

O tombamento em debate: diálogos entre direito e patrimônio cultural em Joinville

Denis Fernando Radun¹

Ilanil Coelho²

Resumo: O tombamento repercute na limitação do exercício do direito de propriedade em favor de direitos difusos relacionados a identificações, histórias ou memórias. Para tanto, devem ser observados os preceitos constitucionais, especialmente os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Por vezes, o Judiciário intervém quando há aparente desrespeito à lei ou à Constituição durante o processo de patrimonialização. Em Joinville, a Lei 1.773/1980 institui o tombamento em nível municipal. Esta comunicação visa apresentar os resultados parciais de pesquisa desenvolvida no Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade, cujo tema versa sobre os processos de cancelamento de tombamentos federais. Nesta comunicação objetiva-se discutir de que modo a legislação municipal atende aos preceitos constitucionais e como opera com a atribuição e/ou revisão dos valores culturais de bens tombados pelo município. Metodologicamente, serão analisados processos de tombamento entre 2003 e 2013 em que houve litígios judiciais. Teoricamente, a pesquisa se apoia no âmbito da hermenêutica jurídica e procura aproximar os campos do direito constitucional e administrativo dos estudos do patrimônio cultural. Pretende-se, a partir deste olhar interdisciplinar, contribuir com o debate a respeito das tensões e conflitos nas políticas públicas de preservação do patrimônio cultural no Brasil.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Memória. Tombamento

“Alguém devia ter caluniado a Josef K., pois sem que ele tivesse feito qualquer mal foi detido certa manhã”(KAFKA, 2002). Sem explicação prévia, Josef K. passa a ser o protagonista de um processo claustrofóbico, encenado por personagens autoritários que não lhe permitem o exercício de qualquer direito. O conhecido processo kafkaniano, narrado em um contexto do direito penal, é alegórico aos procedimentos praticados nas diversas áreas de atuação no campo do direito, como o direito civil, militar e administrativo. A alegoria é utilizada para designar a privação de liberdade ou de bens sem o devido processo legal, em que se assegure o exercício de direitos fundamentais individuais como o da ampla defesa, do contraditório, e da publicidade dos atos, por exemplo.

A sombra de Josef K. também paira nos processos de tombamento do patrimônio cultural do município de Joinville, Santa Catarina. O cenário claustrofóbico do processo

¹ Bacharel em Direito e Mestrando no Programa de Pós-graduação de Patrimônio Cultural e Sociedade da Univille, bolsista CAPES, vinculado ao grupo de pesquisa Cidade, Cultura e Diferença da Univille. E-mail: denisradun@gmail.com.

² Doutora em História pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Santa Catarina (2010). Docente do Departamento de História e do Programa de Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade da Universidade da Região de Joinville, do qual atualmente é coordenadora. Também coordena o grupo Cidade, cultura e diferença, o Laboratório de História Oral e o Centro Memorial da Univille. E-mail: ilanilcoelho@gmail.com.

descrito por Franz Kafka pode ser encontrado em uma matéria aparentemente inofensiva e nobre como a do patrimônio cultural.

Na prática do tombamento municipal, ao se acompanhar a rotina da Coordenação de Patrimônio Cultural (CPC) da Fundação Cultural de Joinville (FCJ), podemos ver os proprietários de bens tombados provisoriamente, quando lá comparecem após serem notificados, argumentarem de modo recorrente: “Vou perder minha propriedade, não poderei fazer mais nada com aquilo lá”. A explicação feita pela Coordenação é ampla, explicando-se como funciona a Lei Municipal de Tombamento, que há uma oportunidade para sua defesa por meio de uma impugnação, que o tombamento não significa perda da propriedade, que se trata da proteção de um direito difuso, do interesse da coletividade protegido pela Constituição da República, e que existem algumas formas de fomento para restauro de imóveis tombados, além de penalidades civis e criminais diante da falta de preservação do patrimônio.

Ao contemplar este cenário, surgem alguns questionamentos: Seria esta claustrofobia do processo de patrimonialização e o pranto dos atingidos o resultado de algum cerceamento de direito? De que modo a legislação municipal de 1980 corresponde ao previsto pela Constituição vigente? De que modo o direito pode contribuir para aperfeiçoar o debate acerca dos valores culturais atribuídos a um bem tombado?

A partir da análise da legislação e de alguns processos administrativos de tombamento, pretende-se apresentar possíveis caminhos para dialogar com estas questões.

A Lei nº 1.773, de 1 de dezembro de 1980, institui o tombamento municipal em Joinville. Nos moldes da legislação federal (Decreto-Lei nº 25/1937) a lei joinvilense permite duas possibilidades de tombamento de bens pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas privadas³: o tombamento voluntário (art. 8º), em que o proprietário anui com a inscrição do bem no Livro do Tombo municipal e, a mais comum, o tombamento compulsório (art. 9º)⁴.

³ A Lei municipal nº 1.773/1980 também prevê a possibilidade de tombamento de bens públicos, conforme seu artigo 6º: “O tombamento dos bens pertencentes à União, ao Estado, ou ao próprio Município, inclusive de seus órgãos administrativos descentralizados ou autarquias, far-se-á de ofício, por ordem da SCET, dando-se plena ciência do ato às autoridades a quem os ditos bens pertencerem. Parágrafo Único - A ciência do ato, instituída neste artigo, far-se-á na pessoa do titular do órgão em Joinville, sob cuja guarda estiver o bem tombado, exigindo-se desde a comunicação do ato a seu superior hierárquico, com vistas a um perfeito registro do tombamento municipal.

⁴ Importante registrar que o art. 25, da Lei 1.773/1980 permite a aplicação subsidiária da legislação estadual e federal pertinente ao tombamento e o art. 27, estabelece que, após o tombamento do bem, será deixado com o proprietário ou detentor instruções pormenorizadas acerca das obrigações decorrentes do ato.

O processo administrativo de tombamento compulsório se inicia com a notificação do proprietário pela FCJ, para que apresente anuência ao tombamento ou suas razões de impugnação no prazo de quinze dias. Se não houver impugnação, a FCJ, por considerar anuência ao tombamento, proferirá decisão fundamentada e registrará o imóvel no Livro do Tombo municipal.

Havendo apresentação da impugnação, a lei de tombamento municipal determina que a FCJ sustente o fundamento da necessidade da inscrição com laudo pericial favorável, subscrito por três pessoas “cujos conhecimentos acerca do assunto sejam notórios e reconhecidos por assuntos específicos”. Posteriormente, o processo é encaminhado à Comissão do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Natural - COMPHAAN para que novamente se manifeste e remeta o processo para o Prefeito Municipal, cuja decisão é terminativa.

O rito administrativo do tombamento é estabelecido pela própria Lei nº 1.773/1980 em moldes muito semelhantes ao Decreto-Lei nº 25/1937 que trata da matéria em nível federal e a Lei nº 5.846, de 22 de dezembro de 1980⁵, que institui o tombamento em nível estadual.

O Decreto-Lei nº 25/1937 foi editado sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, que inaugura o Estado Novo, presidido por Getúlio Vargas. Já a Lei municipal nº 1.773/1980 e a Lei estadual nº 5.846/1980 são editadas sob a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, período em que vigorava o Regime Militar, instaurado pelo golpe de 1964. Em 1988 foi promulgada nova Constituição e desde a sua vigência não houve alteração na Lei municipal nº 1.773/1980, objeto do presente ensaio. Assim, por meio da hermenêutica jurídica analisaremos alguns direitos fundamentais, garantias individuais, previstas na atual Constituição, que são relevantes para o desenvolvimento de um processo (administrativo ou judicial), interpretando a legislação municipal à luz destas garantias.

As garantias individuais, especialmente aquelas que se encontram no rol de direitos fundamentais do cidadão, devem ser interpretadas em seu contexto histórico para que façam sentido

⁵ A Lei nº 5.846, de 22 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o tombamento no Estado de Santa Catarina, e os processos inaugurados sob a sua égide são objeto de estudo da historiadora Prof. Dra. Janice Gonçalves, que possui publicações sobre o tema (GONÇALVES, 2011; 2012 e 2013).

Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo em todo o tempo e em todo lugar. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido em um determinado contexto histórico. (...) O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. (BRANCO, 2002, p. 121)

A contextualização histórica das Constituições permite entender que os direitos fundamentais individuais, possuem sentidos diversos em regimes autoritários (1937 e 1967) e em um regime democrático (1988). Por se tratarem de documentos políticos, o momento histórico em que cada uma teve vigência, inscreve-se em seu conteúdo. A Constituição de 1937 foi decretada por Getúlio Vargas, a de 1967 promulgada pelo Congresso Nacional no contexto do regime militar e a de 1988 promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, com o claro objetivo de ampliar as garantias fundamentais ao cidadão frente ao poder do Estado.

A Lei nº 1.773/1980 demonstra estar alinhada à Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1.969, e não agressiva à Constituição de 1988. Todavia, duas questões se apresentam a partir desta comparação. A primeira consiste em saber se a Lei 1.773/1980 atende às garantias individuais previstas na Constituição de 1988 no que tange à condução do processo administrativo de tombamento. A segunda, destina-se a perquirir em que medida as garantias destes direitos fundamentais interferem na realização da finalidade da Lei, qual seja, normatizar a atribuição de valor cultural a um determinado bem e conceder a chancela estatal.

A Lei municipal, ao nosso ver, embora não agrida diretamente a Constituição, é omissa e, portanto, está em descompasso com algumas garantias individuais lá expressas e este fato contribui para um cenário claustrofóbico análogo ao da saga kafkiana.

É notório que a Constituição de 1988 prima pela proteção de direitos difusos em detrimento aos direitos individuais, como é o caso do direito à propriedade *versus* o direito à preservação do patrimônio cultural. Todavia quando se tratam de garantias fundamentais individuais elas devem ser respeitadas pois objetivam proteger o indivíduo frente ao Estado que é o agente competente para definir qual o interesse da “coletividade”.

O primeiro questionamento nos remete à análise de duas garantias individuais, relacionadas diretamente a processos ou procedimentos estabelecidas no art. 5º, da Constituição de 1988, respectivamente nos incisos LIV e LV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)

A garantia do “devido processo legal” se aplica sempre que houver a privação de liberdade ou de bens do cidadão pelo Estado, objetiva principalmente resguardar a regularidade do processo, seja no âmbito do Poder Judiciário ou do Poder Executivo. O tombamento de um bem repercute no exercício do direito de propriedade, havendo a privação parcial do exercício deste direito (CARVALHO FILHO, 2012; DI PIETRO, 2009; MEIRELLES, 2004; MEDAUAR, 2010) ensejando, inclusive, direito à indenização a depender do nível da limitação. Logo, para que o tombamento ocorra no âmbito administrativo, o devido processo legal deve ser garantido, ainda que de modo sucinto. Neste sentido, a Lei nº 1.773/1980 aparenta estar em descompasso à garantia do devido processo legal, pois não prevê recurso da decisão de tombamento ou da deliberação para o tombamento definitivo por parte da COMPHAAN.

Com relação à garantia da ampla defesa, o art. 10, I, da Lei nº 1.773/1980 permite que ela seja exercida por meio do oferecimento de impugnação pelo proprietário à notificação de tombamento provisório no prazo de 15 dias. É questionável o caráter “amplo” da possibilidade de defesa, visto que a impugnação é a única oportunidade que a Lei obriga o Poder Público a ouvir o proprietário.

Comumente, na oportunidade do oferecimento da impugnação, o proprietário do bem tombado provisoriamente limita-se a dizer que não concorda com o tombamento e, por vezes, afirma que o bem “não é histórico”, “ninguém importante lá residiu”, “não representa arquitetura da imigração alemã”. Isto porque a notificação do tombamento provisório do município de Joinville repete apenas a letra da legislação, não apontando, de forma a instruir eventual defesa, qualquer valor cultural que ensejou a abertura do processo de tombamento.

A notificação sucinta pode se justificar por dois fatores. O primeiro está relacionado aos “tombamentos de urgência”, que são realizados para impedir alguma demolição ou obrigar o proprietário a zelar para que o bem não deteriore enquanto se debate o seu valor cultural. O segundo, em função desta urgência, se relaciona à inexistência de uma sustentação técnica mais substancial a respeito do valor cultural do bem na fundamentação das decisões tomadas pela COMPHAAN.

O valor cultural do bem, objeto do processo de tombamento, após a impugnação será aferido por três peritos com notório saber para sustentar a manutenção do tombamento junto à COMPHAAN. Após a redação do laudo, a lei de tombamento não obriga o Poder Público a dar ciência dos argumentos periciais ao proprietário, fato que repercute na limitação do exercício do contraditório pelo proprietário que poderia apresentar outro laudo subscrito por profissionais de igual expertise.

A ausência de respeito a estas garantias individuais motiva a provocação do Poder Judiciário a se manifestar sobre processos de tombamento, seja sobre o rito seguido, seja sobre a própria atribuição de valor cultural. Este fato decorre de outra garantia individual, o acesso à justiça prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos.

Ao pesquisar o arquivo da CPC/FCJ, em que se encontram os processos administrativos de tombamento municipais inaugurados entre os anos de 2003 e 2013, encontramos 146 imóveis em processo de tombamento ou tombados e em vários deles houve algum tipo de intervenção do Poder Judiciário. A maioria das intervenções foi motivada pelo próprio Poder Executivo com o objetivo de impedir que os proprietários alterassem a edificação tombada ou para que intervenções, que apresentassem risco ao bem tombado, não fossem realizadas em imóveis lindeiros.

Entretanto, durante a pesquisa, dois processos administrativos de tombamento, que foram levados à apreciação do Poder Judiciário, chamaram a atenção. A característica comum entre eles é que os proprietários questionaram o rito estabelecido pela Lei nº 1.773/1980 e a atribuição de valor cultural aos bens. Vale destacar, que estes processos não foram sentenciados até o momento.

O primeiro caso é de um imóvel situado na Rua Max Colin, nº 887, Centro de Joinville, cujo processo de tombamento foi autuado sob nº FCJ.CPC.2005-005 e inaugurado em 29 de abril de 2005.

A proprietária do imóvel foi notificada em 10 de maio de 2005, da abertura do processo administrativo de tombamento e o consequente tombamento provisório de sua propriedade. Na notificação, assinada pelo então presidente da FCJ, Rodrigo Meyer Bornhold, a justificativa da abertura do processo de tombamento estava contida em uma única frase: “foi considerado de grande relevância histórica e arquitetônica para a preservação do patrimônio cultural do município”. Após, houve a repetição do texto legal informando acerca do prazo para oferecimento de impugnação. Antes do prazo legal para protocolo da impugnação, a proprietária apresentou o seguinte requerimento:

Na qualidade de proprietária do imóvel situado nesta cidade, à Rua Max Colin nº 887, tendo sido notificada em 10.maio.2005, por esta Comissão, do início do processo de tombamento do imóvel mencionado, e tendo a referida notificação sido entregue desacompanhada de qualquer justificativa técnica para o tombamento, venho à presença de V. Sas. Requerer me seja fornecido, **no prazo improrrogável de 24 (vinte e quatro) horas**, a necessária **JUSTIFICATIVA**, bem como **a relação de todos os imóveis já tombados e/ou em processo de tombamento** no município de Joinville, a fim de possibilitar a elaboração de ampla defesa no prazo legal. Grata pela atenção dispensada. (FCJ.CPC.2005-005, fl. 25)

Não tendo recebido a justificativa a contento, a proprietária apresentou impugnação requerendo a nulidade do procedimento, pois não houve estudo prévio para o início do processo de tombamento, não permitindo o exercício de ampla defesa:

Pela lacônica e genérica justificativa apresentada na notificação, percebe-se claramente a ausência de imprescindível parecer técnico, seja de arquitetos ou historiadores, a dar amparo ao processo de tombamento, impossibilitando, desta forma, a defesa da impugnante (FCJ.CPC.2005-005, fl. 13)

A defesa, subscrita pela proprietária, afirma que a edificação não possui valor histórico, pois os critérios para a atribuição destes valores foram omitidos pela FCJ no ato da notificação e faz uma comparação da edificação de sua propriedade com demais edificações que possuiriam, ao seu ver, maior relevância histórica:

Por que somente a Impugnante foi penalizada com medida tão extrema, quando existem imóveis antigos de real valor histórico, muitos situados em ruas que fazem parte da história de Joinville (...), que merecem preservação, e que estranhamente não constam na lista fornecida pela Fundação? (FCJ.CPC.2005-005, fl. 14).

Também a proprietária impugna a alegação de que seu imóvel possui relevante valor arquitetônico, pois “Quanto ao valor arquitetônico, também não se justifica o tombamento, uma vez que a Fundação Cultural sequer definiu o estilo arquitetônico do imóvel” (FCJ.CPC.2005-005, fl. 16). Prossegue a impugnação afirmando que a FCJ não disse qual o valor cultural e que o estado de conservação do bem não é bom e sofreu diversas alterações com o passar dos anos. Por fim, reclama da ausência de incentivos financeiros e afirma que o Plano Diretor prevê o atingimento de seu imóvel pelo alargamento da via, além de requerer indenização no caso de manutenção do tombamento. Acompanha a impugnação 86 fotos e 6 documentos escritos.

Seguindo-se o trâmite da Lei nº 1.773/1980, foi nomeada comissão pericial nos termos do art. 10, IV, conforme a portaria nº 020/2005 (FCJ.CPC.2005-005, fl. 80) para sustentar tecnicamente a deliberação da COMPHAAN em favor do tombamento do imóvel. A historiadora, então funcionária do Arquivo Histórico de Joinville, Janine Gomes da Silva, perita no processo, opinou favoravelmente ao tombamento, entendendo que:

O imóvel deve ser tombado como patrimônio cultural do município de Joinville por ser de importante valor histórico, sendo um bem representativo do estilo de unidade residencial de um período da história da cidade, notadamente, a primeira metade do século XX (FCJ.CPC.2005-005, fl. 81).

A arquiteta Débora Richter Cicogna, também perita nomeada pela FCJ, afirma em seu laudo que o bem deve ser preservado por se tratar de imóvel edificado na primeira metade do século XX e ser um “belo exemplar da arquitetura teuto-brasileira” (FCJ.CPC.2005-005, fl. 82). O terceiro perito com notório saber a emitir laudo sobre o caso foi o Engenheiro Civil César Augusto Silveira, que se limitou a afirmar que o imóvel possuía boas condições de conservação.

Em 28 de setembro de 2005, a COMPHAAN deliberou pelo acolhimento dos laudos periciais e a manutenção do tombamento da edificação situada na Rua Max Colin, nº 887 (FCJ.CPC.2005-005, fl. 87) e a proprietária comunicada acerca da decisão da Comissão. Tanto na ata da reunião da COMPHAAN quanto na comunicação à proprietária e nos

documentos posteriormente anexados ao processo, não existe qualquer menção aos argumentos apresentados na impugnação e no laudo preliminar da proprietária⁶.

Não conformada com a decisão da COMPHAAN, a proprietária escreveu duas petições ao Prefeito Municipal para que ele anulasse a decisão. Entendeu ela tratar-se de um ato arbitrário, ilegal e discriminatório:

Em 17.novembro.2005, a Requerente foi comunicada sobre o indeferimento do processo de impugnação, mantendo-se o tombamento. Tal decisão também veio desacompanhada de laudo ou perícia que justifique o tombamento. A decisão que manteve o tombamento, no entanto, deve ser revogada ou anulada, uma vez que arbitrária, ilegal e discriminatória. (FCJ.CPC.2005-005, fl. 106)

Em 19 de junho de 2006, a proprietária ingressou com ação judicial⁷ com o objetivo de anular o processo de tombamento e, dentre os argumentos, questiona os valores culturais atribuídos à edificação e o cerceamento de sua defesa. Como já dito, até o momento não há pronunciamento final do Judiciário sobre o caso.

O segundo caso objeto de análise deste ensaio é um imóvel situado também na Rua Max Colin, nº 888, Centro de Joinville, vizinho ao imóvel do processo anteriormente analisado. O processo de tombamento foi autuado sob nº FCJ.CPC.2005-006 e inaugurado em 29 de abril de 2005. A notificação para o tombamento seguiu os mesmos moldes do primeiro caso analisado, informando ao proprietário que seu imóvel “foi considerado de grande relevância histórica e arquitetônica para a preservação como patrimônio cultural do município, dando-se início ao processo de tombamento do mesmo”, além de informar o prazo para apresentação de impugnação (FCJ.CPC.2005-006, fl. 106).

A proprietária apresentou impugnação por meio de advogado, afirmando que o ato não atendeu ao princípio da motivação dos atos administrativos e que foi realizado “através de uma simples notificação, que nem ao menos explicita as razões que levaram a considerar o imóvel como sendo pertencente ao patrimônio da cidade” (FCJ.CPC.2005-006, fl. 13). Por fim, alega a queda no valor econômico do imóvel e também que a edificação não se reveste da

⁶ Na reunião de 28 de setembro de 2005 estavam presentes na reunião da COMPHAAN o Sr. Charles Narloch, representando o Presidente da FCJ Sr. Marcos Antônio Lombardi, o Sr. Eduardo Miers, Sra. Dietlind Clara Rother, Sra. Geana May, Sr. Miraci Dereit e Sra. Maria Cristina Alves.

⁷ O instrumento processual escolhido foi uma “Ação declaratória de nulidade de ato administrativo com pedido alternativo de indenização e de tutela antecipada” autuada sob nº 038.06.034265-7 em trâmite na Comarca de Joinville.

“qualidade de histórico”. Junto à impugnação apresenta laudo técnico subscrito por uma engenheira civil.

A comissão nomeada para atuar no processo de tombamento deste imóvel foi a mesma que atuou no processo de tombamento da propriedade vizinha, objeto do processo administrativo FCJ.CPC.2005-005, já descrito. Os argumentos contidos no laudo da perita historiadora foram os mesmos apresentados no processo administrativo FCJ.CPC.2005-005, assim como os argumentos contidos no laudo da perita arquiteta e do perito engenheiro civil, no sentido de que a COMPHAAN tombasse o imóvel (FCJ.CPC.2005-006, fls. 36-39).

A proprietária do imóvel foi comunicada da decisão da comissão e ingressou com “Ação declaratória de nulidade de ato administrativo com pedido de tutela antecipada”⁸ e argumentou que “em nenhum momento a referida notificação trouxe a motivação, bem como a fundamentação técnica que deu ensejo ao enquadramento do imóvel da Autora como de grande relevância histórica, a não ser uma lacônica assertiva neste sentido” (FCJ.CPC.2005-006, fls. 152 e 153).

Na petição direcionada ao Judiciário, a proprietária questiona o valor cultural atribuído ao bem pelos peritos nomeados pela FCJ afirmando que

a fundamentação dos laudos deveria indicar, de forma a não deixar dúvidas, todos os motivos e fundamentos que levaram o município de Joinville a considerar o imóvel da Autora como de relevante valor cultural, o que não ocorreu no presente caso. (FCJ.CPC.2005-006, fl. 166).

A violação da garantia do contraditório também foi questionada na ação judicial, visto que o laudo apresentado pela proprietária, anterior ao laudo apresentado pelos peritos nomeados pela FCJ, não foram julgados em conjunto pela COMPHAAN e que ela não teve acesso aos argumentos periciais acerca do valor cultural do bem ao tempo do oferecimento da impugnação. Por fim, requereu indenização ao município pelo tombamento ocorrido.

Como já mencionado, os casos analisados foram levados à apreciação do Poder Judiciário por quatro aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, pelo fato de que as notificações de tombamento apresentaram argumentações lacônicas, as quais não instruíram a ampla defesa. Em segundo, por não ter sido oferecida qualquer possibilidade de contradição aos laudos periciais emitidos pela FCJ, os quais, por sua vez, sequer responderam os

⁸ Autos nº 038.05.062907-4, em trâmite na Comarca de Joinville.

questionamentos apresentados pela impugnação e pelos laudos preliminares. E, em terceiro, por apresentar descrença aos valores culturais atribuídos pelos peritos nomeados pelo município, já que consideraram que os bens não retratavam a história da cidade ou mesmo que sua arquitetura tivesse alguma relevância para a preservação. Por fim, alertavam que o mau estado de conservação dos referidos imóveis comprometeria sua patrimonialização.

Não houve violação à Lei municipal de tombamento, o rito estabelecido na Lei nº 1.773/1980 foi seguido. Entretanto, percebemos que as garantias individuais estabelecidas na Constituição de 1988 não foram respeitadas. Não evidenciar a atribuição do valor cultural do bem no momento em que é oportunizado o exercício de defesa (impugnação), reflete na violação da garantia da ampla defesa. Não ser chamado a manifestar-se sobre os valores aferidos no laudo pericial, viola a garantia do contraditório. Não haver manifestação sobre as impugnações e laudos apresentados pelos proprietários, viola o princípio do devido processo legal. Desta forma, entende-se que as referidas manifestações dos proprietários foram, na prática, inócuas.

Este fato também é encontrado na análise de alguns processos de tombamento pelo Estado de Santa Catarina, conforme explica Janice Gonçalves:

Os processos de tombamento examinados não trazem o registro de respostas às contestações, por parte da Fundação Catarinense de Cultura e, em especial, da Diretoria do Patrimônio Cultural: assim, as contestações ocorreram, mas parecem ter sido insuficientes para reconfigurar justificativas técnicas ou, ao menos, abrir caminhos de diálogo entre técnicos da área de preservação e proprietários. E não seria esse diálogo não só desejável como necessário, para que as ações de preservação ganhassem o sentido de que tentaram ser investidas? (GONÇALVES, 2012)

A identificação da ausência de efetivo diálogo entre os técnicos da área do patrimônio cultural e os proprietários revela que os mecanismos previstos na atual legislação não são suficientes, e contribuem para o cenário de claustrofobia kafkaniana nos processos de tombamento.

Todavia, se a normativa de tombamento for interpretada conforme a Constituição de 1988, especialmente no que se refere às garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, alternativas de diálogos são criadas, possibilitando uma aproximação mais efetiva entre as partes envolvidas. Isto porque, a interpretação da norma, neste caso, irá

interferir na ordem do discurso patrimonial. Nesse sentido, é possível se aproximar de Michel Foucault (2013, p. 08/09) que supõe que em toda sociedade

a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.

A grade complexa do discurso patrimonial, sempre em mutação, é sustentada pelos três tipos de interdições fundamentais para o estabelecimento de uma ordem do discurso: o tabu do objeto (sacralização do passado), o ritual da circunstância (momento econômico, político ou oportunidade da patrimonialização) e o direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala (atualmente nas mãos das agências do Estado e dos intelectuais e técnicos).

Ao se relegar ao ostracismo as argumentações do proprietário durante o processo de patrimonialização e ao se considerar apenas os laudos oficiais emitidos pelos técnicos do patrimônio, a FCJ privilegia as falas institucionalmente autorizadas. Para Maria Cecília Londres Fonseca (2009, p.21), as políticas de preservação do patrimônio cultural se propõem a atuar no nível simbólico com o objetivo de reforçar uma identidade coletiva, sendo este um discurso de justificativa para a construção destas. Em suas palavras, “a produção de um universo simbólico é, nesse caso, o objeto mesmo da ação política, daí a importância do papel que exercem os intelectuais na construção dos patrimônios culturais” (2009, p. 22).

Arquitetos, historiadores, antropólogos, arqueólogos, juristas, entre outros, são investidos da autorização institucional para proferirem o discurso patrimonial e estabelecerem sua ordem. Possuem, portanto, um direito privilegiado de dizer o que é o patrimônio e o que não é. O discurso patrimonial é validado por meio de laudos, pareceres, pedidos de providências, entrevistas, consultas, etc, autorizados pelo poder instituído. Esta ordem do discurso patrimonial se revela impenetrável para a maioria dos cidadãos, proprietários de bens culturais, que são envolvidos nos processos de patrimonialização.

Não são as palavras empregadas “em si mesmas” pelo intelectual em seu discurso que patrimonializa o bem. Tal fato pode ser interpretado sob o prisma do que Pierre Bourdieu denomina de “linguagem autorizada”. Para Pierre Bourdieu (2008, p. 87), “o poder das palavras é apenas o poder delegado do porta-voz cujas palavras (quer dizer, de maneira indissociável a matéria de seu discurso e de sua maneira de falar) constituem no máximo um testemunho, um testemunho entre outros da garantia de delegação de que ele está investido”.

Ainda segundo Pierre Bourdieu (2008, p. 89), o discurso de autoridade não reside no fato de ele ser compreendido. É necessário que ele seja reconhecido e legitimado enquanto tal para que possa exercer seu efeito. Explica o autor, que o discurso de autoridade pode até mesmo não ser compreendido e nem por isso perder seu poder. Todavia, alerta Bourdieu (2008, p. 95), que “a eficácia simbólica das palavras se exerce apenas na medida em que a pessoa-alvo reconhece quem a exerce como podendo exercê-la de direito”.

A interpretação da lei conforme a Constituição e a garantia (ainda que meramente formal) do exercício da ampla defesa e do contraditório abrem possibilidades de disputas pela fala autorizada entre os intelectuais, as agências do Estado e a sociedade civil na ordem do discurso patrimonial.

A autorização de fala aos proprietários, nos processos de patrimonialização, pode desestabilizar o encadeamento do jogo do discurso patrimonial, pois impele às agências do Estado estabelecer diálogos com estes atores, fato que pode interferir no processo de atribuição de valor cultural ao patrimônio sujeito ao tombamento.

Em Joinville, a partir da interpretação da Lei, conforme a Constituição, a COMPHAAN, em 2012, incluiu em seu regimento a necessidade de notificação do proprietário a respeito da conclusão do laudo pericial redigido pelos técnicos nomeados pela FCJ, permitindo o contraditório no prazo de 30 dias (art. 40, §3º)⁹. A partir da implementação deste novo rito administrativo, as decisões da Comissão passaram a ser fundamentadas, determinando a manifestação em relação tanto aos argumentos apresentados pelos peritos da FCJ quanto aos argumentos de eventuais contra-laudos apresentados pelos proprietários.

A interpretação da lei de tombamento conforme a Constituição contribui para um diálogo qualificado (ou, no mínimo, mais cidadão) na atribuição de valores culturais aos bens patrimonializáveis, pois tensionam diretamente o discurso patrimonial.

A nosso ver, a qualificação do diálogo entre sociedade civil e Poder Público, tão necessária no processo de patrimonialização de um bem cultural, é possível pelo fomento do estudo interdisciplinar, com uma aproximação entre diferentes campos do conhecimento, como, por exemplo, entre o Direito e a História.

Neste ensaio, o estudo do rito processual, próprio do campo do Direito e, especialmente a sua relação com as garantias individuais previstas na Constituição, bem como

⁹ O Regimento Interno da COMPHAAN vigente foi aprovado pelas atas nº 176, de 23.mai.2012; ata nº 179, de 11.jul.2012; ata nº 183, de 12.set.2012 e ata nº 201, de 12.jun.2013.

a demonstração da necessidade de ampliação dos direitos já praticados, desestabiliza o discurso autorizado institucionalmente. Também permite que profissionais de outros campos compreendam de novas maneiras os silêncios existentes no processo de patrimonialização e construam novos olhares sobre as razões de sua existência. Esta aproximação interdisciplinar, entre os campos do Direito e da História permite, por exemplo, que o historiador, ao analisar a produção documental num processo de patrimonialização, sob a perspectiva da realização dos direitos fundamentais, compreenda e interprete de novas maneiras as ausências existentes em um processo.

Certamente o cenário da claustrofobia kafkaniana, apontado nas primeiras linhas deste ensaio, não abandonará o processo de patrimonialização. Como já dito, os direitos fundamentais ganham sentido em seu contexto histórico e se aperfeiçoam com o passar do tempo, resultado da inovação legislativa, interpretação dos juristas ou militância da sociedade civil criando novos anseios e expectativas para o processo de patrimonialização. Porém, a compreensão das novas claustrofobias associadas a este processo somente serão conhecidas pelo estudo interdisciplinar e, certamente, este fato contribuirá para que as ações de preservação venham a ganhar o sentido de que tentaram ser investidas.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas: O que falar quer dizer**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.ago.2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.ago.2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.ago.2014.

_____. **Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.ago.2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela Di Pietro. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O Patrimônio em processo: trajetórias da política federal de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

FUNDAÇÃO CULTURAL DE JOINVILLE. Comissão do patrimônio histórico, arqueológico, artístico e natural de Joinville. **Atas nº 176, de 23.mai.2012; ata nº 179, de 11.jul.2012; ata nº 183, de 12.set.2012 e ata nº 201, de 12.jun.2013** [acervo arquivístico do órgão].

_____. Coordenação de Patrimônio Cultural. Processo **administrativo de tombamento FCJ.CPC 2005.005** [acervo arquivístico do órgão].

_____. Coordenação de Patrimônio Cultural. **Processo administrativo de tombamento FCJ.CPC 2005.006** [acervo arquivístico do órgão].

GONÇALVES, Janice. Em busca do patrimônio catarinense: tombamentos estaduais em Santa Catarina. **A Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**, 22 a 26 de junho de 2011, ANPUH, São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308188681_ARQUIVO_anpuh_2011_janice.pdf>. Acesso em 21.08.2014.

_____, Janice. Patrimônio contestado: impugnações de tombamentos estaduais em Santa Catarina. **Anais do XVII Simpósio Nacional de História – Conhecimento histórico e diálogo social**, 22 a 26 de julho de 2013, ANPUH, Natal, RN. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371319411_ARQUIVO_anpuhpatrimco ntestjanicegoncalvesrevis.pdf>. Acesso em 21.08.2014.

_____. Patrimônio em litígio: conflitos e tensões nos tombamentos estaduais catarinenses. **Anais do XIV Encontro Estadual de História - Tempo, memórias e expectativas**, 19 a 22 de agosto de 2012, UDESC, Florianópolis, SC. Disponível em: <<http://www.anpuh-sc.org.br/encontro2012/uploads/simposio-15-trabalho-11.pdf>> Acesso em 18.ago.2014.

IPHAN. **Sistema Nacional de Patrimônio Cultural**. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/montarPaginaSecao.do?id=14330&retorno=paginaIphan>. Acesso em 23.07.2014.

JOINVILLE-SC (Município). **Lei municipal nº 1.773, de 01 de dezembro de 1980**: dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, arqueológico, artístico e natural de Joinville. Disponível em <www.leismunicipais.com.br>. Acesso em 16.ago.2014.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei estadual nº 5.846, de 22 de dezembro de 1980**: dispõe sobre a proteção do patrimônio cultural do Estado e dá outras providências. Disponível em: <www.alesc.sc.gov.br>. Acesso em 16.ago.2014.