

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Sofia Melo Figueiras – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-506-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Função social. 3. Urbanização. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

Realizou-se, nos passados dias 7 e 8 de setembro, de 2017, em Braga, na Universidade do Minho, o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em direito (CONPEDI), subordinado à seguinte temática geral: «Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas».

Neste âmbito, tivemos o privilégio de coordenar o Grupo de Trabalho (GT) dedicado, em especial, ao tema «Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade I». Tendo em atenção esse papel, cumpre-nos, por ora, a honrosa tarefa da elaboração do texto de apresentação da obra que compila todos os textos apresentados no Encontro, realizado em Braga. É com uma enorme responsabilidade que assumimos, pois, tal encargo. Isto porque a obra que agora nasce integra um conjunto de trabalhos que são de uma inegável elevada qualidade científica. Qualidade científica, essa, que, de resto, ficou bem patente na sua apresentação oral e no frutífero debate que se lhe seguiu.

Em obediência ao tema específico tratado pelo Grupo de que nos ocupamos, vários assuntos, conexos com o mesmo, foram objeto de uma saudável análise e discussão. Com efeito, desde a importância do planeamento urbano para a redução de catástrofes nas cidades, a falta de regulamentação do Instituto dos Condomínios Urbanísticos, o direito à moradia, a importância da preservação da memória das cidades, a ideia de promoção do conceito de cidade sustentável, ao alcance do conteúdo do direito de propriedade, várias questões de grande relevância foram suscitadas no decurso dos trabalhos.

Espera-se, acima de tudo, que a presente obra constitua o testemunho escrito do empenho demonstrado pelos membros do Grupo, bem como, e volta-se a reiterar, da elevada qualidade científica do trabalho por si desenvolvido.

Uma última palavra, em jeito de conclusão, é dirigida a toda a organização do Evento, que fomentou a iniciativa e permitiu que a mesma chegasse à Universidade do Minho. A partilha de conhecimentos com os colegas do Brasil, e não só, permitiu-nos desenvolver a mente e preencher a alma. Muito obrigada e um bem-haja a todos os participantes!

A coordenadora,

Cláudia Sofia Melo Figueiras,

Universidade do Minho e Universidade Portucalense

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O TOMBAMENTO COMO ANTÍDOTO À DESFIGURAÇÃO IDENTITÁRIA DA MEMÓRIA DAS CIDADES

THE “TOMBAMENTO” AS ANTIDOTE TO THE IDENTITY DESFIGURATION OF THE MEMORIES OF THE CITIES.

Alexandre dos Santos Priess

Resumo

O objetivo deste estudo é refletir sobre as cidades, o meio ambiente cultural e o tombamento como um antídoto constitucional à desfiguração identitária da memória das cidades diante da modernidade superficial. Pretende-se compreender o problema da desfiguração do patrimônio histórico cultural brasileiro e estudar o tombamento, suas características e entender como pode ser um instrumento capaz de concretizar o direito fundamental ao meio ambiente cultural rico, heterogêneo e resguardado às próximas gerações. Estabelecidos os métodos Indutivo para Investigação, Cartesiano no tratamento dos dados e utilizada a lógica indutiva na obtenção dos resultados.

Palavras-chave: Tombamento, Meio ambiente cultural, Memória das cidades

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to reflect about the cities, the cultural environment and the “Tombamento” as a constitutional antidote to the memory defacement of the memory of cities before a superficial modernity. Intends to understand the problem of the disfiguration of the historical cultural heritage of Brazil and study its characteristics and understand how it can be an instrument capable of concretizing the fundamental right to the cultural environment rich, heterogeneous and protected to the next generations. Chosen the methods Inductive for investigation, Cartesian for data processing and Inductive Logics for results report.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: “tombamento”, Cultural environment, Memory of cities

1. Introdução

O **objetivo** deste artigo é refletir sobre as cidades, o meio ambiente cultural e o tombamento como um antídoto constitucional à desfiguração identitária da memória das cidades diante da modernidade superficial.

A investigação do tema pretende compreender o **problema** da desfiguração das cidades e conhecer o tombamento, suas características e entender como pode ser um instrumento capaz de concretizar o direito fundamental ao meio ambiente cultural rico, heterogêneo e resguardado às próximas gerações.

O **tema** é relevante e se justifica na medida em que a globalização e o intercâmbio de culturas, descortina a modernidade superficial, em uma sociedade padronizada, “fagocitária” de sua história e aqui se **justifica** a pertinência da pesquisa, reconhecer o inevitável empobrecimento cultural e a pertinência do tombamento como um instrumento capaz de preservar a memória histórica do povo brasileiro, sem congelar cidades e impedir seu desenvolvimento.

Estrutura-se o presente no estudo no conhecimento das cidades como ambiente ao desenvolvimento das potencialidades humanas e sua função social de habitar, circular, trabalhar e recrear. Na sequência, investiga-se o meio ambiente, suas classificações e o conteúdo normativo do ambiente cultural, conforme a Lei Fundamental da República para, ulteriormente, aprofundar no conhecimento do Tombamento como um instrumento capaz de tutelar a identidade histórica das cidades.

Fundamental compreender que as cidades, para a riqueza cultural dos povos e preservação da identidade devem resistir a tentação da padronização.

No tocante à **metodologia**, na fase investigatória¹ se utilizou do método indutivo² e no momento de tratamento dos dados o método cartesiano³, assim o relatório dos resultados fundamentou-se na lógica indutiva.

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 86.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

2. Cidades: origens, funções e a desfiguração identitária

Os agrupamentos urbanos existem há cerca de 5.500 anos. Eram, no início, pequenos e, em sua maioria, compostas por gente do campo (DAVIS, 1967, p. 13). Vida simples e proximidade da natureza são traços marcantes. Os primeiros grupos se reuniram, aproximadamente, no ano de 3.500 a.C no Vale entre o Tigre e o Eufrates, não obstante o fenômeno urbano seja mais visualizável a partir do século XIX (SILVA, 2012, p. 19-20).

Para Gideon Sjoberg (1967, p. 36-37) são três os grandes momentos (ou fases) das cidades em sua história evolutiva, a saber: a) fase pré-urbana ou sociedade de gente, anteriores à alfabetização, auto-suficientes e dedicados à busca da subsistência, b) fase pré-industrial ou feudal, etapa em que já se estocava alimento e se iniciou a especialização dos trabalhos de modo a estratificar a sociedade em classes e viabilizar o surgimento de lideranças e c) fase industrial moderna, com educação de massas e sistema de classes dinâmico.

Já se discute, nessa escala evolutiva, uma quarta fase das cidades, ou seja: o estágio pós-industrial como a cidade que não se opõe ao campo, com serviços e tecnologias espalhados de maneira a formar um conjunto urbano-rural (SILVA, 2012, p. 21).

Essencial o conhecimento da história da formação e evolução das cidades. Para Lewis Mumford (2008, p. 1): “Se quisermos lançar novos alicerces para a vida urbana, cumpre-nos compreender a natureza histórica da cidade e distinguir, entre as suas funções originais, aquela que dela emergiram e aquelas que podem ser ainda invocadas”.

Cidade, na lição de José Afonso da Silva (2012, p. 24), é o aglomerado de pessoas com: a) dimensão e densidade populacional específica, b) profissões urbanas diversificadas minimamente c) economia urbana permanente e em diálogo com a área rural e d) camada urbana com produção, consumo e direitos próprios. Ainda, José Afonso da Silva (2012, p. 26) pontua a cidade, no Brasil, como “...um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população”.

A urbanização, portanto, é o crescimento populacional do meio urbano com preponderância ao meio rural (SILVA, 2012, p. 26) e, também, processo de transformação de regiões rurais em urbanas (PALEN, 1975, p. 23); o urbanismo (LACAZE, 1993, p. 11) nasce como ato de poder ou intervenção voluntária para a consecução da urbanificação ou reurbanização dos espaços, vale dizer: correção dos excessos.

As funções elementares (ou sociais) de uma cidade são: habitar, trabalhar, recrear e circular (SILVA, 2012, p. 33). É neste espaço que as pessoas desenvolvem suas potencialidades. Assim, devem ser planejadas, as cidades, com vistas a materializar qualidade de vida aos seres humanos. Qualidade esta que não se traduz em crescimento econômico simplesmente. Esta realidade antropocêntrica exige a observância do princípio constitucional da sustentabilidade (FREITAS, 2012, p. 41 e 73), com especial atenção neste estudo, para o meio ambiente cultural.

Carlos Leite (2012, p. 132) adverte que: “Uma cidade sustentável é muito mais do que um desejável conjunto de construções sustentáveis. Ela deve incorporar parâmetros de sustentabilidade no desenvolvimento urbano público e privado”.

É nas cidades que se desenvolve a história urbana (LIMA, 2012, p. 2) e sua identidade visual diversificada. Seus elementos distintos viabilizam a sensação de lar, de pertencimento (LYNCH, 1967, p. 207).

O patrimônio cultural dos povos é um dos traços marcantes da identidade dos seres humanos. No entanto, “o despertar da modernidade, intensificado, alargado e potencializado por toda sorte de contatos e intercâmbios pelo processo de globalização tornou possível a transfiguração identitária” (LIMA, 2012, p. 2).

A modernidade, o desenvolvimento como um fim em si mesmo, e sua superficialidade, conduzem, de pouco a pouco, à padronização das cidades e ao enfraquecimento e empobrecimento do patrimônio cultural. É o gradativo apagar da memória. A uniformização de comportamentos, das formas de expressão, da arquitetura, das manifestações artístico-culturais enseja a monotonia do ambiente cultural urbano, o que, por conseqüência milita contra as riquezas e potencialidades dos seres humanos. Segundo Nora (1993 *apud* Lima, 2012, p. 2) “a razão precípua de um lugar de memória é parar o tempo, impedir o esquecimento, imortalizar a morte e materializar o intangível para prender o máximo de sentido num mínimo de sinais”.

Derani (2008, p. 49-50) explica que:

O estudo da realidade social pressupõe a compreensão da inafastável unidade dialética entre natureza e cultura. Toda formação cultural é inseparável da natureza, com base na qual se desenvolve. Natureza conforma e é conformada pela cultura. De onde se conclui que tantas naturezas

teremos quão diversificadas forem as culturas, e, naturalmente pelo raciocínio inverso, as culturas terão matizes diversos, visto que imersas em naturezas diferentes. Isto significa que os elementos da realidade não partem do intelecto humano puramente, mas de relacionamentos com o meio natural e social. Fatalidades naturais como nascimento e morte, fenômenos climáticos e meteorológicos também compõem o ser de uma sociedade. Porém, não somente por meio destes fenômenos naturais implacáveis relaciona-se o homem com a natureza. Muito mais presentes são as atividades sociais em que a natureza é posta a serviço do homem em sua participação social (socialização da natureza), o que não significa necessariamente que o homem a compreenda. Pois, na sociedade moderna, é a natureza um instrumento. Tanto aquilo que apresenta de matéria como suas exigências naturais são compreendidas na exata medida de sua utilidade imediata.

A preservação da memória, portanto, é emergente (LIMA, 2012, p. 3), ainda mais em uma “...sociedade fagocitada por uma economia cuja única finalidade é o crescimento pelo crescimento” (LATOUCHE, 2009, p. XIII). O diferente, a distinção e a riqueza cultural não podem ser tragados pela sociedade *standard*, vale dizer: padronizada e homogênea, ou, na expressão de Serge Latouhce (2009, p. XI): empazinada do hiperconsumo. Para Huyssen (2000 *apud*, Lima, 2012, p. 3) esta preservação se chama cultura da memória⁴, a saber: “deslocamento do eixo dos futuros presentes privilegiado nas décadas iniciais do último século, para os passados presente, privilegiados nos dias atuais” (LIMA, 2012, p. 3).

A Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 (Convenção do Patrimônio Mundial de 72)⁵, no Brasil, aprovada pelo Decreto Legislativo 74/77 e promulgada pelo Decreto 80.978/77, reconheceu acelerado processo de degradação do patrimônio cultural e natural mundial, e tendo em conta o empobrecimento irreversível dos povos advindo desse fenômeno, firmou que aos signatários compete “identificar, proteger, conservar, valorizar e transmitir às gerações futuras o patrimônio cultural e natural situado em seu território.” (art. 4º). Ainda, pactuou, entre outras ações, mas com especial interesse teórico para este artigo, “tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e

⁴ “Foi no século XVIII, na França revolucionária, que surgiram as primeiras medidas por parte do poder público de proteção ao patrimônio com o objetivo de conter a fúria destruidora de palácios, castelos e igrejas identificados como monumentos representativos da tirania do Antigo Regime.” (LIMA, 2012, p. 3).

⁵ Doravante denominada CPM-72.

financeiras cabíveis para identificar, proteger, conservar, valorizar e reabilitar o patrimônio” (art. 5º, alínea “d”).

Esse empobrecimento contínuo, que desfigura o meio ambiente cultural, deve ser objeto de ação coordenada e específica do Poder Público no sentido de evitar sua progressão e o presente artigo estuda o tombamento com um instrumento possível deste escopo.

3. Patrimônio Cultural brasileiro: visão Constitucional

O meio ambiente pode ser classificado como natural, artificial, cultural, do trabalho e o patrimônio genético (FIORILLO, 2008, p. 20-26). Trata-se de direito fundamental (CANOTILHO; LEITE, M., p. 2008, p. 73) de envergadura constitucional e essencial à condição de vida digna do ser humano.

O patrimônio cultural brasileiro é parte do meio ambiente cultural e se encontra inserido no ambiente artificial, vale dizer: é este conjunto de bens plasmados nos espaços urbanos e rurais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶ estatui no art. 215, *caput*, que é dever do Estado garantir a todos o integral exercício dos direitos culturais e o alcance das fontes da cultura nacional. No art. 216, *caput*, da CRFB/88 tem-se normatizado o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro. Este representa, em termos conceituais, para a Lei Fundamental da República, todos os bens materiais (móveis ou imóveis) e imateriais que anunciam a identidade⁷, a ação⁸ e a memória⁹ dos diversos grupos que formaram a sociedade brasileira. Cuida-se de definição viva, que perpassa o tempo e entrelaça gerações (MACHADO, 2013, p. 1092 e 1094).

Édis Milaré (2007, p. 252) conceitua:

⁶ Doravante denominada CRFB/88.

⁷ “Processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(ais) prevalece(m) sobre outras fontes de significado”. Manuel Castells, 2002, apud Paulo Affonso Leme Machado, 2013, p. 1093.

⁸ “É revelada por realizações materiais ou imateriais, consideradas individual ou coletivamente”. (MACHADO, 2013, p. 1093).

⁹ “É o que se reteve do passado ou se quer guardar sobre qualquer coisa. A memória cultural é a conservação de fatos ou ações do passado ou do presente visando ao tempo futuro”. (MACHADO, 2013, p. 1093).

Sob a denominação ‘Patrimônio Cultural’, a atual Constituição abraçou os mais modernos conceitos científicos sobre a matéria. Assim, o patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois basta que tais bens sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira.

Rompeu a CRFB/88 a tradição de exigir “valor excepcional” e “valor sociológico” ao patrimônio e se adotou a ideia de “valor histórico” desde que “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” e, portanto, estabelece a defesa de bens imateriais em conjunto ao com os bens materiais (RODRIGUES, 2011, p. 520).

A CRFB/88 identifica – *excetuados os instrumentos processuais adequados* – cinco mecanismos de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, conforme o art. 216, §1º, a saber: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação. O texto constitucional, inclusive, autoriza a criação de outras formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural (MACHADO, 2013, p. 1100).

Conforme Lima (2012, p. 3):

A palavra patrimônio proveniente do latim pater (pai) é utilizada no sentido de o conjunto de bens pertencentes ao pater famílias e, portanto também, a herança, o legado, ou seja, aquilo que o pai deixa para os filhos. Nesta perspectiva, o conceito de patrimônio cultural pode ser entendido então como um conjunto de bens, materiais ou imateriais, merecedores de proteção, visando sua transmissão/herança para as gerações futuras, dado o valor relevante a eles atribuído, enquanto manifestações culturais e símbolos da nação.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) confirma a Vontade da Constituição (HESSE, 1991, p. 19) ao tratar da política urbana para o integral desenvolvimento das funções sociais das cidades e da propriedade urbana estabelece, em seu art. 2º, XII, como diretriz geral a

proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Densificam, ainda, a norma constitucional em comento as disposições do Estatuto da Cidade que versam sobre: a) o direito de preempção em favor do Poder Público quando necessitar de áreas para a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico (art. 26, VIII); b) os casos de transferência do direito de construir quando necessário para fins de preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (art. 35, II); c) ampliação do perímetro urbano e a exigência de os Municípios elaborarem projetos específicos que contenham, no mínimo, e entre outros, a *definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural* (art. 42-B, VI).

O tombamento, nesse contexto, é o instrumento jurídico da política urbana, previsto no art. 4º, V, “d” do Estatuto da Cidade, que tem por escopo impedir que as cidades sejam desfiguradas no tocante ao seu patrimônio histórico.

Ensina Lima quanto à função simbólica do patrimônio cultural (2012, p. 4):

Desta maneira, o patrimônio cumpriria importantes funções simbólicas, tais como o reforço à noção de cidadania por meio dos bens identificados no espaço público como propriedade de todos os cidadãos e, a consequente instrução dos cidadãos, via preservação desses bens e a relação metonímica expressa na realidade e no ideal da nação, reforçando a coesão nacional e a legitimação do poder público uma vez que, a homogeneização simbólica desses bens heterogêneos e de diferentes procedências funcionaria como provas, documentos concretos, das versões oficiais da história nacional.

O ambiente cultural, assim, evidencia a riqueza de um povo e confirma os laços dos seres humanos com sua origem e o posiciona, com o conforto do envolvimento, os elementos espaço e tempo.

4. Tombamento: instrumento de intervenção urbanística

Para se chegar a um conceito adequado de tombamento exige-se a compreensão de antecedentes lógicos essenciais.

Os instrumentos de intervenção urbanística, para José Afonso da Silva (2012, p. 393-393), são classificados em quatro espécies: a) instrumentos de atuação urbanística; b) instrumentos de aproveitamento adequado compulsório; c) instrumentos de controle urbanístico e d) instrumentos de composição dos cursos urbanísticos. Os instrumentos de atuação urbanística identificam-se como limitações urbanísticas à propriedade e se exteriorizam de três modos, veja-se: a) restrições; b) servidões e c) desapropriações.

Em resumo: as limitações podem se materializar por intermédio de restrições, servidões e desapropriações.

Garantida constitucionalmente (art. 5º, XXII, CRFB/88), a propriedade privada – que deve atender a função social¹⁰ (art. 5º, XXIII, CRFB/88) – compreende três faculdades básicas, quais sejam: a) de uso; b) de gozo; e c) de disposição (art. 1228, *caput*, do Código Civil¹¹), assim como detém três características tradicionais, ou seja: é direito a) absoluto; b) exclusivo; e c) perpétuo, na forma dos arts. 1228, 1229 e 1231, todos do CC. Portanto, ao proprietário é garantido o direito de usar o bem e satisfazer suas necessidades, sem a interferência de terceiros, auferir os frutos advindos da coisa e realizar, com liberdade, atos de domínio. Tudo de modo perpétuo (SILVA, 2012, p. 393-394).

Afinal, segundo Canotilho e Leite, J. (2008, p. 272):

O princípio da função social da propriedade se superpõe à autonomia privada, que rege as relações econômicas, para proteger os interesses de toda a coletividade em torno de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹⁰ “É hoje vulgarmente aceite pela doutrina jurídica comparada que o direito de propriedade está subordinado a um limite inerente à sua estrutura, designado por função social ou ainda, na terminologia jurídica alemã, por vinculação social (*sozialbindung*) ou obrigação social (*sozialpflichtigkeit*; *sozialgebot*)” (CORREIA, 2001, p. 314).

¹¹ Doravante denominado CC.

As limitações, portanto, quando restritivas atingem o caráter absoluto da propriedade. Quando mitigarem o caráter exclusivo da propriedade serão nomeadas por servidões e, finalmente, quando atingirem o caráter perpétuo serão chamadas de desapropriações. As restrições, limitadoras do caráter absoluto da propriedade, nesta linha, atingem o direito de fruição do proprietário; o direito de modificação (ou transformação) e o direito de alienação (SILVA, 2012, p. 394 e 396).

Observada esta classificação proposta por José Afonso da Silva, identifica-se o tombamento como um instrumento de intervenção do tipo limitação urbanística, porquanto sua instituição atinge o caráter absoluto da propriedade de modo a mitigar as faculdades inerentes à fruição, modificação e disposição da propriedade.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 378-379) o tombamento é *a intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.*

Em linhas simples: um instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Trata-se de instrumento de intervenção urbanística de envergadura constitucional (art. 216 da CRFB/88), também previsto no Estatuto da Cidade (art. 4º, V, “d”), com lei de regência no Decreto-lei 25/37¹² em sintonia com a CPM-72. O recorte teórico que se procede neste artigo, portanto, é o tombamento como instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro, especialmente, o material.

Podem ser tombados bens materiais móveis e imóveis, públicos¹³ ou privados.

Merece registro, no ponto, que o tombamento não tem por finalidade preservar bens imateriais. Estes são tutelados por intermédio do Registro, instituto também previsto no art. 216, §1º, da CRFB/88, com regência pelo Decreto 3.351/00.

¹² Doravante denominado DL 25/37.

¹³ Quanto ao tombamento de bens públicos importante registrar, em que pese não ser objeto desta pesquisa, que há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de um ente estatal de posição inferior tomar bem de propriedade de ente superior. Em recente decisão, 3.5.2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente uma ação (cível originária: ACO 1208/MS) proposta pela União em face do Estado do Mato Grosso do Sul em que se discutia a viabilidade do tombamento se concretizar por ato legislativo de ente inferior ao proprietário do bem. O STF reconheceu a possibilidade de um Estado-membro efetuar o tombamento de bem da União. Quanto à praticabilidade se dar por lei, asseverou o STF, ser possível desde que provisório.

Para Oliveira (2016, p. 595-600) o tombamento pode ser classificado tendo em conta: a) o procedimento necessário para sua efetivação; b) a produção de efeitos; c) a amplitude ou abrangência e d) o alcance sobre determinado bem.

Quanto ao procedimento necessário à sua efetivação o tombamento pode ser: a) de ofício (art. 5º do DL 25/37); b) voluntário (art. 7º do DL 25/37) e c) compulsório (art. 8º e 9º do DL 25/37). Tombamento *de ofício* é aquele que recai sobre bens públicos e se dá por intermédio de simples notificação à entidade proprietária ou sob cuja guarda estiver o bem tombado (DI PIETRO, 2017, p. 180). *Voluntário* é aquele em que o proprietário do bem manifesta o interesse na preservação da coisa ou aquiesce com a notificação que recebe da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2016, p. 857). *Compulsório* é o tombamento de bem em que houve resistência expressa, dentro do prazo legal, por parte do proprietário, mas que, após a decisão fundamentada do Poder Público, é obrigado a se submeter (ARAÚJO, 2014, p. 1190).

Os traços culturais dos povos (sua memórias) materializados em bens imóveis, por conseguinte, podem estar sob a propriedade do Poder Público ou, ainda, sob o domínio da iniciativa privada, o que revela a abrangência do Tombamento.

No que se refere à produção de efeitos o tombamento pode ser: a) provisório ou b) definitivo, vale dizer: *provisório* é aquele que produz efeitos imediatamente após a notificação formal do proprietário do bem e, portanto, impede a desfiguração do valor histórico e, o *definitivo*, é o que se ultima com a inscrição do patrimônio no livro competente (*in casu*: o livro do Tombo, conforme o art. 10 do DL 25/37 (NOHARA, 2016, p. 767).

O desígnio legal é evitar que o bem se perca em definitivo, razão por que se admite o Tombamento provisório como medida a preservar a integridade da marca cultural e que é capaz, em se tratando de coisas tangíveis, de sofrer ação do homem.

Transcreve-se, por relevante, a lição de Justen Filho (2014, p. 624) no sentido de que:

Deve-se observar que a evolução do ordenamento jurídico conduziu a um aperfeiçoamento do regime jurídico do tombamento. Nada impede que a Administração Pública pleiteie perante o Poder Judiciário a antecipação dos efeitos do tombamento, inclusive para momento anterior à própria notificação do particular. Por outro lado e como acima apontado, o reconhecimento da natureza de direito público do instituto do tombamento

dispensa a inscrição no “Livro do Tombo” para fins de seu aperfeiçoamento jurídico.

A urgência na preservação da identidade de uma cidade – ameaçada por ação voluntária do homem – pode ser alvo de medida judicial que tenha por fim resguardar o bem em perigo seja por intermédio de ação promovida pela Administração Pública ou, até mesmo, por ação popular.

Já em relação à amplitude o tombamento pode ser: a) individual ou b) geral. O primeiro configura-se como restrição individual de determinado bem (por exemplo: o Prédio na rua Conselheiro Mafra, que foi sede da antiga Alfândega e da Delegacia da Receita Federal, em Florianópolis/SC)¹⁴, ao passo que, o segundo, é a restrição de uma coletividade (MEIRELLES, 2003, p. 548), a saber: um bairro ou cidade com locais históricos e paisagísticos. Exemplo de tombamento de conjunto urbano: o Centro Histórico de Laguna/SC, “formado a partir do porto original e abriga cerca de 600 imóveis”¹⁵.

O tombamento geral, entretanto, exige, ao menos, a localização e individualização da coletividade selecionada. Do contrário, converter-se-ia em mera limitação administrativa (ARAÚJO, 2014, p. 1190). Nas palavras de Justen Filho (2014, p. 620): “...não se tomba a ‘cidade’ nem o ‘bairro’, mas cada imóvel ali existente que apresente características peculiares e especiais”.

Quanto ao alcance o tombamento pode ser: a) total, quando atinge todo o bem (exemplo: a Casa da Rua do Rincão, Laguna/SC, edificação de arquitetura luso-brasileira, localizada na antiga Rua do Rincão, foi a casa onde Anita Gribaldi viveu com seus pais)¹⁶ ou b) parcial quando apenas uma parte do bem sofre restrições (OLIVEIRA, 2016, p. 597), ou seja: a fachada de uma edificação determinada.

Em sua missão constitucional de preservar o patrimônio cultural brasileiro o tombamento é instituído por ato administrativo¹⁷, após regular processo administrativo, em

¹⁴ IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Bens tombados e processos de tombamento em andamento. Disponível < <https://goo.gl/1noFPk> > Acesso em 23 mai. 2017.

¹⁵ IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Laguna/SC. Disponível em < <https://goo.gl/FXjAPW> > Acesso em 23 mai. 2017.

¹⁶ IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Monumentos e espaços públicos tombados – Laguna/SC. Disponível em < <https://goo.gl/dw11zX> > Acesso em 23 mai. 2017.

¹⁷ Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 1119-1121) ensina que não há vedação constitucional para a instituição do tombamento por ato legislativo, entretanto, neste artigo adotou-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 858-860) para quem o instituto nasce apenas por ato administrativo em razão da necessidade de atuação do Poder Público para formalizar, fundamentar e expor o real valor histórico do bem alvo

que se garanta a ampla defesa da parte adversa, assim como o contraditório. (OLIVEIRA, 2016, p. 597). O escopo do processo administrativo é equacionar a existência de valor, como patrimônio cultural, no bem material objeto da pretensão estatal. O proprietário do bem, assim, pode alegar vícios que inquinem o processo administrativo, bem como arguir motivos técnicos que inviabilizem a restrição urbanística.

Ao final do procedimento administrativo o bem será inscrito em livros especiais, vale dizer: Livros do Tombo, constantes dos órgãos públicos competentes. Importante consignar, neste aspecto, que a expressão provém do Direito Português onde tomar significava inventariar, arrolar ou inscrever em arquivos oficiais guardados na Torre do Tombo (MEIRELLES, 2003, p. 546).

É possível, ainda, que o tombamento seja cancelado, também chamado pela doutrina como “destombamento”, ou seja: por decisão do Presidente da República (nos casos de tombamento por órgão federal), de ofício ou provocado por recurso da parte atingida pelo ato administrativo, o tombamento pode ser revogado por motivo de interesse público. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 861) devidamente fundamentado (DI PIETRO, 2017, p. 183). Essencial demonstrar-se a conveniência e a oportunidade da revogação, sob pena de a discricionariedade transmutar-se para arbitrariedade. Afinal, como observa Di Pietro (2017, p. 183) interesses diversos, além dos culturais, devem ser tutelados e resolvidos pelo Estado.

Este instrumento de intervenção urbanística gera efeitos para o proprietário do bem, para o Poder Público que exteriorizou a vontade de preservar o patrimônio cultural, assim como para terceiros.

Ao proprietário, por se tratar de limitação restritiva e que, como dito, atinge o caráter absoluto da propriedade, mitiga as faculdades inerentes à fruição, modificação e disposição da propriedade. Cuida-se de restrições positivas (obrigação de fazer), negativas (obrigação de não fazer) e de suportar (obrigação de deixar fazer) (ARAÚJO, 2014, p. 1190). Nasce para o proprietário (e ao possuidor), em relação ao bem tombado, conforme Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 1127-1132) o dever de: a) comunicar a necessidade de reparar o bem; b) não destruir, demolir, deteriorar, mutilar ou inutilizar a coisa; c) solicitar ao Poder Público autorização para reparar, pintar ou restaurar o bem; d) requerer autorização para colocação de cartazes; pleitear autorização para a saída do bem tombado do país. O dever de o proprietário comunicar o Poder Público acerca da intenção de alienar o bem objeto do tombamento foi

da ação do Estado, sob pena de indevida interferência na propriedade privada, também constitucionalmente garantida.

revogado pelo art. 1.072, I, do Novo Código de Processo Civil. Portanto, não se trata mais de um direito de preferência da Administração Pública.

Em resumo: o proprietário tem o dever de conservar a identidade do objeto tombado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 622).

Ao Poder Público, por evidente, inclusive para tornar definitivo o tombamento incumbe providenciar a transcrição do instituto no Registro de Imóveis, conforme o art. 13, *caput*, do DL 25/37. Ainda, é dever da Administração Pública exercer permanentemente a vigilância e a fiscalização sobre os bens tombados, assim como mandar executar, caso o proprietário (ou possuidor) não detenha condições financeiras, as obras de conservação e preservação da coisa se o proprietário não tiver possibilidade de fazer, inclusive legitimado a desapropriar, caso necessário, o bem (ARAÚJO, 2014, p. 1193).

No tocante aos terceiros o DL 25/37 (em seu art. 18) impõe:

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, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto. (sic).

Em relação aos vizinhos do bem tombado tem-se típica servidão administrativa, ou seja: a coisa tombada (dominante) impõe obrigações negativas aos proprietários e possuidores (servientes) de imóveis, conforme o citado art. 18. Necessário, todavia, fixar-se parâmetros objetivos do conceito de vizinhança (para que não se atinja a propriedade ou posse de terceiros totalmente desvinculados ao bem tombado) sem descuidar que a visibilidade do imóvel tombado deve ser a mais ampla (DI PIETRO, 2017, p. 184 e 185).

O Tombamento, portanto, tem o condão de proteger o ambiente cultural material e resguardar direito fundamental das pessoas. A conservação de edificações, casarões e até mesmo de centros históricos, por exemplo, resguarda a identidade e a memória da comunidade, prestigia o localismo. No entanto, exige para sua real eficácia que os bens objeto da restrição sejam fiscalizados pelo Poder Público, assim como, nos casos de eventual impossibilidade de suporte financeiro pelos proprietários, que o Estado proceda ao

investimento necessário, sob pena de o instituto ser mais uma “falácia” ou “armadilha argumentativa” (FREITAS, 2012, p. 135) na conservação do ambiente cultural e artificial.

Afirma Lynch (2012, p. 11):

As forças impessoais não transformam os aglomerados humanos. Ou só o fazem em raras ocasiões de desastres naturais: incêndios, inundações, tremores de terra e pragas. Caso contrário, a modificação do aglomerado populacional é um acto humano, ainda que complexo, provocado por causas humanas, ainda que obscuras ou ineficazes.

Nesses termos, o tombamento qualifica-se como antídoto à desfiguração identitária da memória das cidades e viabiliza o patrimônio cultural às gerações futuras, uma vez que impede que o homem, voluntariamente, “fagocite” sua história.

5. Considerações Finais

O **objetivo** foi refletir sobre as cidades, o meio ambiente cultural e o tombamento como um antídoto constitucional à desfiguração identitária da memória das cidades diante da modernidade superficial.

A globalização e o intercâmbio de culturas descortinam a modernidade superficial, em uma sociedade padronizada, “fagocitária” de sua história. Estudou-se o tombamento, suas características e sua capacidade de concretizar o direito fundamental ao meio ambiente cultural. Reconheceu-se, nesta linha, o inevitável empobrecimento cultural dos povos e a pertinência do tombamento como um instrumento capaz de preservar a memória histórica do povo brasileiro sem congelar cidades e impedir seu desenvolvimento.

Para atingir os objetivos do estudo se construiu o raciocínio em um primeiro momento no conceito cidades como ambiente ao desenvolvimento das potencialidades humanas e sua função social de habitar, circular, trabalhar e recrear. No segundo momento da pesquisa discutiu-se o meio ambiente, suas classificações e o conteúdo normativo do ambiente cultural, conforme a Lei Fundamental da República. Finalmente, aprofundou-se no

conhecimento do Tombamento como um instrumento capaz de tutelar a identidade histórica das cidades.

Conclui-se, portanto, que o tombamento qualifica-se como antídoto à desfiguração identitária da memória das cidades e viabiliza o patrimônio cultural, notadamente para esta pesquisa os bens materiais, às gerações futuras, uma vez que impede que o homem, voluntariamente, “fagocite” sua história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Cível Originária n. 1.208-ACO**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.5.2017, Disponível em < <https://goo.gl/bmR3ej>> Acesso em 21 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em <<https://goo.gl/zaRrL>> Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. <<https://goo.gl/PXk21E>> Acesso em 21 mai. 2017.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil**. < <https://goo.gl/tB90g>> Acesso em 21 mai. 2017.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil**. < <https://goo.gl/6b0EbE>> Acesso em 21 mai. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. Disponível em < <https://goo.gl/aLFaPs>>. Acesso em 6 mai. 2017.

CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. 2ª reimpressão. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina Coimbra, 2001.

DAVIS, Kingsley, “A urbanização da humanidade”, *in* DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

DERANI, Cristiani. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. **Direito administrativo**. 30ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (*Die Normative Kraft Der Verfassung*), tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Bens tombados e processos de tombamento em andamento. Disponível <<https://goo.gl/1noFPk>> Acesso em 23 mai. 2017.

IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Laguna/SC. Disponível em <<https://goo.gl/FXjAPW>> Acesso em 23 mai. 2017.

IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), Monumentos e espaços públicos tombados – Laguna/SC. Disponível em <<https://goo.gl/dwl1zX>> Acesso em 23 mai. 2017.

LACAZE, Jean-Paul. **Os métodos do urbanismo**. Tradução Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papirus, 1993.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**, Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Marcia Cristina Senra Marinho de. Cidade, identidade e os lugares de memória. **Revista Unimontes Científica (Online)**. n. 2. vol. 14. 2012. Disponível em <<https://goo.gl/GVcEer>> Acesso em: 6 mai. 2017.

LYNCH, Kevin, “A cidade como meio ambiente”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

LYNCH, Kevin, **A boa forma da cidade**. Tradução de Jorge Manuel Costa Almeida e Pinho. Lisboa/Portugal: Edições 70, LDA, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas**. Tradução de Neil R. da Silva. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

NORA, P. **Entre Memória e História - a problemática dos lugares**. Tradução de Yara Aun Khoury. *Projeto História*, São Paulo, v. 10, dez. 1993. Disponível em <<https://goo.gl/zyP0JC>> Acesso em: 5 jun. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PALEN, J. John. **O mundo urbano**. Tradução de Ronaldo Sérgio De Biasi e Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos, “Patrimônio cultural e Advocacia Pública”, in BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SJOBERG, Gideon, “Origem e evolução das cidades”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.