XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

HORÁCIO MONTESCHIO

LUCIANA ALBUQUERQUE LIMA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Horácio Monteschio; Luciana Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-845-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

1. DAS EXTERNALIDADES REGIONAIS NA GOVERNANÇA METROPOLITANA, da autoria de Marcelo Luiz Coelho Cardoso apresentou as possibilidades de governança metropolitana funcional como mecanismo eficaz para possível solução de questões ambientais diante da necessidade de soluções dos problemas decorrentes do fenômeno crescente da urbanização. Considerando a crescente relação de dependência entre cidades atualmente, inevitáveis problemas surgem desse intercâmbio, entre metrópoles próximas, causados por variados fatores. A partir de uma base conceitual subjacente de governança, que corresponde ao processo pelo qual uma determinada sociedade se dirige, é possível encontrar uma governança metropolitana efetiva e capaz de responder às demandas ambientais.

2. GLOBALIZAÇÃO E DINÂMICA SOCIOESPACIAL URBANA: ANÁLISE DA OCUPAÇÃO DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELÉM, da autoria das Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva , Tatiane Rodrigues de Vasconcelos, foi desenvolvido o texto pelas autoras, tendo como enfase preponderante três objetivos: 1) tratar sobre a globalização e a problemática urbana; 2) conhecer como se deu a dinâmica socioespacial urbana no Brasil; 3) verificar como ocorreu o processo de ocupação da Região Metropolitana de Belém. Utiliza-se o método de procedimento bibliográfico. Conclui-se que a dinâmica socioespacial urbana na Região Metropolitana de Belém ocorre com segregação.

3. REFLEXÕES CRÍTICAS À CIDADE EM REGIÃO METROPOLITANA NA GARANTIA DE DIREITOS, da autoria de Walber Palheta De Mattos , Bruno Soeiro Vieira, o qual apresentou reflexões críticas e interdisciplinar sobre a cidade como território concreto na garantia de direitos, sua trajetória enquanto ente federativo no âmbito da região metropolitana, sua condição de interdependência interfederativa, e os elementos constitucionais do pacto federativo, o Supremo Tribunal Federal, a lei e o cenário multifacetado da governança metropolitana e sua repercussão na efetividade de direitos fundamentais, capazes de garantir a dignidade humana aos habitantes das metrópoles brasileiras.

4.TOMBAMENTO E ENTORNO: EMBATES ENTRE OS INTERESSES PÚBLICO E PRIVADOS E POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS DE CONCILIAÇÃO, da autoria de Nathalie Carvalho Candido, a qual fez uma abordagem histórica da décadas subsequentes a edição do Decreto-Lei nº 25/37, norma brasileira de tombamento, as cidades se ampliaram e se

modernizaram, a construção civil e o mercado imobiliário se expandiram, assim como o conceito de patrimônio cultural. Neste contexto, os litígios entre os particulares e poder público se acentuaram. Por igual analisou algumas estratégias que poderão articular interesses públicos e privados e maximizar a proteção aos bens imóveis tombados, tais como a transferência do direito de construir e as políticas públicas de desenvolvimento do sentimento de pertença nos cidadãos.

5. RAZÕES PARA A PARTICIPAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DO IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO À LUZ DO AGIR COMUNICATIVO, da autoria de Mozart Victor Ramos Silveira, qual trata da questão do planejamento urbano sobre o viés participativo, com ênfase no o IPTU progressivo no tempo. Para isso, apresenta-se a teoria de base, o agir comunicativo de Habermas e os seus conceitos fundamentais. Após isso, trabalha-se com o marco jurídico legislativo do âmbito federal ao municipal de Belém. Por fim, analisa-se questões relacionadas à participação, e a sua importância na elaboração de políticas públicas urbanísticas.

6. DA AUTONOMIA MUNICIPAL EM FACE DAS ENTIDADES REGIONAIS, da autoria pro ilustre professor Edson Ricardo Saleme e Renata Soares Bonavides, segundo o qual apresenta estudo sobre a posição federativa do Município e as possibilidades de governança metropolitana funcional como mecanismo eficaz para possível solução de questões ambientais diante da necessidade de soluções dos problemas decorrentes do fenômeno crescente da urbanização. Considerando a crescente relação de dependência entre as cidades na atualidade, inevitáveis problemas surgem desse intercâmbio.

7. PODER PÚBLICO E ASPECTOS DA MORADIA NO BRASIL, da autoria de Juliana Vieira Pelegrini e Sandra Mara Maciel de Lima, pondera sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito à moradia um direito garantido na Constituição Federal de 1988, trouxe ao debate uma reflexão sobre como o Estado pode agir a fim de garantir que a ocupação e a revitalização do espaço urbano ocorram sem gerar processos de gentrificação.

8.A LEI nº 13.465/17 E O PARADIGMA PERUANO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: UM EXAME DE SUA ADEQUAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO, sendo autores Antonio Carlos Apolinario De Souza Cardoso e Carla Carneiro Bichara, faz profunda análise sobre a Lei nº 13.465/17 alterou profundamente a disciplina da regularização fundiária urbana. ressaltou a vigência da normativa a qual propõe desburocratizar o procedimento, para tanto inova com disposições que simplificam e propiciam a regularização jurídica de imóveis e postergam ou dispensam exigências de natureza urbanística e

ambientais. Como ponto de indagação fixou a temática no aspecto atinente a: em que medida a Lei 13.465/17 se adéqua ao direito brasileiro?. A hipótese levantada é que a norma, se aplicada exclusivamente, se afasta das diretrizes legais e não segue ao encontro da efetivação do direito à moradia (art. 6º CF).

9. A HISTÓRIA DA OCUPAÇÃO CHIQUINHA GONZAGA: UMA ANÁLISE DO DISCURSO DO PROCESSO DE CONSCIENTIZAÇÃO DO SUJEITO, da autoria do professor Ricardo Nery Falbo e André Luiz de Carvalho Matheus, no qual apresenta uma problematização da história do movimento social Chiquinha Gonzaga, ocupação urbana localizada na zona central do Rio de Janeiro. A história desta Ocupação foi definida pelo discurso de um de seus organizadores e revelou o caráter complexo do processo de conscientização de seus ocupantes. A linguagem do discurso revelou prática política que distinguia os sujeitos entre "educadores" e "educandos". Esta prática ocorreu em reuniões para a formação e em assembleias para a consolidação da Ocupação. Ela traduziu concepção mecânica e orgânica na constituição do sujeito político com a inclusão e a exclusão da história deste sujeito.

10. AIRBNB E RECONFIGURAÇÃO URBANA: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO A PARTIR DAS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE NOVA YORK E DE BARCELONA, da autoria de

Isabelle Beguetto Honorio, a qual apresenta estudos sobre os impactos da acomodação turística a partir da plataforma Airbnb na reconfiguração urbana e quais as mais eficientes formas estatais de adequá-la ao uso sadio da cidade. Para isso, faz-se um apanhado histórico do fenômeno da Sharing Economy, movimento no qual o Airbnb se enquadra, para estabelecer as principais teses de defesa e críticas relevantes ao modelo. O texto analisou as experiências internacionais mais relevantes sobre o tema, nomeadamente Nova York e Barcelona, com especial ênfase nos efeitos gerados na cidade pelo uso desenfreado da plataforma de hospedagem.

11. ADEQUAÇÃO DE ELEMENTOS URBANÍSTICOS AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CASO DO PLANO DIRETOR DE PELOTAS/RS, autores Pablo Alan Jenison Silva e Felisberto Ferreira De Freitas Júnior, no qual se identificam das alterações promovidas na Lei da Acessibilidade e no Estatuto da Cidade com o advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Além disso, o texto perquiriu sobre se o Plano Diretor de Pelotas adequou-se às diretrizes estabelecidas pelo novo marco legal. Por

conseguinte o debate fixou-se em torno dos conceitos e as origens do direito à cidade e do Plano Diretor, as transformações ocorridas nos elementos de urbanização e a realidade de Pelotas.

12.O QUE O DIREITO À CIDADE TEM A VER COM AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA? autores Domingos do Nascimento Nonato e Daniella Maria Dos Santos Dias, o qual tem por objetivo trazer ao lume o problema envolvendo o direito à cidade tem a ver com as pessoas em situação de rua. O texto teve por fundamento referenciais bibliográficos, da CF e do Estatuto da Cidade. Concluíram os autores que faz parte do exercício da cidadania habitar em cidades onde haja distribuição mais justa de oportunidades, com o enfrentamento das acentuadas desigualdades socioespaciais e a melhoria das condições de vida de toda a população.

13.O ENCONTRO ENTRE O INVENTÁRIO E O TOMBAMENTO - EFEITOS JURÍDICOS COMPARTILHADOS E FUNÇÕES COMPLEMENTARES, autor Leonardo Carvalho Gusmão, o qual analisou a reverberação dos efeitos jurídicos do tombamento no inventário. O texto abordou os instrumentos protetivos do patrimônio cultural do art. 216, §1º, da Constituição Federal. formulou investigação sobre o instituto do inventário, assim como seus procedimentos, que são díspares aos do tombamento.

14. OS EFEITOS DA VIOLÊNCIA SOCIAL DA EXPANSÃO DA CIDADE SOBRE AS MEMÓRIAS IDENTITÁRIAS DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS: O CASO DA IMPLEMENTAÇÃO DO PORTO SÃO LUÍS SOBRE A COMUNIDADE DO CAJUEIRO, da autoria de Alexandre Moura Lima Neto, cuja análise de circunscreveu em uma abordagem sobre as comunidades tradicionais passaram a ocupar lugar de destaque quanto às discussões sobre memória e espaço. Ademais suscitou ponto relevante sobre os efeitos da violência social da expansão da cidade sobre as memórias identitárias das comunidades tradicionais, delimitando a discussão no contexto da implementação do Porto São Luís sobre a Comunidade do Cajueiro.

15. URBANISMO ANTECIPATÓRIO, VIGILÂNCIA NATURAL COMUNITÁRIA E PREVENÇÃO DELITIVA, autor Laecio Noronha Xavier, no qual as teorias estratégicas do Urbanismo Antecipatório se apresentam como sendo uma apropriação dos espaços urbanos pelas comunidades, através do sistema de Vigilância Natural Comunitária, representam uma forma de auto-proteção racional e permanente de dissuasão e controle do crime e desmonte de ambientes criminógenos. O texto faz referencia a aspecto pertinente a Prevenção Delitiva na seara da Política Municipal de Segurança Pública e Defesa Social, em que áreas urbanas apresentam condições privilegiadas para a ocorrência da criminalidade quando alinhados os

elementos do “triângulo do crime”: um infrator, um alvo vulnerável e um ambiente que favorece a prática criminosa.

16. VIOLÊNCIA NO ESPAÇO URBANO DO PARÁ: UMA ANÁLISE Á LUZ DOS DADOS OBTIDOS NO ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018, de autoria Helio Jorge Regis Almeida, o qual aborda a violência urbana especificamente no Estado do Pará essa realidade também se faz presente. Busca o presente artigo por intermédio de pesquisa empírica documental á luz dos dados obtidos no Atlas da violência 2018 realizar uma análise da realidade da criminalidade no espaço urbano paraense. O Pará se destacou negativamente no último levantamento de dados o que suscitou preocupação dos pesquisadores no tocante ao tema fazendo-os buscar as causas desse triste fenômeno bem como possíveis soluções a esta problemática.

Horácio Monteschio - UNICURITIBA

Luciana Albuquerque Lima – CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TOMBAMENTO E ENTORNO: EMBATES ENTRE OS INTERESSES PÚBLICO E PRIVADOS E POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS DE CONCILIAÇÃO.

TIPPING AND SURROUNDING: FIGHTING BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS AND POSSIBLE CONCILIATION STRATEGIES.

Nathalie Carvalho Candido

Resumo

Nas décadas que seguiram ao Decreto-Lei nº 25/37, norma brasileira de tombamento, as cidades se ampliaram e se modernizaram, a construção civil e o mercado imobiliário se expandiram, assim como o conceito de patrimônio cultural. Neste contexto, os litígios entre os particulares e poder público se acentuaram. A partir de uma pesquisa bibliográfica, exploratória, descritiva e qualitativa, objetiva-se com o presente artigo analisar algumas estratégias que poderão articular interesses públicos e privados e maximizar a proteção aos bens imóveis tombados, tais como a transferência do direito de construir e as políticas públicas de desenvolvimento do sentimento de pertença nos cidadãos.

Palavras-chave: Tombamento, Entorno, Patrimonialização, Transferência do direito de construir

Abstract/Resumen/Résumé

In the decades following Decree-Law no. 25/37, the Brazilian rule for landfill, cities expanded and modernized, construction and the housing market expanded, as did the concept of cultural heritage. In this context, disputes between private individuals and the public authorities have increased. Based on a bibliographical, exploratory, descriptive and qualitative research, the objective of this article is to analyze some strategies that may articulate public and private interests and maximize the protection of real estate, such as the transfer of the right to build and the policies development of citizens' sense of belonging.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tipping, Surroundings, Patrimonialization, Transfer of the right to build

INTRODUÇÃO

O direito constitucionalmente consagrado à propriedade não é mais caracterizado como absoluto, dado o dever do proprietário de observar a função social do bem imóvel. Entre os elementos caracterizadores do cumprimento da citada função social, está o de preservação do bens de interesse cultural. Esse dever, no entanto, está mais vinculado à atuação estatal que particular, posto que se concretiza a partir de um ato administrativo: o tombamento.

Sem buscar reduzir a importância das discussões acerca da natureza jurídica do ato de tombar, no presente artigo parte-se da premissa de que tanto se trata de um elemento inerente, portanto intrínseco à caracterização do direito de propriedade, quanto de limitação de natureza extrínseca, posto que implementadas as restrições por ato administrativo. Nesse viés de limitação decorrente de ato administrativo, demonstra-se, por meio de pesquisa bibliográfica do tipo exploratória e descritiva e de abordagem qualitativa, que o ato de tombamento e de consequente delimitação de entorno sofre resistência dos proprietários envolvidos, pois é compreendido como um congelamento das potencialidades do imóvel, portanto, a maioria das vezes, desvalorização da propriedade.

O artigo estrutura-se em quatro etapas: na primeira apresenta-se o Princípio da Função Social da Propriedade e sua relação com a patrimonialização dos bens imóveis de interesse cultural. Na segunda parte aborda-se o instituto do tombamento com a análise de sua natureza jurídica. Na terceira parte, aborda-se a questão relativa à caracterização e delimitação do entorno. Na parte final, adentra-se na análise do interesse público no tombamento.

1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMÓVEL

No âmbito positivista, realizando a análise do direito de propriedade imóvel no ordenamento jurídico brasileiro, este é um direito fundamental, expresso no art. 5º da Constituição Federal:

> 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:
>
> [...]
>
> XXII - é garantido o direito de propriedade;

A propriedade está elencada no primeiro inciso do art. 1225 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, como sendo um direito real. Como tal, é dotado de algumas características intrínsecas a este grupo de direitos: a eficácia ou

oponibilidade *erga omnes*, a sequela e a exclusividade. No que diz respeito à eficácia ou oponibilidade erga omnes, diz-se que o direito de propriedade é exercido pelo seu titular sobre a coisa e os demais membros da coletividade devem se abster de incomodar o exercício do domínio. A sequela garante a perseguição do bem e a reintegração nos casos de esbulho, enquanto a exclusividade gera a presunção do exercício pleno e exclusivo salvo prova em contrário.

A doutrina clássica o classifica como um direito absoluto, exclusivo, perpétuo e elástico. Seria absoluto posto que ao proprietário é garantido por lei os direitos de uso, fruição, disponibilidade e reinvindicação, explícitos no art. 1.228, do Código Civil de 2002: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". Exclusivo em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, sendo por esta razão que a doutrina unitarista personalista o caracteriza como um direito pessoal cujo polo passivo é toda a coletividade (obrigação de não-fazer universal). Perpétuo (no sentido de indeterminado) porque, via de regra, não se extingue por condição ou termo. Elástico em decorrência da possibilidade de o seu titular, no uso de sua autonomia negocial, firmar contratos que lhe gerem ônus e portanto, reduzam temporariamente o exercício pleno dos seus poderes sobre o bem.

Detalhando a questão dos elementos caracterizadores do exercício do domínio, garantido pela propriedade, informou-se que o titular de uma propriedade imóvel tem garantido o direito de uso, fruição, disponibilidade e reinvindicação do imóvel. O uso (*jus utendi*) é a possibilidade de servir-se do bem, de utilizá-lo da forma que for conveniente aos seus interesses; o direito de fruição (*jus fruendi*) é o poder de fazer seus os frutos do bem; o direito de dispor (*jus disponendi*) é o direito de transferir gratuita ou onerosamente seu direito sobre o bem para terceiro e, por fim, o direito de reinvindicação (*rei vindicatio*) que consiste no poder de reaver a coisa de quem injustamente a detenha.

O direito de propriedade é apresentado como uma gama de faculdades concedidas ao proprietário, sendo o direito real por excelência, posto que nele se concentre o domínio mais amplo do titular sobre a coisa e dele derivam os demais direitos reais. Entretanto, apesar de não estar expressamente conceituado no texto magno, pode-se afirmar que numa análise legal e constitucional não se pode limitar a caracterização do direito de propriedade a um leque de poderes concedidos ao seu titular.

Observa-se que partir de Constituição de 1934, o direito de propriedade sofreu uma remodelação e passa a propriedade a ser caracterizada como um direito-dever, com a previsão

do princípio da função social da propriedade. A evolução das normas jurídica permite atualmente caracterizar o proprietário como aquele vislumbra em sua utilização uma função social da coisa. Desta feita, a propriedade, embora seja um direito privado, não pode ser exercida apenas com vistas ao interesse próprio, mas sim com uma finalidade social.

O princípio da função social da propriedade experimentou considerável avanço com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Representando o texto constitucional uma constituição de um Estado social, o princípio passa a ter maior largueza, estando em maior intensidade relacionado ao direito de propriedade. Tendo alcançado o nível dos direitos e garantias fundamentais, o direito à propriedade está previsto, como já exposto, no art. 5º da Constituição Federal, sendo que no inciso XXIII do mesmo artigo encontra-se expresso a necessidade de atendimento de sua equivalente função social. A função social da propriedade, enaltecida nos textos constitucionais que seguiram à Constituição de 1934, não se trata, portanto, de limitação ao direito, mas de elemento caracterizador do mesmo, entendendo Lima (2006, p. 60) que: "a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado pela Constituição Federal, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade". Ainda neste sentido, Silva (2000, p.71) observava que:

> O princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do mesmo.

O conteúdo do princípio da função social da propriedade imóvel tem conteúdo variável. No teor do art. 186 da Constituição Federal, a função social da propriedade rural é analisada com base em critérios de econômicos, ambientais e sociais. Já no art. 182, parágrafo 2º, o constituinte afirma que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor", previsão esta que fortaleceu a autonomia municipal, a quem compete elaborar o plano diretor e legislar subsidiariamente a respeito de direito urbanístico, estabelecendo regramentos de interesse local (ARAÚJO, 2008). Mas a previsão da função social da propriedade urbana seria inócua sem instrumentos que possibilitassem seu exercício.

Antes mesmo da Constituição de 1988 estabelecer uma nova ordem jurídica, já se tinha vislumbrado a necessidade de maior atenção ao processo de urbanização, como se observa pela apresentação em 1983 do Projeto de Lei nº 775, que culminou com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade. Com o advento do Estatuto, a função social da propriedade ganha novos contornos, pois além das previsões do texto constitucional, passa

a estar também vinculada ao aproveitamento e destinação que lhe foi dada pelo Plano Diretor. Caracteriza-se, portanto, como instrumento de implementação da função social da propriedade e da função social da cidade. Desse modo, o Estatuto da Cidade torna possíveis as disposições contidas na Constituição Federal enquanto o Plano Diretor contribui para a realização da função social da cidade descrita na Constituição.

Fundada no próprio princípio da função social da propriedade, a função social da cidade prevista no Estatuto da Cidade tem como finalidade de proteger o interesse da coletividade a partir da adoção de medidas que garantam o bem-estar de todos. Por essa razão, o artigo 2º do Estatuto da Cidade informa da necessidade de a política urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e impõe certas diretrizes, entre elas, prevista no inciso XII, a proteção do patrimônio cultural, artístico, paisagístico e arqueológico. Ainda no Estatuto da Cidade, no art. 4º, V, alínea d, inclui-se entre os instrumentos de política urbana o tombamento de imóveis.

2 TOMBAMENTO: NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE PATRIMONIALIZAÇÃO DO BEM IMÓVEL

O tombamento é um ato administrativo através do qual um bem móvel ou imóvel passa a ser caracterizado como patrimônio público oficial, em reconhecimento de seu valor histórico, artístico, arquitetônico ou cultural. É um ato de reconhecimento da importância do bem para a memória de uma comunidade, buscando sua preservação como um elo entre passado e presente, manutenção identitária da cidade. Etmologicamente, a palavra tombamento advém da Torre do Tombo, arquivo público de Portugal. No direito brasileiro, o tombamento não é instituto recente. Data de 1937, durante o governo Getúlio Vargas a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, através da Lei nº. 378, com o escopo de promover o tombamento no país. No mesmo ano, foi editado o Decreto-Lei nº 25, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, ficando conhecida como a Lei do Tombamento.

O tombamento pode ser realizado pela União, pelos Estados, pelos Municípios e ainda pela UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. O mesmo bem pode ser tombado por mais de uma esfera administrativa e, embora raro, a iniciativa para o tombamento pode partir do próprio proprietário do bem. No que tange aos bens imóveis urbanos, muitas vezes a proteção destinada ao bem tombado é recebida com reservas, sendo objeto de impugnação, na maiora das vezes, o pedido de tombamento que parte do órgão público. A proteção do patrimônio cultural imóvel urbano está vinculado à melhoria da qualidade de vida da população, tendo em vista que a preservação da memória, dos referenciais

culturais, caracteriza-se como uma demanda social. Exercer o seu direito à memória faz parte da preservação do bem-estar social, os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro são essenciais à sadia qualidade de vida da população mantendo correlação direta e dependente da sobrevivência histórica (MARCHESAN, 2010, p.103). Note-se ainda os interesses turísticos nos processos de patrimonialização dos bens.

Segundo dados da Organização Mundial do Turismo (UNWTO), referentes a 2012, o turismo tem sido uma das atividades de maior expressividade na economia mundial. Trata-se, segundo Guardado Marín (2010), de uma indústria global por articular uma ampla e diversificada cadeia produtiva composta por países, economias, culturas e territórios, ocasionando crescentes fluxos de capitais. Ainda de acordo com Rodrigues (2013), a intensificação da indústria do turismo em distintas regiões do mundo iniciou-se na década de 1970, quando o Banco Mundial (BM) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) passaram a incentivar os países dotados de fortes atrativos naturais e culturais a voltar-se para o desenvolvimento de atividades turísticas nesses segmentos.

Da experiência mundial, uma constatação é que os países em desenvolvimento vêm realizando esforços para desenvolver atividades atrativas ao turismo, tanto no plano nacional como internacional. Assim, nesse contexto de produção do capital, no qual o turismo se apresenta como uma das atividades econômicas de maior geração de receita, determinadas práticas culturais e patrimônios materiais tornaram-se produtos importantes. Ora, como afirma Dias (2003), cada vez mais o turista se interessa por lugares nos quais seja possível vivenciar práticas culturais "autênticas", que remetem à memória de uma localidade.

Muito embora se caracterize na doutrina mais atual o princípio da função social como elemento do próprio direito de propriedade, como já demonstrado, não se pode deixar de perceber que a proteção à propriedade imóvel caracterizada como patrimônio cultural se insere como limitação ao direito de propriedade, e não apenas essência do domínio. Pelo instituto do tombamento o Poder Público impõe restrições parciais a bens cuja conservação seja de interesse público. Não há dúvidas de que o tombamento se representa uma intervenção administrativa que limita o exercício pleno do direito de propriedade. Destaca-se que o tombamento não deve impedir a posse do bem imóvel, uma vez que se a limitação ao uso e gozo do imóvel for considerável, o procedimento adequado é o da desapropriação.

3 ENTORNO DE IMÓVEIS E A DIFICULDADE DE SUA DELIMITAÇÃO

Nos arredores do bem tombado, as propriedades imóveis também sofrem limitações no seu uso e gozo, em razão da relação de ambiência que possuem com o bem protegido, a área na qual essas propriedades se encontram é denominada entorno ou vizinhança. O entorno tem natureza instrumental: ainda que as propriedades localizadas nele não tenham por si valor cultural, exercem influência na conservação do bem principal, caracterizando uma relação de serviência quanto ao bem tombado.

A proteção ao patrimônio cultural imóvel é maximizada pela compreensão do bem tombado inserido num contexto ambiental. Segundo Gasparini (2005, p. 47), o primeiro Seminário Brasileiro para Preservação e Revitalização de Centros Históricos ocorreu em Petrópolis em 1987, e neste seminário abordou-se sobre a relação do patrimônio histórico com a cidade no qual se localiza. Para Choay (2006, p.201), "o entorno do monumento mantém com ele uma relação essencial. É por isso que, na maior parte dos casos, isolar ou "destacar" um monumento equivale a mutilá-lo".

Tradicionamente a noção de entorno foi relacionada à visibilidade do bem tombado, pela interpretação superficial do art.18 do Decreto-Lei nº25/37, que afirma que "sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes (...)". Não existe uma normatização que defina exatamente o tamanho ou os critérios que devem ser considerados para delimitação da área do entorno, o que promove uma insegurança para o gestor público, sendo certo que a área envoltória do bem para fins de tutela do patrimônio cultural, seja ela mencionada como vizinhança, ambiência ou entorno recebeu diferentes graus de importância e sua relação com o bem preservado foi construída gradativamente e em consonância com a filosofia de restauro predominante à época. (ANDRADE, 2010, p.8). Marchesan (2010, p.100) descreve o entorno como sendo:

> Área envoltória que circunda o bem tombado conforma com ele uma paisagem que pode ser composta de vazios, cheios, bens imóveis, móveis, naturais e artificiais. [...] São aptos integrarem o entorno, além dos imóveis que envolvem o bem tombado, além dos imóveis que envolvem o bem tombado, todos os elementos que compõe um determinado espaço urbano ou construído (tais como mobiliário urbano, a pavimentação, cartazes e painéis publicitários e o meio natural (vegetação, topografia do terreno). Não configurando um fim em si mesmo.

Essa diretriz estava, à época, de acordo com as previsões internacionais. A Carta de Atenas, em 1931, explicitava que era importante que no processo de desenvolvimento urbano fosse observada a sua fisionomia e o caráter daquelas áreas, em especial nas áreas próximas a monumentos históricos, buscando evitar construções de chaminés, instalação de fios de eletricidade, de fios telegráficos e também recomendando a proibição de todo tipo de

propaganda naquela área de vizinhança. Tem-se, no entanto, deste o século passado, uma dificuldade em delimitar o entorno. De acordo com a pesquisa de Lia Mattos e a Analúcia Thompson (2010) a experiência brasileira na evolução do entendimento do artigo 18 do Decreto Lei nº 25/37 se divide em quatro períodos.

O primeiro período foi de 1934 até meados da década de 60 e é chamado pelas autoras de período das memoráveis batalhas judiciais. Porque nesse período, predominava o entendimento do direito de propriedade como absoluto, isso começou a mudar com o início do processo de urbanização, que se deu no início da década de 30. Então, nesse primeiro momento, quando ocorreram os primeiros tombamentos, os proprietários dos imóveis tombados e os proprietários de imóveis no entorno se sentiam muito ameaçados com aquelas limitações que suas propriedades estavam sofrendo, logo, se colocavam muito contrários às políticas de patrimonialização.

Esse movimento de oposição causou muitos litígios e vários casos foram levados ao poder judiciário. No período de 1934 até meados da década de 60, ocorreram grandes conquistas judiciais para a proteção dos patrimônios tombados, formando uma jurisprudência que favoreceu uma ampliação do conceito de ambiência e de visibilidade. Passou-se a entender que visibilidade não era simplesmente "o ver o monumento", "o ver o patrimônio tombado", mas também permitir que aquele imóvel se mantenha numa área que tenha coerência com a sua razão de existir e que possibilite uma compreensão melhor do patrimônio àqueles que o visitam.

Portanto, a jurisprudência, as decisões que foram tomadas nessas décadas possibilitaram melhoria do entendimento do artigo 18. E com a conquista dessas decisões favoráveis passou-se ao segundo período que se iniciou na segunda parte da década de 60 e que se estende até os anos 80, de preservação como política urbana. Nesse momento histórico, embasados nas decisões judiciais favoráveis, várias políticas de preservação foram otimizadas, com um atendimento mais ampliado do que viria a ser a função de um imóvel tombado.

Neste período, a Conferência Geral da UNESCO de 1970 trouxe um conceito novo de ambiência, um conceito mais amplo. A UNESCO apresenta que "entende-se por ambiência de conjuntos históricos ou tradicionais o quadro natural ou construído que influi na percepção estática e dinâmica desses conjuntos ou a ele se vincula de maneira imediata no espaço ou por laços sociais, econômicos ou culturais".

O terceiro período, que se estendeu nos anos 1980 a 1986, caracterizam como o tempo de procedimentos e normas internas (MATTOS, THOMPSON, 2010). Nesses anos ocorreram,

no Brasil muitos seminários e também tentativas de criação de critérios, de organização, inclusive, foi lançada a possibilidade de se criar, tal como tem o livro de tombo, o livro de entorno. Infelizmente, muitos dos resultados desse seminário, dessas pesquisas, não foram levados adiante.

O quarto e último período, de 1986 até 2003, é identificado como de otimização das práticas de entorno. No entanto, persistem as discussões sobre como delimitar o entorno. Às vezes, as propriedades são tombadas, mas o entorno não é delimitado por questões administrativas e aquele patrimônio fica desprotegido, alijado de um contexto. O entorno tem natureza instrumental: ainda que as propriedades localizadas nele não tenham por si valor cultural, exercem influência na conservação do bem principal, caracterizando uma relação de serventia quanto ao bem tombado.

Mais recentemente, a Declaração de Xi'na alerta a importância de se adotar novos critérios para delimitação dos entornos, explicitando que, além dos critérios físicos e visuais, o entorno supõe uma interação do ambiente natural com as práticas sociais ou espirituais passadas ou presentes, costumes, conhecimentos tradicionais, usos ou atividades, outros aspectos do patrimônio cultural intangível que criaram e formaram espaço, assim como o contexto atual e dinâmica de natureza cultural, social e econômica.

Na realidade existe um conceito de entorno de fácil compreensão, mas de delicada delimitação. Não há um método institucionalizado em relação ao tema. É uma questão complexa que permite que cada caso de tombamento seja particularizado, sendo que incontáveis vezes não existe no próprio documento do tombamento a área de entorno. Apesar disso, é possível perceber uma predominância de métodos de delimitação do entorno baseados na apreensão da paisagem, geralmente fundamentados no atributo da visibilidade. A predominância refere-se à métodos reincidentes de certa forma abordados em grande parte dos processos ou àqueles que foram aplicados em objetos de grande impacto na paisagem das cidades. (CABREIRA; RIBEIRO; KRAUSE, 2013, p.36)

Percebe-se pelo estado de obscuridade no qual se encontra a questão da delimitação do entorno que os órgãos públicos têm grandes dificuldades em sua operacionalização. Sem uma metodologia estabelecida para o reconhecimento da área de ambiência que deve gozar de proteção especial, o próprio tombamento perde eficácia e a proteção do patrimônio fica ameaçada. A definição de entorno sem critérios claros é motivo gerador de embates entre o órgão responsável pela gestão da área e os proprietários. Diferentemente dos proprietários dos imóveis tombados que, no curso do tombamento, são notificados e exercem o direito de

impugnar o tombamento, os proprietários dos imóveis do entorno não são necessariamente informados que seus bens sofrem limitações. Muitos só descobrem esta limitação quando, buscando alvarás de construção, descobrem-se localizados em zonas especiais de proteção do município.

Por outro lado, afora os conflitos de interesses com os proprietários, outro problema enfrentado pelos municípios é como implementar um plano diretor para a cidade que satisfaça à função social da cidade no aspecto relativo à proteção do patrimônio cultural imóvel tombado, num contexto de ambiência com o entorno ao mesmo passo que promove a necessária modernização dos espaços públicos notadamente quando aos aspectos de mobilidade urbana e turísticos.

4 TOMBAMENTO E ENTORNO: O INTERESSE PÚBLICO NO ATO DE PATRIMONIALIZAÇÃO

O Poder Público, ao realizar o tombamento de um imóvel, deve atender ao interesse público. Ainda que se considere o ato de tombamento discricionário, em vistas das responsabilidades que acarreta ao Estado, pondera Freitas (2007, p. 8) que " toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras". O interesse a ser atendido no ato de patrimonialização do bem é o chamado interesse público primário, que se referente ao bem-estar social coletivo, da sociedade como um todo, que pode não coadunar com sempre com o interesse secundário, referente a órgão estatais ou governantes do momento. Nesse diapasão, faz-se necessário retomar a questão abordada anteriormente de que o tombamento afeta em especial os interesses de fruição do imóvel pelo seu proprietário, que, não raro, se opõe à realização do ato protetivo. Observa-se, portanto, um conflito ente o dito interesse público e o privado.

Pergunta-se, o interesse público deve necessariamente prevalecer sobre o interesse do particular? O litígio que se observa entre Estado e proprietário foi durante muito tempo resolvido com base na regra da supremacia do interesse público. No entanto, conforme leciona Binenbojm (2005, p.73):

> Ocorre que todas as aludidas prerrogativas da Administração, vistas como desequiparações entre o Poder Público e os particulares não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais [...]. Desse modo, as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao poder público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do príncipio constitucional da igualdade.

Para os administrativistas mais tradicionais, sempre que houver conflito entre um particular e um interesse público coletivo, deve prevalecer o interesse público, pois mesmo o proprietário sendo dono do bem, considerando o já exposto princípio da função social da propriedade, o uso e gozo do imóvel não é absoluto, enquanto que a proteção do patrimônio cultural está umbilicalmente atrelada à melhoria da qualidade de vida da população, pois a preservação da memória é uma causa social grande relevância, sendo esta preservação umas das funções do Estado, atendendo aos anseios da coletividade e proteger o patrimônio histórico, artístico, paisagístico ou cultural brasileiro.

Vale expor que o entendimento constitucionalista é de que inexiste direito fundamental absoluto, quanto mais os de ordem patrimônial, como o direito de propriedade. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> [...] há a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, inclusive o STF já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20).

Outro aspecto favorável à prevalência do interesse público sobre o privado no ato de tombamento é o fato que este representa uma limitação parcial aos interesses patrimoniais particulares, de forma que se reduzindo a extensão de um dos direitos elementares da propriedade (*jus utendi*), acolhe-se o interesse público de preservação da memória de um determinado local. Por outro lado, como observa Saldanha (2017, p. 99): "Nitidamente percebe-se que a CF/88 contempla a proteção ao patrimônio cultural não como política de afirmação do Estado perante os cidadãos e sim para que o cidadão possa se reconhecer como membro e componente de uma comunidade cultural", dessa forma, tem-se que não é suficiente a análise de que do ponto de vista legal, exista autorização de preponderância do interesse público em todos os atos de tombamento, é mister realizar a ponderação aventada por Binenbojm (2005) e averiguar a real necessidade de interferir nas práticas de interesse do proprietário.

Para que se verifique a real necessidade do tombamento, questiona-se o quê e para quem o tomabamento é realizado. O tombamento é dirigido para a proteção de bens de interesse público que compõem o acervo histórico-cultural do país, por vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico. Mais recentemente os interesses turísticos vêm sendo levados em consideração também. A

finalidade da proteção é garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

Não são apenas os bens de excepcional valor que podem ser tombados. São equiparados a estes bens, os monumentos naturais, sítios e paisagens que importe conservar e proteger, por sua destacável figura seja pela ação da natureza ou pela construção humana. Certos bens, no entanto, apesar de seu valor histórico e artístico não podem ser tombados pela expressa proibição do art. 3º do Decreto-Lei nº 25/37 quanto à obras de origem estrangeira que: a) pertençam às repartições diplomáticas ou consulares acreditadas no país; b) adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; c) se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, e que continuam sujeitas à lei pessoal do proprietário 10; d) pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; e) sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; e f) sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

O tombamento adequado não deve buscar a proteção de bens isolados, mas de conjuntos significantes, quando existirem. "Partindo da idéia de conjunto significativo, atualmente, excetuando-se seres humanos e exemplares animais isolados, tudo pode ser tombado; até mesmo um ecossistema para a preservação de uma ou mais espécies" (PARANÁ, *on line*). A questão que emerge é a indeterminação da semântica do significativo. O que é significativo e para quem deve ser significativo? Para Alves (*on line*):

> [...] esta preocupação em sensibilizar o legislador para dotar o país de uma legislação preservacionista não é oriunda de um amadurecimento cultural da população, mas sim de certas camadas da sociedade (escritores, sobretudo), da Igreja e de certos políticos. Até hoje esta questão não está devidamente assimilada pelos brasileiros, haja vista o número freqüente de atos emulativos às construções ou sítios tombados.

Pelo fato de certos grupos terem fomentado historicamente a atuação protecionista do Estado, fez com que a maior parte dos atos de tombamento fossem representativos apenas de um grupo da sociedade brasileira, num dado momento histórico e contexto social e político, havendo dificuldades em identificar interesse social na realização de tombamentos de áreas representativas para a memória de grupos minoritários e ao mesmo tempo de justificar a manutenção da limitação administrativa sobre certos bens cuja memória não é mais valorizada pelos grupos atuais. Nesse aspecto, Pelegrini (2006, *on line*), afirma que "faz-se imperiosa a adoção de políticas patrimoniais pluralistas, capazes de valorizar a diversidade ambiental, as heterogeneidades culturais e as múltiplas identidades, de modo a promover a convivência harmoniosa entre o homem e o meio, e ainda, garantir a inclusão social dos cidadãos".

Verifica-se assim, que não é sempre que o ato de tombamento se justifica pelo interesse público primário na preservação da memória cultural, considerado aqui como os modos de criar, fazer e viver. Por vezes, o tombamento vem exatamente contra o interesse tanto do particular proprietário do imóvel tombado quanto dos imóveis do entorno, sem que se justifique aprioristicamente pelo interesse público, posto que também não existe interesse de grupos que outrora justificaram a limitação.

No conflito entre o poder público e os proprietários de imóveis em razão dos tombamentos, os cidadãos estão esquecidos, ao invés de inseridos nesta busca de um projeto de gestão que possa aliar os interesses protecionistas com os interesses de lucro dos proprietários. Resolver ou diminuir os litígios entre os interesses público e privados serão conquistas decorrentes da participação dos munícipes nos procedimentos administrativos de tombamento e de delimitação de entorno.

É importante que mais que uma parcela da sociedade se veja representada nos bens tombados, para que se possa desenvolver um sentimento de pertença, o qual estimula a preservação da memória como ferramenta para a construção da própria identidade, que serve de base para um exercício adequado da cidadania. Neste sentido possibilita-se que o procedimento seja mais democrático tanto no desenvolvimento quanto na própria escolha dos objetos da proteção.

Pelegrini (2006) destaca que no final do último século a compreensão de patrimônio foi alargada, para a autora a "percepção de que o patrimônio não se restringia aos bens das elites dominantes tornou evidente que o próprio conceito de patrimônio e as ações em sua defesa figuram como construções sociais, historicamente arquitetadas, aptas a promover o sentido de pertencimento dos cidadãos".

O que não se conhece ou não se valoriza não sofre, naturalmente a proteção eficaz, ainda que o bem seja devidamente tombado. O conhecimento é o instrumento necessário à valoração e só ele possibilita a contribuição efetiva do munícipe na construção de uma cidade equilibrada. Assim, quando existe a intenção de se patrimonializar um bem imóvel, se a população reconhece e valoriza o espaço urbano, terá uma participação positiva e prestativa, enquanto que, quando é alheia à importância da manutenção dos espaços de memória, será um empecilho das políticas públicas patrimonialistas, tanto durante o procedimento, a partir das impugnações, quanto após, desrespeitando as proteções atribuídas pelo poder público ao bem tombado.

Para além das medidas educacionais que podem ser uma ferramenta eficaz, porém dependente de maior tempo e ações para apresentar resultados, outro instrumento que pode ser, e vem sendo utilizado, como compensação aos proprietários de imóveis tombados é a transferência de potencial construtivo.

No que tange ao direito de construir, cabe ressaltar que este direito não está necessariamente vinculado ao direito de propriedade. Esta segregação parcial foi outra quebra de paradigma na caracterização do próprio conteúdo da propriedade derivada do fortalecimento do princípio da função social. O crescimento desordenado das cidades e o caos instalado impôs um controle maior do uso do solo urbano em prol da manutenção da qualidade de vida e sustentabilidade das cidades (SÉGUIN, 2005). Assim, a partir dos anos 70, iniciou-se a dissociação do direito de propriedade do direito edilício, a partir da caracterização do solo criado, instituto que não é originário da legislação brasileira, tendo se firmado antes na Europa, na Itália e na França (onde é denominado Teto Legal de Densidade) e nos Estados Unidos (onde foi denominado Espaço Flutuante).

A Carta de Embu (SÃO PAULO, 1976), fruto do seminário organizado pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM-SP) concluía ser constitucional a fixação, pelo Município, de coeficiente único de edificação para os terrenos urbanos e que toda edificação acima deste coeficiente se caracterizaria como solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo quer a de subsolos. Este entendimento foi adotado pelo Estatuto da Cidade em 2001. Portanto, conclui-se que o direito de propriedade confere ao seu titular o direito de construir até determinado coeficiente de aproveitamento, direito este regulado pelo Código Civil de 2002, inclusive.

A partir deste coeficiente de edificação, o direito de construir se separa do direito de propriedade, sendo pertencente à coletividade e gerenciado pelo Município, que poderá outorga-lo a particulares mediante contrapartida do interessado, pelo instituto da Outorga Onerosa do Direito de Construir. Dallari ressalta (2007, p. 42) que o Estatuto da Cidade tem "menor amplitude e mais flexibilidade, permitindo uma adequação às peculiaridades de cada Município e de cada área da cidade, mais foi diretamente ao ponto, esclarecendo a possibilidade de cobrança pela criação do solo".

Assim, com base na diretriz prevista no inciso IX do art.4º do Estatuto da Cidade que determina uma "justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização", o diploma legal possibilita a TDC aos proprietários imitados como forma de compensação de seus prejuízos. Isto decorre do entendimento que, apesar da necessidade de

atendimento à função social, a propriedade continua, sim, a ter importante repercussão econômica para seu titular. De acordo com o citado art. 35, do Estatuto da Cidade:

> Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:
> I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
> II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;
> III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.
> § 1o A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.
> § 2o A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

O instrumento autoriza que os proprietários de imóveis objetos de preservação possam ser compensados pelas restrições construtivas, uma vez que a densidade ou coeficiente construtivo estabelecido para o território não pode ser atingido, sob pena de comprometer o respectivo imóvel (BITENCOURT, 2004, *on line*). A rigor, o que se transfere não é o direito de construir, mas o potencial construtivo não utilizado do imóvel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tombamento e a delimitação da área de entorno, enquanto instrumentos de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, são importantes ferramentas de preservação. Considerando a inexistência de direitos absolutos no ordenamento pátrio, pode-se afirmar que as limitações sofridas pelos particulares em razão da patrimonialização de seu bem imóvel ou da inserção de sua propriedade na zona de entorno tem dupla natureza jurídica: de um lado, faz parte intrínsecamente da própria caracterização do direito de propriedade, em vista da necessária observância do Princípio da Função Social; enquanto por outro lado reflete uma limitação administrativa extrínseca ao direito de uso e fruição decorrente de ato administrativo.

Porquanto ato administrativo, o tombamento deve obediência aos princípios e regras constitucionais, não bastanto sua realização adequar-se ao critério da legalidade, mas sim sujeita-se a uma análise superior, de juridicidade. Neste diapasão, o presente artigo trouxe uma crítica à recorrente justificativa da legalidade do ato de tombar pela primazia do interesse público sobre o privado. Considerando que as políticas preservacionistas foram fomentadas por grupos específicos da sociedade brasileira e que não há ainda de forma intensa uma cultura de preservação de memória, fazeres e viveres pelas comunidades, não se pode absolutamente

justificar a limitação à propriedade no interesse público coletivo primário, pois, reforce-se, em inúmeras situações este não está configurado.

Reforça-se que se reconhece inclusive a função do Estado de promover uma educação cultural e um sentimento de pertença nos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, mas a cada caso, há de se verificar, a partir da utilização da técnica da ponderação, se é justificável de fato a limitação ao uso e gozo do bem pelos seus proprietários através do tombamento, quando existem, no ordenamento jurídico, outros instrumentos menos invasivos de proteção ao patrimônio cultural.

À guisa de conclusão, apresenta-se como uma saída para resolução dos litígios de interesses públicos e privados tanto as políticas de educação patrimonial que possam fortalecer o sentimento de pertença necessário ao exercício efetivo da cidadania, quanto medidas de natureza mais objetivas, de cunho econômico, como utilizar a transferência do potencial construtivo para compensar as eventuais perdas patrimoniais sofridas em razão do tombamento do imóvel ou da inclusão de uma propriedade na poligonal de entorno de um bem patrimonializado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexande Ferreira de Assumpção. **O Tombamento como Intrumento de Proteção do Patrimônio Cultural**. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/098065098.pdf. Acesso em: 30 de nov. 2018.

ANDRADE, Inês El-Jaick. O debate sobre as áreas envoltórias de bens patrimoniais. **Cadernos do PROARQ**, Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Programa de Pós-graduação em Arquitetura - ano 1 (1997) n. 15, p. 07-18, dez 2010. Disponível em: http://cadernos.proarq.fau.ufrj.br/public/docs/cadernosproarq15.pdf. Acesso em: 12 jul. 2019.

ARAÚJO, Marinella Machado. Política de Desenvolvimento Urbano no Estatuto da Cidade: em que realmente avançamos com o modelo de planejamento regulado pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001? IN COSTA, Geraldo Magela (org.); MENDONÇA, Jupira Gomes de (org.). **Planejamento Urbano no Brasil**: trajetória, avanços e perspectivas. Belo Horizonte: C/Arte, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. de Dir. da Proc. Geral, Rio de Janeiro**, v. 239, p. 49-82, 2005. Disponível em: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855. Acesso em 07 de out 2018.

BITENCOURT, Ana Paula Mota de. A Transferência do Direito de Construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba. Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. **Anais**. Recife. 2004. Disponível em: <http://ibdu.org.br/eficiente/repositorio/Projetos-de-Pesquisa/congressos-e-seminarios/recife-2004/149.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

CABREIRA, C. V.; RIBEIRO, R. T.; KRAUSE, C. B. Critérios métodos e parâmetros de atuação no entorno e de bens tombados isolados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: a visibilidade em questão. **PARC Pesq. em Arquit. e Constr.,** Campinas (SP) v. 4, n. 1 (2013). Disponível em: http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/parc/article/view/8634557/0. Acesso em: 10 jul. 2019.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. São Paulo: UNESP, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. Solo Criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo. IN DALLARI, Adilson Abreu (coord.); SARNO, Daniela Campos Libório di (coord.). **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIAS, Reinaldo. **Planejamento do turismo**: política e desenvolvimento do turismo no Brasil. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

LIMA, Getúlio Targino. **Propriedade: crise e reconstrução de um perfil conceitual**. 2006, 213f. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais. Programa de Estudos Pós-graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP.

MARCHESAN, Ana Maria. Preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia (Cood.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.99-127.

PARANÁ. Site da Secretaria de Estado da Cultura do Paraná. Tombamento:conceitos. Disponível em:http://www.patrimoniocultural.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4#2. Acesso em: 30 de nov. 2018.

PELEGRINI, Sandra C. A. Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas na esfera do patrimônio cultural e ambiental. **Revista Brasileira de História**. vol.26 no.51 São Paulo Jan./June 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882006000100007. Acesso em 30 de nov. 2018.

RODRIGUES, Lea Carvalho. **Brasil e América Latina**: percursos e dilemas de uma integração. Fortaleza: UFC, 2013. No prelo.

SALDANHA, Bianca de Souza. **A desapropriação enquanto instrumento de proteção do patrimônio cultural**: nova fundamentação a partir da Constituição de 1988. Dissertação (Dissertação em Direito Constitucional) – UNIFOR. Fortaleza, p. 99. 2017.

SÃO PAULO. **Solo Criado/Carta de Embu**. São Paulo: CEPAM-Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

UNWTO. **World Tourism Barometer**, v. 10, nov. 2012. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde lança política nacional que amplia acesso ao planejamento familiar. **Portal da Saúde**, 22 de mar. de 2005. Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/. cfm?co_seq_noticia=13728. Acesso em: 22 de mar. 2019.