

O ENTORNO DO BEM IMÓVEL TOMBADO NO DIREITO BRASILEIRO

Isabelle Ohara Lima Thiago
Sônia Venâncio Ribeiro de Melo

RESUMO

O tema proposto no presente artigo é de extrema relevância no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da tutela do patrimônio cultural. A identidade de um povo torna-se perceptível por intermédio da análise do conjunto de seus bens materiais e imateriais de valor histórico, cultural, etnográfico e paisagístico, conhecido por patrimônio cultural. O presente artigo científico foi elaborado com o objetivo de demonstrar a problemática da dimensão da área de entorno que deve ser respeitada com relação ao bem imóvel tombado. Para realizar-se a abordagem mais detalhada sobre o tema, foi feita a análise sobre a evolução histórica do instituto do tombamento no ordenamento jurídico brasileiro e seu desenvolvimento doutrinário, concomitantemente ao instituto do entorno, assim como, sua concretização em nosso ordenamento jurídico. Posteriormente avalia-se o instituto do entorno e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, busca-se descortinar a problemática das dimensões do entorno diante da escassez de legislação específica. Para a implementação do intento utiliza-se do método dedutivo com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Tombamento. Entorno.

ABSTRACT

The theme proposed in this article is very relevant in the context of Brazilian law. It is the protection of cultural heritage. The identity of a people becomes noticeable through the analysis of all of its tangible and intangible assets of historical, cultural, ethnographic and landscape, known for cultural heritage. This research paper was prepared in order to demonstrate the problem of the size of the surrounding area which must be respected in relation to the property tumbled. To hold up the more detailed approach to the subject was made the analysis of the historical evolution of the overturning of the institute in the Brazilian legal system and its doctrinal development, concurrently with the surroundings of the institute, as well as its implementation in our legal system. Later it evaluates the surrounding Institute and its position in the Brazilian legal system. Finally, we seek to uncover the problems of the environment dimensions on the lack of specific legislation. For the implementation of the intent to use the deductive method with bibliographical and jurisprudential research.

Keywords: Cultural heritage. Overturning. Surroundings.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 O PATRIMÔNIO CULTURAL E O PROCESSO DE TOMBAMENTO.....	07
2.1 DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	07
2.1.1 Dos princípios que tutelam o patrimônio cultural.....	08
2.2 DAS ESPÉCIES DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL.....	09
2.2.1 Inventário.....	09
2.2.2 Registro.....	10
2.2.3 Vigilância.....	11
2.2.4 Desapropriação.....	11
2.2.5 Tombamento.....	12
2.3 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TOMBAMENTO.....	12
3 O TOMBAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL.....	15
3.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	15
3.2 LEGISLAÇÃO ATUAL.....	20
3.3 ENTES E ÓRGÃOS COMPETENTES PARA O PROCESSAMENTO.....	21
3.4 PROCEDIMENTOS.....	21
4 O ENTORNO DO BEM IMÓVEL TOMBADO.....	24
4.1 CONCEITO DE ENTORNO.....	24
4.2 TRATO JURÍDICO DO INSTITUTO.....	26
4.3 CONSTRUÇÃO DO CONCEITO AO LONGO DOS ANOS.....	29
4.4 POLÊMICA SOBRE A DIMENSÃO DO ENTORNO.....	31
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto é de suma importância para aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro, por tratar-se da tutela do patrimônio cultural.

A identidade de uma nação aflora-se pela análise do conjunto de bens materiais e imateriais de valor histórico, cultural, etnográfico e paisagístico. É o que se reconhece como patrimônio cultural.

No Brasil a matéria contém normas matrizes na Constituição da República, especificamente no disposto nos artigos 215 e 216, estruturantes do sistema de tutela do patrimônio cultural.

O presente trabalho baseia-se num dos principais instrumentos da tutela do patrimônio cultural: o tombamento.

Por intermédio deste instituto preservam-se os bens materiais que compõe o patrimônio cultural, a problemática enfrentada no presente trabalho emerge do instituto do tombamento, especialmente em face dos bens imóveis tombados.

Dada a variedade de bens imóveis tombados, uma das preocupações mais relevantes está no “entorno”, a área que circunda os bens tombados, não basta proteger o bem em si, mas também a área que o circunda, pois ela é primordial para a preservação para o significado do bem no contexto histórico, valorativo e paisagístico.

A questão duvidosa centra-se na identificação da área de entorno que deve ficar incólume para a adequada proteção cultural do bem, sobretudo em face da legislação escassa contida na legislação ordinária.

Assim, estrutura-se o trabalho evidenciando no capítulo segundo os instrumentos de tutela do patrimônio cultural, a posição no âmbito constituição e a evolução histórica do tombamento.

Na sequência avalia-se o instituto do tombamento, no ordenamento jurídico pátrio, com o enfoque especial na legislação vigente e esfera procedimental.

Finalmente, o último capítulo dedica-se à problemática proposta, qual seja se deve ou não haver previsão legal federal sobre delimitação mínima de abrangência da área de entorno dos bens imóveis tombados.

Para a construção do trabalho utiliza-se o método dedutivo com pesquisa doutrinária legislativa e jurisprudencial.

2 O PATRIMÔNIO CULTURAL E O PROCESSO DE TOMBAMENTO

Primeiramente, há de se fazer explanação acerca do que é, e o tratamento despendido à proteção do patrimônio cultural, demonstrando-se a importância de se preservar os bens que integram a memória e identidade de um povo, bem como um breve histórico do instituto do tombamento.

2.1 DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Sendo a cultura “o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social” (SOARES, 2009, p. 105), e o patrimônio o fruto da criação e de expressões artísticas como pinturas, esculturas e demais representações artísticas como músicas e danças, as festividades, as comidas típicas, e até mesmo as ideias, costumes e tradições, e tudo mais que se preza e se quer preservar. O patrimônio cultural é a manifestação de tudo isso, do conjunto de manifestações, de obras materiais ou imateriais que remetam à memória, e à identidade do seu povo, que traduz a riqueza cultural e social de um povo, e que representarão a herança histórica para as gerações futuras. O patrimônio cultural deve propiciar que se alcancem os principais e fundamentais propósitos do Estado democrático de Direito de que nos tornemos uma sociedade livre, fundada na justiça e na solidariedade, propiciando assim o progresso nacional, a atenuação das desigualdades sociais, promovendo-se o bem estar da sociedade (SOARES, 2009, p. 97).

Aduz a Constituição em seu art. 216, um conceito de patrimônio cultural bastante amplo, incluindo a proteção aos bens de natureza material e imaterial e explicitando alguns institutos que poderão ser utilizados com esta finalidade.

Para José Afonso da Silva (2001, p. 114), devem ser tutelados os “bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, não devendo ser estendido a todo e qualquer tipo de patrimônio.

As manifestações culturais são de suma importância, pois possibilitam uma reconstrução temporal, livre de influências contemporâneas, e permitem que estas sejam conhecidas como de fato se originaram. Por vezes as reproduções artísticas que retratam essas manifestações culturais se impregnam de opiniões de seus

autores, não as retrata tal como se apresentava, mas segundo a sua ótica. Por isso, a conservação do patrimônio cultural permite que as próximas gerações possam conhecê-las tal como foram (SOARES, 2009, p. 97). Para Ana Maria Moreira Marchesan (2007, p. 71.), a tutela de tais bens faz-se essencial, pois “é prova evidente da existência de vínculos com o passado e alimenta no ser humano uma sensação reconfortante de continuidade no tempo e de identificação com uma determinada tradição”.

A conservação desses bens deve integrar a cultura social, e é de suma importância a normatização, a regulamentação das medidas de conservação do bem jurídico em questão, até mesmo como forma de garantir esse tipo de conscientização por parte da população, ainda que coercitivamente, sendo também necessária uma ostensiva divulgação da importância desses bens e de sua preservação (MIRANDA, 2006, p. 16). Ana Maria Moreira Marchesan (2007, p. 71) acredita que patrimônio cultural “é prova evidente da existência de vínculos com o passado e alimenta no ser humano uma sensação reconfortante de continuidade no tempo e de identificação com determinada tradição”.

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). Nesse sentido, Lúcia Reiszewitz (2004, p. 59) adverte: “Aquilo que não está guardado na memória não existiu. Portanto, para a construção da cidadania, da identidade cultural e da soberania, é preciso preservar os patrimônios de nossa cultura”.

Não existe em nosso ordenamento jurídico base principiológica estruturada no que tange ao patrimônio cultural. Isso se dá, especialmente, pelo fato não haver lei específica referente ao patrimônio cultural, no entanto, embora haja essa omissão legislativa, admite-se a possibilidade de adoção dos princípios ambientais para a proteção dos bens culturais (MIRANDA, 2006, p. 24).

2.1.1 Dos princípios que tutelam o patrimônio cultural

A tutela do patrimônio sociocultural se alicerça fundamentalmente em princípios constitucionais, dos quais ressalta-se: o *Princípio da Proteção*, que a Constituição Federal, em seus arts. 216, §1º, e 23, III e IV, estabelece que ao Poder

Público e à comunidade caberá o múnus de proteger o patrimônio cultural nacional, decorrendo daí o *Princípio da Intervenção Obrigatória do Poder Público*, havendo a necessidade de amparo aos bens culturais e o Poder Público não agir de imediato ou omitir-se, deverá ser responsabilizado por tal omissão (MIRANDA, 2006, p. 23, 24).

Cabe salientar também o *Princípio da Função Sociocultural da Propriedade*, segundo Miranda (2006, p. 27), os proprietários de bens culturais não podem exercer de forma irrestrita o seu direito de propriedade, pois o patrimônio cultural é considerado de interesse público e submete-se à regime jurídico próprio. O *Princípio da Prevenção de Danos* presente no art. 216, §4º da Constituição Federal prevê punição tanto para os danos que de fato ocorrerem, como as meras ameaças ao patrimônio cultural brasileiro conforme a lei expressamente define (MIRANDA, 2006 p. 32).

O *princípio da responsabilização*, também de grande importância previsto no art. 225, §3º da Constituição, institui que, aquele que causar qualquer dano ao patrimônio público deverá ser responsabilizado tanto na esfera cível, quanto na administrativa e na criminal. Deve-se destacar, ainda o *Princípio da Solidariedade Intergeracional*, presente no art. 225, caput, da Constituição Federal determinando que incumbe ao poder público, em como à coletividade a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (MIRANDA, 2006, p.35, 45).

2.2 DAS ESPÉCIES DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL

Como forma de salvaguardar o patrimônio cultural, foram instituídas na Constituição Federal de 1988 algumas maneiras de tutelar estes bens, o rol presente na Carta Magna é meramente exemplificativo, não se trata de rol taxativo, podendo ser aplicadas outras formas de “acautelamento e preservação”, como a Constituição assim o define, no § 1º do artigo 216, dentre o rol constitucional estão o *inventário*, o *registro*, a *vigilância*, a *desapropriação* e o *tombamento*.

2.2.1 Inventário

O *inventário*, embora previsto na Constituição, não possui legislação que o regulamente, consiste na classificação dos bens culturais, para tal, deve ser feita a

seleção do bem, seguida de pesquisas e organização deste. Esse complexo de informações abordará diversos aspectos do bem, como a utilização e função, o que simbolicamente ele representa ou expressa (SOARES, 2009, p.287).

É procedimento que se aplica a bens materiais e imateriais, tanto móveis quanto imóveis, sejam eles públicos ou privados nacionais ou internacionais que estejam o território nacional, podendo ser realizado tanto por entidades públicas quanto privadas, devendo ser adotadas formalidades pré-determinadas pelo órgão cultural responsável utilizando-se de método desenvolvido por profissionais especializados em lidar com patrimônio cultural. Neste caso, para que se restrinja o direito de propriedade privada, deve haver um exame feito pela autoridade da Administração Pública responsável para tal, devendo corresponder a todos os quesitos formais e materiais inerentes ao procedimento. Podemos afirmar que tal instrumento permite que sejam agregadas informações sobre a importância do patrimônio cultural para a comunidade local e possibilita projetar atos que tutelem e mantenham os bens que estejam inventariados (SOARES, 2009, p.287). Tal procedimento tem a finalidade de possibilitar que o Poder Público monitore a conservação e a situação do bem em relação ao local onde originalmente possui vínculos com a comunidade, para que esta usufrua deste patrimônio.

2.2.2 Registro

O *registro* foi instituído pelo Decreto 3.551/2000, e deu origem a um programa nacional do patrimônio imaterial. É uma ferramenta utilizada especialmente para a proteção do patrimônio cultural imaterial, característico de manifestações que extrapolem o âmbito particular e cheguem ao âmbito coletivo e que tenha maior repercussão. Trata-se de seleção, catalogação e inscrição por meios técnicos e de fácil difusão para a sociedade, que será realizada pelo Poder Público, que tem a função de detectar, reconhecer e promover as expressões culturais dos diversos grupos étnicos que originaram nossa sociedade, de modo a valorizar as manifestações culturais para que possa ser disseminado pela sociedade, evitando fraudes e distorções que prejudiquem o livre uso, fruição e existência do bem, mas respeitando sempre a plena e livre expressão cultural, e a identidade dos grupos sociais, tendo em vista suas origens o valor que lhes é atribuído pela Constituição, sendo-lhe defeso restringir ou controlar a administração, o exercício, ou ainda o

conteúdo do bem (SOARES, 2009, p. 322). Quando inscrito em um dos Livros de Registros o bem receberá a denominação de Patrimônio Cultural Brasileiro.

O art. 216 da Constituição define que compete não só aos entes federados, mas também a sociedade o dever de vigilância dos bens que sejam considerados como patrimônio cultural.

2.2.3 Vigilância

A *vigilância* consiste no instrumento protetivo utilizado como meio de precaução, e também no gerenciamento, recuperação e proteção constante, adotando-se diversos mecanismos, que devem ser empregados na tutela dos bens considerados como parte do patrimônio cultural, com base nos princípios que os regem, reforçando a necessidade de uma conduta positiva da Administração Pública, associando o Poder de Polícia ao dever de proteção e conservação dos bens (SOARES, 2009, p. 290). Para que seja efetiva a vigilância, é imprescindível que os bens sejam documentados e monitorados, e, que a comunidade saiba que o bem faz parte do patrimônio cultural, e que também lhe incumbe o dever de vigilância.

2.2.4 Desapropriação

A *desapropriação* é instrumento pelo qual se transfere a propriedade de bens para o domínio público para garantir proteção especial ao bem assim como a sua integridade, restringindo a sua utilização, este instrumento deve ser utilizado como último meio, tendo em vista o direito de propriedade, devendo a Administração Pública valer-se do princípio da proporcionalidade, analisando a real necessidade, a conveniência e se estará promovendo o bem estar social. O Estado deve ponderar também que cabe ao proprietário arcar com os ônus inerentes à propriedade, com base no princípio da função social da propriedade. Com a desapropriação o bem é incluído com patrimônio cultural, e inscrito no respectivo livro de Tombo, a desapropriação poderá recair também sobre o imóvel vizinho ao bem tombado, no intuito de preservá-lo (PIRES, 1994, p. 270-271).

2.2.5 Tombamento

O *tombamento* consiste em ato administrativo, que desempenha papel fundamental, através do qual a administração pública irá decretar o valor cultural, reconhecendo o valor histórico inerente a um bem móvel ou imóvel com a sua devida inscrição no Livro de Tombo (SOARES, 2009, p. 292). Há necessidade de modernização no Instituto do Tombamento, pois este já se encontra defasado, impossibilitando que se alcancem todos os objetivos de preservação, mas ainda assim tem papel importante e preventivo para a proteção do patrimônio cultural.

Dentre os instrumentos acima descritos destaca-se o tombamento, no âmbito do qual se dará a busca da presente pesquisa. Portanto, este instrumento será objeto e foco do presente trabalho.

2.3 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TOMBAMENTO

O instituto hoje conhecido como tombamento surgiu em Portugal. Sabe-se que os antigos monarcas portugueses faziam repetidas jornadas pelo país, transportando documentos de suma importância, como testamentos e diversas outras correspondências e atos oficiais, valendo-se de arquivos ambulantes, transportados por animais de carga. Temendo o extravio ou a deterioração destes documentos, eram feitas cópias que eram depositadas em conventos, como o de Santa Cruz, Alcobaça e São João de Tarenca, os documentos mais relevantes eram confiados aos bispos do Porto, de Viseu, Lisboa, Coimbra, Évora ou Braga (TELLES, 1992, p. 20).

No século XII, nomeavam-se autoridades, conforme seu escalão, para que fossem incumbidas de guardar os documentos reais. No entanto, somente entre 1352 e 1378 por determinação de D. Fernando I, criou-se o “Arquivo Real”, que foi estabelecido no Castelo de São Jorge, em Lisboa, inspirado no modelo inglês da Torre de Londres. Por séculos a Torre de Albarrã foi utilizada como depósito e cofre dos frutos de impostos e rendas recolhidas, bem como do respectivo “tombo”, que deu origem ao nome, mas somente no século XV começou a ser usual esta denominação. “Torre”, por estar localizado no Castelo de São Jorge, e “do Tombo” por abrigar os registros dos bens do Estado, que eram chamados de tombos (TELLES, 1992, p. 20).

Em 1755 houve um grande terremoto que destruiu completamente a Torre do Tombo, e o arquivo foi transferido para o Mosteiro de São Bento da Saúde (TELLES, 1992, p. 21).

Acerca do surgimento da expressão “tombamento”, Antônio Queiroz Telles (1992, p. 13) aduz com mais precisão:

O vocábulo *tombo*, precedido de outro - livro -, forma a expressão que indica, em Portugal e no Brasil, a existência nas repartições competentes de um registro pormenorizado do bem que se pretende preservar, mediante a custódia do Poder Público. Tombar é, portanto, consignar nestes livros que determinada propriedade, seja pública ou privada, móvel ou imóvel, foi considerada de interesse social, submetida a partir daí, a um regime peculiar que objetiva protegê-la contra a destruição, abandono, ou utilização inadequada.

Pires (1994, p. 75) afirma que, de acordo com os principais dicionários, o vocábulo tombamento indica registro, inventário, arrolamento.

A preocupação com a proteção do patrimônio cultural surgiu em Portugal, mas mundialmente falando, somente no ano de 1931 houve manifestações expressivas, com a conferência de vários países na cidade de Atenas, sob o comando do Escritório Internacional dos Museus, que resultou em um documento denominado Carta de Atenas, ficando decidido unanimemente que o direito da coletividade prevalece sobre a propriedade privada, mesmo que imponha restrições ao proprietário (GASPARINI, 2005, p. 43).

O II Congresso de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos aconteceu em 1964 na cidade de Veneza, em que a Carta de Atenas foi revisada para dar-lhe maior abrangência e alcance. A Carta de Veneza trouxe novos limites a serem impostos quanto ao uso, gozo e disposição do bem (GASPARINI, 2005, p. 44).

Conforme consta da obra de Gasparini (2005, p. 47), na cidade de Petrópolis aconteceu o primeiro Seminário Brasileiro para Preservação e Revitalização de Centros Históricos em 1987. Debateu-se pela primeira vez sobre a relação do patrimônio histórico com a cidade em que se encontra, bem como sobre o planejamento que deve ser feito na cidade de maneira que não degrade o bem, nem tampouco o seu entorno. Foi definido que, a proteção do patrimônio histórico realizar-se-ia através do tombamento, do inventário, das normas urbanísticas, das isenções e incentivos, das declarações de interesse cultural e das desapropriações.

Mas foi somente em 1937 que Getúlio Vargas criou por meio da Lei nº 378, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que tinha por finalidade precípua a promoção no território nacional do tombamento, da conservação e da divulgação desse patrimônio (TELLES, 1992, p. 23). Em novembro daquele mesmo ano editou-se o 25º Decreto-Lei, que regulamentava a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, que ficou conhecida como a “Lei do Tombamento”, dando causa ao surgimento em nosso sistema jurídico deste importante instrumento legal de proteção do patrimônio cultural: o tombamento.

3 O TOMBAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL

O intuito deste capítulo é explanar o instituto do tombamento, passando por seu conceito, natureza jurídica, o objeto do tombamento, as espécies de tombamento, a legislação aplicável atualmente, os órgãos responsáveis em âmbito nacional para tal finalidade e os procedimentos pertinentes ao tombamento.

3.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A percepção de propriedade é inerente à natureza humana, entretanto, foi em Roma que se desenvolveu o conceito de propriedade privada, sendo garantido a sua proteção por escrito somente na Magna Carta da Inglaterra em 1215. Deve-se dizer que em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão garantiu ao povo francês a inviolabilidade dos direito de propriedade salvo justificada utilidade pública e trouxe a obrigatoriedade de justa indenização, tendo também influenciado os países vizinhos como Inglaterra e Holanda. O preceito de proteção do direito de propriedade contra atos arbitrários que tolham tal direito fora consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 (GASPARINI, p.22).

O direito de propriedade começa a mudar do aspecto individual para uma perspectiva social com as declarações de direitos que ocorreram ao longo do século XX, sendo garantida a devida proteção ao direito de propriedade, desde que este esteja em consonância com as necessidades da sociedade, e que esteja incorporado a um contexto social (GASPARINI, p.24).

No Brasil, embora o direito de propriedade já se fizesse presente desde a Constituição Imperial de 1824, sendo garantido a sua plenitude, foi na Constituição de 1934 que inseriu-se pela primeira vez uma restrição à fruição plena do direito de propriedade, ao proibir o exercício da propriedade contra o interesse social ou coletivo. Sendo que, na Constituição Federal de 1946 a função social da propriedade fora atribuída à propriedade rural e tal expressão constou explicitamente na Constituição de 1967. A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 5º, a garantia da inviolabilidade do direito à propriedade, tendo, entretanto, limitações ao exercício deste direito. A função social da propriedade está prevista como princípio geral da atividade econômica, conforme o artigo 170 da Constituição vigente,

prevendo requisitos para cumprimento de tal função tanto para propriedade urbana, quanto a rural (GASPARINI, p.25, 26, 27, 33).

Tendo em vista o acima exposto quanto à proteção do patrimônio cultural, depreende-se o motivo pelo qual o tombamento trata-se de forma de restrição ao direito de propriedade.

Se determinado bem tem importante valor histórico, artístico ou cultural para a população regional, ou nacional, justifica-se a imposição ao seu dono de limitações quanto ao exercício pleno do direito de propriedade, tendo em vista que tal situação enseja a valorização do interesse público de preservação da cultura social em detrimento de um interesse meramente individual.

Para Marçal Justen Filho, a idéia de que a limitação da propriedade privada trata-se de preceito para a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural:

O regime jurídico da propriedade é delineado de modo genérico pelo direito privado, mas também é integrado por normas específicas de direito público, produzidas pelos entes políticos, que impõem limites às faculdades de usar, fruir e dispor dos bens visando à preservação e à realização de valores de interesse coletivo. (2010, p. 595)

Salienta Hely Lopes Meirelles (2004, p. 503) que o Estado estabelece normas e limites para a fruição de bens de particulares, tendo em vista o interesse público, devendo intervir na propriedade privada, quando imperioso, através de atos de império que importem na satisfação das necessidades coletivas.

Pode-se dizer que o direito de propriedade é direito que permite relativização de acordo com a situação em questão, podendo ser limitado tanto no âmbito privado, de modo que não afete o direito de propriedade de outros, quanto no âmbito público, podendo ser restringido para que garanta o interesse público, devendo, no entanto, ser observado os direitos e garantias individuais e as liberdades coletivas asseguradas na Constituição e na legislação vigente (CRETILLA JUNIOR, 1978, p. 510).

A função social da propriedade é o principal fundamento jurídico para a intervenção do Estado na propriedade, de modo que, garante dentre outras coisas, a preservação do patrimônio cultural. Acerca do tombamento Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 318) afirma que “é a intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial”.

Tombamento é “ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados” (SOUZA FILHO, p.83, 2005), com a declaração do valor cultural do bem, é feito o registro em um livro próprio chamado de livro do Tombo.

O tombamento é procedimento complexo, composto da soma de atos independentes entre si, mas que se sujeitam à sequência cronológica. Inicialmente será feita a notificação do proprietário para que exerça seu direito ao contraditório, deve ser feito parecer técnico do órgão responsável e estudo acerca de seu valor enquanto patrimônio cultural, o bem será individualizado, seja ele singular ou um conjunto de bens, culminando, por fim com a decisão de um órgão colegiado e o registro físico no Livro do Tombo, colocando o bem sob regime especial (SOUZA FILHO, 2005, p. 83).

Este instituto implica prestações positivas e negativas por parte do proprietário. Este deve abster-se de fazer qualquer coisa que destrua, danifique ou modifique o bem, até mesmo a reparação, a restauração e a pintura deve ser precedida de autorização do órgão administrativo responsável, positivamente o proprietário deverá conservar, vigiar e dar-lhe os cuidados que garantam a sua integridade. Até mesmo a sua alienação deverá ser precedida de notificação ao Estado, pois a ausência de notificação torna a alienação nula (CRETELLA JUNIOR, 1978, p. 513). Importa salientar que antes o Estado possuía direito de preferência no tocante à alienação do bem, mas pelo fato de o art. 1072, I do novo Código de Processo Civil (2015) ter revogado o art. 22 do Decreto nº 25/37, atualmente ele não possui mais tal direito.

O tombamento não transfere a propriedade para a Administração Pública, esta permanecerá com seu proprietário, sendo apenas privado de elemento do domínio, qual seja, a possibilidade de transformar ou desnaturar a coisa, incumbindo ao Estado apenas a fiscalização e a conservação do bem, trata-se de limitação parcial ao direito de propriedade, em prol dos interesses da coletividade com o objetivo de proteger e conservar bens móveis ou imóveis conservando sua fisionomia característica, tendo em vista seu valor cultural (CRETELLA JUNIOR, 1978, p. 518).

Conclui-se que o tombamento é ato administrativo que se dedica a reconhecer o valor do bem enquanto patrimônio cultural, inscrevendo-o no livro

público, passando, desta forma, a equiparar-se aos bens do patrimônio nacional, tem como sujeito ativo a Administração Pública, na figura da União, Estados e Municípios, dentro de suas respectivas competências, o sujeito passivo será o proprietário que sofrerá as limitações ao seu direito de propriedade, o objeto do tombamento é o conjunto de restrições que recairão sobre o bem, tendo como fundamento jurídico o poder de polícia do Estado, por se tratar de tutela do interesse público (CRETELLA JUNIOR, 1978, p. 517).

Diversas são as discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do tombamento. E se o tombamento constitui servidão administrativa ou limitação administrativa. Alguns autores afirmam tratar-se de servidão administrativa, pois consideram que, há a incidência sobre um imóvel determinado, ou seja, a individualização do bem, e outros autores acreditam tratar-se de limitação administrativa, pois impõe restrições ao livre exercício do direito de propriedade em detrimento da coletividade (CRAWFORD, 2013, p. 208).

Há de se considerar a posição adotada por José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 711) a mais acertada, pois não concebe o tombamento nem como servidão nem tampouco limitação administrativa. Para o autor “trata-se realmente de instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 147), antes adepta da tese da limitação administrativa, assente agora com a posição de Carvalho Filho, como se vê:

O tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público; porém dela difere por individualizar o imóvel. Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado.

Outro aspecto concernente à natureza jurídica do tombamento é, se trata-se de ato vinculado ou discricionário. Conforme ensina Carvalho Filho (2010, p. 872), é necessário, a priori, fazer diferenciação quanto à razão do ato. Considerando que o tombamento implica na defesa do patrimônio cultural, esta prerrogativa lhe confere a qualidade de ato vinculado, pois não pode seu autor praticá-lo de modo diverso. Entretanto, no que tange ao valor cultural do bem e a necessidade de sua proteção,

o ato é discricionário, pois trata-se de avaliação que compete privativamente à Administração Pública.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou mais esclarecida tal questão, pois em relação ao bem será ato declaratório, pois representa a manifestação cultural de um povo, conferindo-lhe natureza de bem de interesse público, e a predominância da supremacia deste interesse acarreta ao proprietário do bem o dever de preservação e conservação que vinculará o particular e a Administração. Quanto ao proprietário, tem natureza de ato constitutivo, pois como representa uma limitação a direito fundamental deve ter sólido respaldo legal (SOARES, 2009, p.295).

O tombamento poderá recair sobre bens móveis e imóveis, conforme o art. 1º do Decreto-lei nº 25/37. Insta salientar que, os bens sobre os quais recairão o tombamento são aqueles que trazem em si aspectos relevantes enquanto patrimônio cultural brasileiro, que remetam a “memória, a identidade, e ação dos grupos formadores da sociedade brasileira” (SOARES, 2009, p. 292).

Desse modo, não seria próprio, por exemplo, o tombamento de florestas, reservas naturais e parques ecológicos. Pois tais bens ensejam igual proteção por parte do Poder Público, no entanto, o instituto do tombamento não seria o mais acertado para este propósito.

Convém destacar ainda, o fato de, o tombamento não contemplar a proteção ao patrimônio cultural imaterial. Segundo Pires (1994, p. 85), “a não-adoção do tombamento para bens imateriais encontra explicação na incompatibilidade da natureza intrínseca do instrumento com aqueles”.

O tombamento pode ser classificado, no que concerne ao procedimento, em: *de ofício*, *voluntário* ou *compulsório*. Tombamento de ofício é aquele que recai sobre bens públicos e se processa mediante simples notificação ao órgão a quem pertencer (União, Estado ou Município) ou que esteja sob a responsabilidade de guardar a coisa a ser tombada, sem a necessidade de contraditório, no entanto, deverá ser feito pelo órgão competente e que integre o mesmo ente federativo do bem. Será voluntário se contiver a respectiva anuência do proprietário, tanto nos casos em que ele mesmo formula o pedido ao Poder Público, quanto nos casos em que concorda com a notificação que lhe é dirigida acerca da inscrição do bem no livro respectivo, e ainda quando notificado não manifestar-se no prazo legal. Já o compulsório é aquele em que, embora haja inconformismo por parte do proprietário,

o Poder Público inscreve o bem compulsoriamente como tombado, sendo-lhe imputado os limites concernentes ao instituto (MIRANDA, 2006, p. 116).

Quanto à eficácia do ato, pode ser *provisório* ou *definitivo*. No que tange ao tombamento provisório, este se dá enquanto estiver em curso o processo administrativo respectivo, e após a notificação do proprietário para manifestar-se. Será definitivo quando ocorrer após findar-se o processo, momento em que o Poder Público procede à inscrição do bem no Livro do Tombo (MIRANDA, 2006, p.119).

Pode-se classificar ainda quanto aos bens a que são destinados, em *geral* ou *individual*. O tombamento geral caracteriza-se por se constituir de um conjunto de bens móveis ou imóveis, que se tornarão um só bem para efeito de tombamento, e o individual que é composto de único bem individualizado (SOARES, 2009, p. 317).

3.2 LEGISLAÇÃO ATUAL

A Constituição Federal de 1988 compreende a proteção dos bens de interesse cultural. Em seu artigo 216, ela define o que vem a ser o patrimônio cultural brasileiro e prevê o tombamento como uma das formas de tutelar o patrimônio cultural. O parágrafo primeiro deste artigo enumera os instrumentos de tutela: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Já no âmbito infraconstitucional, o que regula o tombamento é o Decreto-lei nº 25 de 30 de novembro de 1937, que contém a regulamentação do instituto e seus aspectos jurídicos. Caberá também aos Estados, e o Distrito Federal legislar dentro do que lhe competir sobre o tombamento.

Quando o tombamento for a nível federal, deverá também obedecer ao disposto no Decreto-lei 3.866/41, na Lei 6.292/75 e na Lei 9.784/99.

3.3 ENTES E ÓRGÃOS COMPETENTES PARA O PROCESSAMENTO

No que concerne à competência, tanto a competência legislativa, quanto a competência material (para tomar) estão definidas na Constituição Federal de 1988.

No que tange à atividade legislativa, o artigo 24 da Constituição estabelece: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”. Sendo de competência da União legislar sobre as normas gerais, e aos Estados e Distrito Federal legislar suplementarmente.

Sobre o referido artigo, elucidam Dallari e Di Sarno (2007, p. 357) que “a União legisla plenamente dirigindo-se à sua própria esfera administrativa e estabelece apenas normas gerais para os Estados e Distrito Federal, os quais legislam para seus campos específicos de atuação”.

Surgem discussões em relação a existência ou não da competência municipal para legislar sobre tombamento, segundo o rol do art. 24 da Constituição Federal isto não seria possível, no entanto, o art. 30, incisos I, II e IX do mesmo diploma conferem competência suplementar aos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, bem como para complementar aquilo que não for abarcado pela legislação federal e estadual, fazendo menção ao patrimônio cultural municipal. O município deve garantir a proteção deste bem, e quando faz-se uma interpretação em conjunto dos artigos supramencionados, depreende-se que o município poderia legislar sobre a matéria em questão, de modo a garantir esse interesse, tutelando os valores da comunidade local através da preservação destes bens, desde que seja compatível com as leis federais e estaduais (RABELLO, 2010, p. 39/43).

Convém destacar também o órgão federal responsável por promover a divulgação, a preservação e também a fiscalização dos bens culturais, o Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional - IPHAN é uma instituição filiada ao Ministério da Cultura, que se incumbem de administrar esses bens classificados como de estimado valor cultural em âmbito nacional (MIRANDA, 2006, p. 94).

3.4 PROCEDIMENTOS

O tombamento se dará por série de atos sequenciais e ordenados que objetivam a individualização do bem, bem como a sua inscrição do no Livro do Tombo, devendo ser obedecidas as formalidades previstas em lei, haverá variações quanto ao procedimento conforme cada espécie de tombamento. De modo geral pode-se dizer que, embora haja algumas diferenças, as etapas “podem ser

identificadas como as mesmas que são comuns a todo processo administrativo: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento” (MIRANDA, 2006, p. 121).

Independente de qual seja a modalidade em questão, deverá sempre constar a manifestação de um órgão técnico, que, na esfera federal, é o órgão do IPHAN. Para a instauração serão competentes para solicitá-la os cidadãos, as associações, as entidades representativas, ou ainda poderá ser instaurada pelo órgão competente. É na chamada “fase instrutória” que será feito previamente estudo técnico, qualificação do bem, para identificar se suas características tem, de fato, relevância cultural que mereça preservação. Na terceira fase, qual seja, a defesa, será oportunizado o contraditório ao proprietário do bem, este será notificado para, no prazo de quinze dias, oferecer impugnação, ou para manifestar anuência, a contar do recebimento da notificação, sendo que, a notificação além de ter o condão de dar ciência ao proprietário, também impõe desde já o dever de preservá-lo, pois tem o efeito de tombamento provisório. No relatório, conterà tudo que foi apurado no decorrer do processo, devendo tal relatório ser submetido à avaliação do Conselho Consultivo. A fase do julgamento, nos casos federais será dividida em duas partes, na primeira o IPHAN dará seu parecer se o bem deve ou não ser tombado, e posteriormente deve ser encaminhado para que o Ministro da Cultura o homologue (MIRANDA, 2006, p.122).

Em se tratando de bem público, após o órgão técnico se manifestar, a autoridade administrativa ordena a inscrição do bem no Livro do Tombo, não sendo oportunizado o contraditório, por ser ato da própria Administração Pública que deve servir aos fins sociais, devendo ser notificado a pessoa jurídica de direito público titular do bem ou que o tenha sob sua guarda. Se o tombamento for voluntário por requisição do proprietário, também se ouvirá o órgão técnico e, caso preencha todos os requisitos, será determinada a inscrição do bem no Livro do Tombo e a transcrição do Registro de Imóveis, caso se trate de bem imóvel (SOUZA FILHO, 2005, p.93).

Caso haja impugnação por parte do proprietário, conceder-se-á vista pelo prazo de mais 15 dias ao órgão do qual partiu a iniciativa do tombamento, a fim de que sustente suas razões. A seguir, o processo será remetido ao Conselho Cultural, que proferirá a sua decisão no prazo de 60 dias a contar do recebimento. Sendo a decisão contrária ao proprietário, determina-se a inscrição no Livro do Tombo; se for favorável, o processo é arquivado, conforme dispõe o artigo 9º do Decreto-lei 25/37.

Insta salientar que, a decisão do Conselho Consultivo passará por apreciação do Ministro da Cultura (Lei nº 6292/75), que deverá examinar todo o procedimento. Se for constatada ilegalidade ou contrariedade ao interesse público, a referida autoridade poderá anular o procedimento ou revogar a decisão do órgão técnico. Estando em concorde com o procedimento, o Ministro homologará a decisão do Conselho, tornando definitivo o tombamento com a devida inscrição em um dos Livros do Tombo que, na esfera federal, compreende, conforme artigo 4º do Decreto-lei nº 25/37: o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, o Livro do Tombo das Belas Artes, o Livro do Tombo das Artes Aplicadas e o Livro do Tombo Histórico.

4 O ENTORNO DO BEM IMÓVEL TOMBADO

Neste capítulo será abordado o conceito de entorno, bem como os termos aplicáveis à sua compreensão, o tratamento jurídico dado ao instituto, sua evolução ao longo dos anos, assim como, as polêmicas existentes atualmente sobre sua delimitação.

4.1 CONCEITO DE ENTORNO

Segundo a definição de alguns autores, os bens tombados classificam-se como bens de interesse público, pois as especificidades de tal instituto descaracterizam de certa forma, tanto o regime de bens públicos quanto o de bens privados, são peculiares algumas de suas características. Pode-se dizer que lhe confere certo tipo de titularidade difusa, por criar espécie de propriedade imaterial pertencente à coletividade. A preservação desses bens visa o interesse público, para tal finalidade são impostas limitações e restrições ao direito de propriedade, estabelecendo obrigações não só ao proprietário do bem, como ao Poder Público e à própria coletividade (SOUZA FILHO, 2005, p. 22).

As restrições impostas aos bens imóveis tombados estendem-se também aos imóveis vizinhos a esses bens, atribuindo aos proprietários das áreas circunvizinhas prestações negativas, “para um a obrigação é de fazer (conservar) e para outro é de não fazer (não perturbar)” (CASTRO, 1991, p.122). Para Souza Filho (2005, p. 42), as limitações de entorno decorrem da relação entre principal e acessório que se estabelece entre o bem tombado e sua respectiva vizinhança.

Há de se destacar que, as limitações impostas aos imóveis que integram o entorno não devem ser da mesma natureza ou proporção daquelas impostas aos bens tombados, mas devem garantir que sua utilização não acometa a ambiência do bem tombado, nem destoem deste, ou lhe impeçam a visibilidade (CASTRO, p.122).

O conceito de entorno engloba uma série de elementos, para Marchesan (2007, p.99) o “entorno consubstancia um conceito de fácil definição teórica, mas de difícil operacionalidade”. O entorno compreende a área circundante ao bem tombado, e pode compor-se de áreas vazias ou cheias, de bens imóveis ou móveis, de bens naturais ou artificiais que integrem o espaço em questão, podendo

contemplar uma vasta área, e que demandará prévia delimitação de sua extensão (MARCHESAN, 2007, p. 100).

Neste sentido, já se manifestou o TRF da 2ª região:

ADMINISTRATIVO. REVITALIZAÇÃO DO ESTÁDIO DE REMO DA LAGOA. ENTORNO DE BEM TOMBADO. ARTIGO 18 DO DECRETO-LEI 25/37. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. PRÉVIA E EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO IPHAN AO PROJETO MODIFICADO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

4. No campo jurídico do tombamento, “o conceito de dano não se restringe ou se resume a simples lesão física (desfiguradora e estrutural) ao bem protegido, pois inclui agressões difusas e até interferências fugazes nele mesmo, no conjunto e no seu entorno (= dano indireto), que arranhem ou alterem os valores globais intangíveis, as características, as funções, a estética e a harmonia, o bucólico ou a visibilidade das suas várias dimensões que justificaram a especial salvaguarda legal e administrativa.” (RESP 200901365470, Hermann Benjamin, STJ SEGUNDA TURMA, DJE Data:28/02/2012)”. (APELACAO CIVEL 2008.51.01.005387-3, Rel. Desembargador Federal ALUISIO MENDES, julgado em 29/07/2014).

Para Miranda (2014, p. 111) o entorno é um instrumento que auxilia na “compreensão do bem cultural tombado, conferindo coerência entre o bem protegido e a ambiência que o envolve, ampliando a legibilidade que dele se faz e a eloquência do testemunho que ele pode prestar”.

Miranda (2014, p.111) ensina também que o bem tombado não se trata de algo isolado, mas de bem incorporado à ambiente cultural amplo e coerente enquanto conjunto, tornando-se com isso capaz de transmitir sua carga cultural. A importância da preservação do entorno decorre desse fato, pois somente preservando o contexto em que o bem está inserido será possível compreendê-lo, preservando, desta forma, não só o bem, mas o testemunho que ele prestará às gerações futuras, sendo assim, pode-se dizer que, o entorno não constitui um fim em si mesmo, trata-se de instrumento de proteção do bem cultural e do ambiente em que está inserido, auxiliando na conservação e fruição, e possibilitando que, se preserve o aspecto físico e finalístico deste (MARCHESAN, 2007, p. 100).

Na concepção de Marchesan (2010, p.102), essa relação elementar entre o bem e seu entorno acarreta uma relação de codependência entre eles, dado que, por vezes o isolamento ou destaque do monumento acaba por retirar-lhe o sentido.

Quanto maior a importância do bem cultural enquanto testemunho histórico, maior a necessidade de intervenção na esfera de poderes do proprietário, inclusive

quando se fala em bens do entorno, pois a preservação harmoniosa com o bem tutelado é de suma importância para perpetuar seu valor histórico, remetendo à identidade, memória e pertencimento da população local, mantendo relação direta com a qualidade de vida e equilíbrio da comunidade (MARCHESAN, 2010, p.103).

O entorno pode ser classificado em duas espécies, conforme os §§ 1º e 2º do artigo 4º da Lei 6.513/77: entorno de proteção e de ambientação. O entorno de proteção se caracteriza por ser o “espaço físico necessário ao acesso do público ao Local de Interesse Turístico e a sua conservação, manutenção, e valorização”, já o entorno de ambientação consiste no “espaço físico necessário a harmonização do local de interesse Turístico com a paisagem em que se situar”.

No que concerne à natureza jurídica, para Miranda (2014, p. 115) os bens imóveis que estejam no entorno do bem tombado estão submetidos ao regime jurídico das limitações administrativas ao direito de propriedade, para o qual, o Estado, valendo-se do seu Poder de Polícia flexibiliza tal direito em função do interesse público. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.152) a relação entre o entorno e o bem tombado consiste em servidão administrativa, sendo o bem tombado a coisa dominante e os prédios vizinhos os servientes, e inflige aos proprietários dos imóveis vizinhos uma prestação negativa, qual seja, de não obstruir a visibilidade do bem tombado.

As limitações cominadas aos bens que fazem parte do entorno não geram direito à indenização, por se tratar de forma de garantia do cumprimento da função social da propriedade, e também por se tratarem apenas limitações parciais ao direito de propriedade (MIRANDA, 2014, p. 135). Essas limitações relativas à vizinhança passam a ter eficácia a partir do momento em que se consuma o tombamento provisório, posto que, por força do parágrafo único do artigo 10 do Decreto-lei 25/37 o tombamento provisório se equipara ao definitivo.

4.2 TRATO JURÍDICO DO INSTITUTO

Quanto ao regime jurídico dos bens que compõe o entorno do bem tombado, pouco se fala a respeito, pois em grande parte dos tombamentos não há uma clara definição acerca de seu entorno, entretanto, deve ser feita leitura mais abrangente do conceito de vizinhança, tendo em vista a previsão constitucional de ampla

preservação dos bens culturais, bem como, da função social da propriedade prevista no Código Civil de 2002 (MARCHESAN, 2010, p. 114).

Em se tratando de entorno, dois conceitos sofrerão flexibilização, o conceito de vizinhança e o de visibilidade, o conceito de vizinhança não diz respeito exclusivamente aos imóveis limítrofes ou que se situem ao lado do bem tombado, poderá recair também sobre imóveis que guardam certa distância, para os técnicos dos IPHAN o conceito de vizinhança abrange tudo que de alguma forma interfira da compreensão do bem tombado, estando próximo ou não do bem tombado (MARCHESAN, 2010, p. 114). A interpretação deste conceito deverá ser feita mais amplamente, a visibilidade não importa somente em impedir a visão do bem, “o conceito de visibilidade, portanto, ampliou-se para o de ambiência, isto é, harmonia e integração do bem tombado a sua vizinhança, sem que se exclua com isso a visibilidade literalmente dita” (CASTRO, 1991, p.119).

Neste conceito já se manifestou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TOMBAMENTO. CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS RESIDENCIAIS NA "VIZINHANÇA" DE SÍTIO HISTÓRICO. ACÓRDÃO RECORRIDO. REJEIÇÃO DE PROVA PERICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE E ADEQUADA. PREJUÍZO À VISIBILIDADE DO TOMBAMENTO. SÚMULA 7/STJ. NULIDADE DA OBRA. MANIFESTAÇÃO DO IPHAN. VIOLAÇÃO DO ART. 18 DO DL 25/37. AUSÊNCIA. SUPOSTA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DE FATOS.

Ademais, o art. 18 do DL 25/37 não impede a construção de obras na "vizinhança" de bens tombados, mas apenas impõe a necessidade de que o empreendimento seja previamente autorizado pelo IPHAN, a quem compete delimitar a poligonal de entorno do tombamento e certificar se a obra não impede ou prejudica a visibilidade do bem protegido, sob pena de demolição e multa. (REsp 1166674/PE, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16/08/2011)

O alcance do conceito de entorno e visibilidade, bem como o que poderá ocasionar sua obstrução, é abrangente e diz respeito não só à retirada daquilo que obstrua a visão da coisa tombada, mas também “a modificação do ambiente circundante, a diferença de estilo arquitetônico, altimetria, volumetria e tudo mais que implique em alteração da harmonia do conjunto formado pela coisa tombada e pelos demais elementos situados nas proximidades” (MIRANDA, 2006, p. 143).

Embora a proteção despendida ao bem tombado através do entorno deva ser interpretado de maneira ampla, de modo a garantir a visibilidade e conservação da ambiência do bem, deve ser feita a delimitação objetiva e clara das áreas que

pertencem ao entorno, para garantir que somente as áreas que reflitam diretamente no bem tombado estejam sob o efeito da limitação de entorno, o ideal é que se proceda também com a averbação da restrição no Registro de Imóveis, bem como a notificação dos órgãos municipais que realizem a aprovação de projetos de construção e pela afixação de cartazes e demais recursos publicitários (MIRANDA, 2006, p.143).

O Decreto-lei nº 25/37 é omissivo em diferentes aspectos, não há definição do conceito de vizinhança nem visibilidade, não há previsão acerca de qual o regime jurídico dos bens que compõe o entorno, ou quais valores eles tutelam, não tendo especificado nem mesmo qual o procedimento administrativo deve ser adotado para a delimitação do entorno e quais as restrições que devem ser impostas aos proprietários (MARCHESAN, 2010, p. 114).

A competência para delimitação da extensão da área de entorno, bem como, para o estabelecimento dos critérios de proteção que se aplicarão, no intento de direcionar possíveis intervenções na circunscrição do entorno, é do órgão que tomar o bem cultural, nos casos em que incorrer em omissão poderá ser compelido judicialmente a tomar as providências cabíveis (MIRANDA, 2014, p. 122), tal falta de normatização na delimitação do entorno e no estabelecimento dos critérios de proteção não implica na inexecutabilidade de sua instituição (CASTRO, p. 120).

Tendo em vista as omissões do artigo 18 do Decreto-lei nº 25/37 quanto às especificidades do entorno, tais delimitações e restrições aplicáveis podem ser prescritas em portarias publicadas pelo órgão responsável, outorgando-lhe ampla discricionariedade, que, no entanto deverá ser exercida de maneira rigorosamente técnica, incumbe a ele determinar os critérios pelos quais se tutelar a visão do bem tombado, em cada caso específico, levando-se em conta diversos fatores, e devendo, preferencialmente ser feita por equipe transdisciplinar, tendo como base fundamentado estudo técnico (CASTRO, p.119).

A definição do entorno pode ser feita de diversas maneiras, habitualmente utiliza-se poligonais, utilizando lotes, ruas, cotas topográficas, linhas imaginárias com pontos de referência geográficos, entre outros, em algumas situações faz-se necessário a utilização de vários desses critérios concomitantemente (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 84).

A delimitação do entorno deve sempre ser embasada em amplo estudo com fundamentação técnica consistente para justificar a limitação que será imposta aos

proprietários (MARCHESAN, 2007, p. 115), sendo assim, o procedimento administrativo que delimitará o entorno deve conter:

a) localização precisa do sítio cultural ou natural e seus limites com as parcelas territoriais que envolvem a área circundante afetada; b) dados jurídicos precisando os proprietários e os ocupantes das parcelas territoriais mediatas; c) indicação detalhada do sítio qualificado na categoria de proteção prevista no inciso V do artigo 216 da CF; d) estado de preservação legal acerca do sítio inicial, principalmente o seu diagnóstico detalhado, se está ameaçado de prejuízo iminente ou eventual; (Farias, apud Marchesan, 2007, p.115/116)

Uma série de fatores devem ser observados e sopesados para determinar a abrangência que se dará ao entorno do bem, tais como a:

localização, clima, relevo, declividade, pedregosidade, rochiosidade, erodibilidade, drenagem, suprimento de água do terreno, vegetação, aptidão agrícola e turística, critérios de capacidade de uso da terra e outras condições sócio-econômicas (Delphim, apud Marchesan, 2007, p.116)

Quanto à discricionariedade concedida ao órgão responsável, deve-se atentar para que não sejam adotados critérios divergentes para casos similares em uma mesma conjuntura, não se pode admitir que sem a realização novos estudos sejam adotados critérios diversos ou técnicas diferentes, dado o fato de se tratar de ato administrativo, que por sua vez tem de ser devidamente motivado. Não caberá interpelações no mérito do critério adotado, mas da ausência da explicitação dos motivos que resultaram no critério ou da completa ausência de critério, deve haver coerência para casos análogos (CASTRO, p.120).

4.3 CONSTRUÇÃO DO CONCEITO AO LONGO DOS ANOS

Muitos documentos internacionais tratam do entorno dos bens tombados, tais documentos foram e são ainda fontes importantes para a construção deste conceito e para servir de referência para a adoção de algumas práticas utilizadas no Brasil relativas ao tema, esses documentos se apresentam em forma de Convenções e Recomendações, “o Brasil como Estado-membro e signatário das ‘Convenções’ e das ‘Recomendações’, internacionais, tem como compromisso atuar segundo seus direcionamentos e suas linhas de conduta” (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 24).

Esses documentos internacionais conceberam um conceito amplo de entorno incorporando valores, sem que se perdessem os valores iniciais. Antes da implantação do IPHAN, as cartas internacionais já apontavam alguns princípios protetivos a vizinhança e ambiência dos bens providos de valor cultural, o conjunto desses documentos internacionais embora abordassem aspectos distintos, orientaram a atuação do IPHAN desde sua fundação. (MOTTA; THOMPSON, 2010, p.14/16).

As principais cartas internacionais que apontaram, e que ainda apontam direcionamentos no que tange à tutela das áreas circunvizinhas dos bens imóveis tombados, com vistas à sua inserção em um contexto cultural são: a Carta de Atenas, de 1931 e de 1933; a Carta de Veneza, de 1964; as Normas de Quito, de 1967; Carta de Washington (ou Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas), de 1986; Convenção de Xi'An, de 2005, que foi de tamanha importância que originou um documento destinado especialmente à questão do entorno (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 15, 17, 20, 22).

O tratamento dado ao entorno, bem como o que compreende seu conceito são aspectos que vêm sendo construído ao longo dos anos, é possível que se faça o desmembramento em quatro períodos, quais sejam:

O primeiro período, da criação do IPHAN até meados de 1960, caracterizou-se por batalhas judiciais e debates sobre vizinhança e visibilidade, que acabaram resultando na ampliação da compreensão de entorno, que passou a ser visto além da percepção de visibilidade física, abrangendo um aspecto estético, artístico e parte de um conjunto paisagístico que deve manter as mesmas dimensões e estilos arquitetônicos (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 26, 27, 31).

O segundo período, da década de 1960 até meados da década de 1980, teve como ponto marcante a busca pela preservação do entorno enquanto política urbana. Foi um período em que se consolidou a compreensão do conceito, que se tornou mais amplo, e passando a percebê-lo como forma de preservação, utilizando o planejamento urbano para garantir a preservação do patrimônio cultural, valendo-se também da utilização do patrimônio cultural para o uso turístico englobando o entorno, por este ser parte de uma visão integrada do patrimônio cultural, garantindo assim o desenvolvimento social e evitando que se sucumbisse a especulação imobiliária, a preservação desses bens era uma forma de se manter a qualidade de vida da população e atender aos interesses sociais. O período foi marcado pelo

crescimento populacional, transformações nas grandes cidades, pelas especulações imobiliárias, e pelas tensões entre os órgãos federais, estaduais e municipais, mas foi também o período em que entorno se fortaleceu enquanto instrumento de gestão urbana, possibilitando a parceria entre os entes governamentais responsáveis pelo planejamento urbano (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 38, 49, 59).

O terceiro período, compreendido entre 1980 e 1986 foi permeado de novos procedimentos e normas internas. Após o período dos planos urbanísticos e da adoção de medidas associadas entre as prefeituras e o IPHAN, houve um investimento maior em seminários e publicações de portarias no âmbito nacional, com o intuito de estabelecer procedimentos administrativos, de instituir critérios técnicos e métodos de atuação do IPHAN, e procedendo ao desenvolvimento de novos estudos sobre o entorno (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 63, 64, 65).

O quarto período, compreendido entre 1986 e 2003, rotinizou as práticas adotadas pelo IPHAN, procedendo ao levantamento dos procedimentos adotados nos processos de tombamento e da forma de fazer referência ao entorno e sua valorização. O período foi marcado também por reestruturações no IPHAN, e por mudanças na nomenclatura. A rotinização possibilitou que fossem aplicados critérios técnicos coerentes e isonômicos para as aprovações dos projetos do entorno e garantindo maior publicidade do processo administrativo, muitos bens que não tinham seu entorno delimitado com base nos padrões administrativos mais completos, estabeleceu-se para eles uma rotina institucional (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 69, 70).

4.4 POLÊMICA SOBRE A DIMENSÃO DO ENTORNO

Quando se fala em entorno, insurgem uma série de problemas, por dizer respeito a vários fatores: a legislação defasada, omissões legislativas acerca de vários aspectos concernentes ao entorno, a carência de estudos técnicos para auxiliar em sua compreensão e definição, a ausência de jurisprudências que auxiliem nesse aspecto interpretativo, posto que, constata-se por vezes restrita e acanhada a interpretação dada ao supracitado artigo 18, abrangendo tão somente naquilo que tange à visibilidade em sentido ótico, ora demonstrando uma interpretação mais ampliativa, sem um padrão que direcione e auxilie na compreensão do tema. (MARCHESAN, p. 108).

A criação de critérios objetivos de distância que se aplique genericamente a todos os casos de tombamento é complexo, embora em alguns países, e também em alguns estados brasileiros se adote tal critério, mas de maneira geral não está estabelecido um critério uniforme para tal (CASTRO, p.119), sendo que, nos casos em que houver conflitos de normas entre os entes prevalecerá a norma mais restritiva, no sentido de resguardar o patrimônio cultural, desde que não contrarie, por óbvio, as disposições federais acerca da matéria (MIRANDA, 2014, p. 130,131).

Alguns autores como Meneses e Milaré entendem ser acertada a decisão do legislador de não predefinir a distância mínima do que compreenderia o entorno, pois quando se estabelece um perímetro para tal, fazendo uso de parâmetro inflexível e escolhido casualmente, a tendência é que se conduza à certa arbitrariedade, geraria diversas dúvidas quanto à sua aplicação ao caso concreto e consequentemente acabaria tornando-se inadequado e ineficaz (MARCHESAN, p. 118).

A elaboração de estudos técnicos completos demandam tempo, recursos financeiros e humanos dos órgãos responsáveis, e, por vezes, por pressão da comunidade, a iminente ameaça de especulação imobiliária intensa sobre o local, fazem com que a maioria dos processos de tombamento não contemplem a área de entorno, dada a urgência para que se coloque os bens tombados sob tutela, os órgãos responsáveis omitem-se em definir o que compreenderia o entorno, e que tipo de restrição se imporia aos bens (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 67, 68).

Outro fato que se insurge é que não há critérios objetivos para que se constate se os imóveis são ou não pertencentes ao poligonal de entorno, surgem questionamentos quanto à oposição a terceiros das limitações dos imóveis que guardam certa distância do bem tombado, pois não se pode esperar que um cidadão comum saiba o que abrange a ambiência, a vizinhança não se trata de proximidade, e isso demanda conhecimento técnico a respeito, sendo necessária a prévia delimitação do entorno, e que seja divulgada sua extensão de maneira ampla e clara, possibilitando sua identificação, para que se torne exigível a tutela (MOTTA; THOMPSON, 2010, p. 67, 68).

Merece destaque o fato de que os entes federados (União, Estados e Municípios), na tentativa de se eximirem do ônus da conservação destes bens, por vezes tentam transferir os encargos que lhe são devidos uns para os outros, ao passo que o bem permanece sem a tutela devida.

Mais acertada parece ser a definição de uma área mínima de entorno em lei federal, pois estabeleceria um patamar elementar a ser respeitado, assim como seria fundamental a instituição de requisitos legais de delimitação, não sendo necessário o parecer do órgão responsável em um primeiro momento para que se fizesse oponente a terceiros, sendo medida auto executável. Deste modo se amplificaria a percepção de segurança jurídica, e diminuiria um pouco o grau de discricionariedade, conseqüentemente reduzindo as discrepâncias entre as decisões federais, estaduais e municipais. Essa delimitação deveria, por óbvio, ser suscetível de flexibilização com base em estudos técnicos e avaliação do caso em questão particularmente, e, em havendo necessidade proceder-se-ia com a ampliação ou redução dessa área (MARCHESAN, p. 119).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro as medidas que deveriam ser adotadas e que garantiriam não só o respeito à boa-fé de terceiros, bem como, o cumprimento ao disposto no artigo 18 do Decreto-lei nº 25/37 são:

fixação de critério objetivo na delimitação do conceito de vizinhança, mediante determinação da área dentro da qual qualquer construção ficaria dependendo de aprovação do IPHAN; e imposição de averbação no Registro de Imóveis da área onerada com a servidão ou notificação às Prefeituras interessadas para que, ao conferirem licença para construção, não ajam em desacordo com o IPHAN, com evidente prejuízo, ainda, para terceiros interessados na construção. (2014, p. 153)

A falta de normatização da área de entorno baseia-se principalmente na procura por maior maleabilidade quando da aplicação do que abrangeria o entorno, e do que seria adequado a cada caso concreto, entretanto, essa busca ocasiona, na maior parte dos casos, a completa falta de delimitação, o que poderá gerar a responsabilização do Estado. Se terceiro de boa-fé tiver suas construções embargadas ou demolidas, pelo fato de a Prefeitura autorizar a construção por ser ausente normativa que discipline e delimite o entorno, e o IPHAN posteriormente impugnar a obra, alegando interferir na ambiência do bem tombado, ou seja, se a Administração Pública incorrer em culpa caberá a responsabilização por perdas e danos, por ser responsável pela vigilância sobre os bens tombados e sua vizinhança (DI PIETRO, 2014, p.153).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora haja uma crise habitacional nos grandes centros ocasionado pelo crescimento populacional desenfreado que acarreta maior demanda por moradias, não se justifica, entretanto, que sejam feitas demolições ou alterações dos prédios tidos como patrimônio cultural e suas áreas vizinhas para comportar o aumento populacional, não se legitima que seja sacrificado a memória e história de um povo para abrigar um pequeno número de pessoas, visto que, não resolveria a crise habitacional nem tampouco seria inteligente que se fizesse, essa mudança da população original local e a introdução desse conceito de modernidade ao local, ocasiona o perecimento dos valores agregados ao bem tutelado, visto que, mudam-se os costumes e a cultura local.

Existem valores que são agregados aos bens tombados e seu entorno, ambos compõem um conjunto arquitetônico, e dizem respeito à memória, história e identidade de um povo, tutela-se com eles valores superiores da coletividade, que dizem respeito diretamente à saúde e bem estar da população, garantindo esse direito não só as gerações presentes, como às futuras. Não se pode permitir que o Brasil se torne um país sem memória, deixando de preservar o passado, e cedendo à busca desenfreada por lucro, e às pressões imobiliárias.

As cidades devem crescer sem destruir seu passado, e em harmonia com este. Por vezes, não por falta de espaço, mas pela tendente verticalização das cidades, e para dar vazão ao progresso, são destruídos os conjuntos culturais arquitetônicos, mais inteligente seria a incorporação desses núcleos históricos no contexto e dinâmica atual das cidades.

O Decreto-lei nº 25/37 encontra-se defasado, e aborda bem menos do que deveria, assim como as legislações que tratam da tutela dos bens imóveis pertencentes ao patrimônio cultural são insuficientes face à necessidade crescente de tutela destes bens, o que se constata é que há maior demanda por instrumentos de preservação e legislações restritas sobre o tema, a ampliação dessas normas faz-se necessário para garantir que estas acompanhassem a evolução técnica do tema.

É imprescindível que seja elaborada lei federal que disponha sobre aspectos concernentes ao entorno, tais como, qual o procedimento administrativo poderia ser

adotado, ou quais medidas protetivas poderiam ser utilizadas, tratando da matéria em um rol meramente exemplificativo e aberto, assim como, também seria importante a definição dos termos utilizados pelo legislador, tais como visibilidade e vizinhança, elucidando tais termos que são inerentes ao seu entendimento e não possuem um conceito previsto em lei, e que são de difícil aplicabilidade sem uma definição clara. Faz-se necessário uma padronização dos procedimentos, assim como delimitação do entorno deve estar munido de embasamento legal.

Seria de grande importância também que se dispusesse acerca de delimitação mínima da abrangência do entorno, previsto em norma de textura aberta, que preveja a relativização desse patamar de acordo com o caso concreto a critério do órgão responsável, sendo passível de posterior disposição em lei ou em atos normativos administrativos, conferindo ainda discricionariedade aos órgãos responsáveis pelo tombamento e delimitação do entorno, sendo imprescindível a análise e estudos acerca de cada caso e suas especificidades, e, embasado nesses dados poderiam ser estabelecidas maior ou menor delimitação de acordo com a necessidade e conveniência da questão.

Tal medida traria não só maior grau de segurança jurídica, pois diminuiria um pouco o grau de discricionariedade, e também pelo fato de, antes da delimitação insurgem-se varias duvidas entre os proprietários dos imóveis vizinhos sobre o fato de estarem ou não incluídos no entorno, ou se as obras poderão ou não ser embargadas posteriormente, quando da omissão da delimitação. Seria de grande valia também por se tratar de medida assecuratória e autoexecutável, por deixar de pronto o entorno sob tutela, evitando também disposições conflitantes para casos análogos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. **Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>.

BRASIL. Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975. **Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6292.htm>.

BRASIL. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. **Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6513.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 23.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CRAWFORD, Ronaldo Assis. **Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Liborio (Coord.). **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
DELPHIM, Carlos Fernando de Moura. **Viagem às missões: parecer sobre os sítios de São Miguel Arcanjo, São João Batista e São Lourenço Mártir**. *In*:

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

_____. **Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Bernadete Ferreira. **Zonas de proteção: novas limitações ao direito de propriedade**, 1994. *In*: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

GASPARINI, Audrey. **Tombamento e direito de construir**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

JUNIOR, Jose Cretella. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LARCHER, Marta Alves. **O Estudo de impacto de vizinhança como instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro**. *In*: SOUZA MIRANDA, Marcos Paulo de. Patrimônio Cultural. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Lei do Tombamento Comentada: Doutrina, Jurisprudência e Normas Complementares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOTTA, Lia; THOMPSON, Analucia. **Entorno de Bens Tombados**. Série pesquisa e documentação do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN/DAF/Copedoc, 2010.

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

RABELLO, Sonia. **Revisando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

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

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. **Elementos fundamentais do tombamento**. *In*: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares de. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.