Oficina Escola de João Pessoa.<sup>41</sup>

Já um exemplo positivo do manejo da desapropriação é o Cine São Carlos (São Carlos/SP). A prefeitura adquiriu o cinema, por meio de desapropriação, e em parceria com a iniciativa privada mantém a sala aberta para exibição de filmes, como também para a realização de eventos. De acordo com o proprietário da Exibidora Cinematográfica Casella & Casella, “Se a Prefeitura de São Carlos não tivesse comprado o prédio, o cinema seria apenas um quadro na parede”.<sup>42</sup>

Nessa seara, vale trazer aqui o sempre valioso ensinamento de Marçal Justen Filho, em artigo escrito com Eduardo Ferreira Jordão:<sup>43</sup>

“Formas diferenciadas de interação entre setor público e privado passam a ser valorizadas. Os deveres constitucionais de realização de políticas públicas, para serem devidamente efetivadas, exigem a utilização de instrumentos capazes de racionalizar externalidades e de otimizar a aplicação dos recursos disponíveis.

Cabe ao Estado não apenas aplicar os seus recursos na promoção direta de atividades necessárias e úteis à realização dos valores prezados pela Nação. Também lhe incumbe exercitar as suas competências de modo a incentivar os particulares a adotar as escolhas mais compatíveis com tais valores. Em suma, todas as competências estatais devem ser exercitadas de modo harmônico para a realização das políticas públicas escolhidas”.

## 6. Conclusão

É possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de instrumentos aptos a promover a preservação do patrimônio cultural brasileiro, seja ele material, imaterial, móvel ou imóvel. O que se faz premente é a necessidade de uma releitura desses meios para que se busque a efetividade da tutela, e não a mera formalização.

Para tanto, é necessário considerar que os instrumentos jurídicos – no mais das vezes – reclamam por arranjos sofisticados que possam garantir a eficácia dessa preservação, o que deve ser avaliado no caso concreto. Assim, “(...) as transformações fundamentais operadas na concepção e nas finalidades constitucionais do Estado provocam ainda a necessidade de *adaptação* dos institutos jurídicos tradicionais, que são revisitados e ganham novos usos”.<sup>44</sup>

A título de curiosidade, o Cine Belas Artes foi reaberto em 19.07.2014, o que só foi possível com o patrocínio da Caixa Econômica Federal – razão pela qual passou a ser denominado “Caixa Belas Artes” –, em conjunto com uma série de medidas empresariais para atrair o público e manter um faturamento mínimo para manutenção da atividade. Decerto o tombamento da fachada – muito embora não guardasse relevante valor arquitetônico – contribuiu para que fossem buscadas outras alternativas. Isto é, a restrição física imposta ao prédio acabou por se tornar um instrumento indutor da preservação da atividade.

De acordo com as reportagens veiculadas, foi feita uma parceria com a Caixa Econômica Federal e a Caixa Seguros que viabilizou a reforma das salas. Além disso, o proprietário da marca “Belas Artes” e programador das salas, André Sturm, junto com a sua filha, Barbara, criaram a campanha “Belas Artes, meu amor”, bem como planos para os frequentadores assíduos (como o Plano Sócio e o Plano Cinéfilo).<sup>45</sup>

Segundo informado pela imprensa, a Secretaria Municipal de Cultura teve papel relevante pois atuou como intermediário nos diálogos entre o proprietário do imóvel, o exibidor e eventuais patrocinadores. A reabertura era uma antiga pauta do Movimento Cine Belas Artes, que surgiu após o fechamento e o encerramento das atividades motivou protestos e abaixo-assinados com cerca de 100 mil nomes. Em discurso realizado no dia da inauguração, o Prefeito de São Paulo ressaltou que o modelo do Cine Belas Artes está sendo usado para viabilizar a reabertura e a conservação de outros cinemas de artes.<sup>46</sup>

O caso do Cine Belas Artes sem dúvida tornou-se paradigmático.<sup>47</sup> Pode-se citar diversas razões para tanto: seja porque mostrou que o Direito nem sempre – ou quase nunca – possui respostas prontas aos anseios sociais; seja porque a complexidade das sociedades, sobretudo urbanas, constantemente impõe novos desafios ao Direito Administrativo, exigindo soluções cada vez mais criativas e menos “engessadas” e apegadas à letra da lei; seja porque demonstrou que o diálogo entre os atores sociais tende a gerar um ambiente propício à modelagem dessas soluções criativas e legítimas, muito embora

ainda seja necessário aperfeiçoar os meios para promover esse ambiente.

## 7. Bibliografia

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana: Do direito de superfície. In: \_\_\_\_; MEDAUAR, Odete (coord.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Internacional de Contratos Públicos*. Edição 01. fev. 2013. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/06\_RICP-01-MARCAL-JUSTEN-EDUARDO-Jordao.pdf]. Acesso em: 16.03.2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

\_\_\_\_; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MEIRELES, Renata Nadalin. Ato administrativo de tombamento: uma análise teórica sobre o caso Cine Belas Artes. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 5. n. 20. p. 219-235. Belo Horizonte. out.-dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

### Pesquisas do Editorial

- O ESTATUTO DA CIDADE (LEI 10.257/2001) E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL URBANO, de Ana Maria Moreira Marchesan - RDA 48/2007/46
- O ESTATUTO DA CIDADE OS NOVOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA, de Regina Helena Costa - RDI 51/2001/81
- ESTATUTO DA CIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, de Regina Maria Macedo Nery Ferrari - RT 867/2008/52
- DIREITO URBANÍSTICO E ESTATUTO DAS CIDADES, de Ricardo Quinto Mattia - RDI

63/2007/38

- ESTATUTO DA CIDADE E INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA PARA VALORIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL, PAISAGÍSTICO E AMBIENTAL, de Janaína Rigo Santin - RDA 70/2013/195