

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDREA CAETANO MOLEIRINHO

**O TOMBAMENTO
COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE CULTURAL**

CURITIBA

2016

ANDREA CAETANO MOLEIRINHO

**O TOMBAMENTO
COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE CULTURAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Ambiental, no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental Setor de Ciências Agrárias, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Edson Luiz Peters.
Co-Orientadora: Me. Jaqueline de Paula Heimann.

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDREA CAETANO MOLEIRINHO

O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE CULTURAL

Monografia apresentada como requisito parcial à para obtenção do grau de Especialista no Curso de Direito Ambiental, Setor Ciências Agrárias, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Edson Luiz Peters
Departamento Ciências Agrárias – UFPR

Prof. (Prof^ª) (Dr. ; Dra. Msc.) Departamento, INSTITUIÇÃO

Prof. (Prof^ª) (Dr. ; Dra. Msc.) Departamento, INSTITUIÇÃO

Curitiba, 06 de dezembro de 2016.

DEDICO ESTE TRABALHO À TODAS AS PESSOAS
QUE: LUTAM PELA PRESERVAÇÃO DA
MEMÓRIA, DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE, DA
NATUREZA, DAS OBRAS E PELOS VESTÍGIOS
QUE O HOMEM DEIXA NO TEMPO.

AGRADECIMENTOS

À **DEUS**, pela sua criação, pela beleza natural e pelas maravilhas a que o homem pode desfrutar.

Ao meu orientador Prof.Dr. **Edson Luiz Peters**, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

À minha co-orientadora Me. **Jaqueline de Paula Heimann**, pela disponibilidade e auxílio, ao longo da elaboração desse estudo.

Ao **Rubens Cohen**, pelo incentivo aos estudos, por instigar a curiosidade no saber, pelos momentos dedicados às conversas e aos debates sobre o meio ambiente.

Ao meu filho **Kim** por me incentivar e iluminar de maneira especial os meus pensamentos levando-me a buscar mais conhecimentos.

À minha mãe, **Zulmira Caetano**, pelo apoio constante.

À minha cunhada **Teresa Camelo**, pelo incentivo, apoio e carinho.

Ao meu afilhado **Ricardo Simões** por acreditar em mim, apoiar-me e demonstrar interesse neste trabalho.

Aos **colegas do Curso da Pós-graduação**, pela força, pela troca de informações, experiências vivenciadas, pelo carinho e amizade desenvolvida.

“TODO PATRIMÔNIO É DOAÇÃO DO PASSADO
E PARTE DE NOSSO PRESENTE CONTÍNUO”.

(MICHEL PARENT)

RESUMO

O presente estudo, desenvolvido no campo do Direito Ambiental, busca apresentar o instituto do Tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural, através da intervenção do Estado na propriedade privada. Para tanto, foi tomado como ponto de partida a necessária compreensão do direito à propriedade, da origem até a inserção como direito fundamental, voltado a uma função social e ambiental, nos contornos dados pela Constituição Federal de 1988. Constituição esta, que adotou os direitos culturais e exaltou a proteção ao patrimônio cultural, lhe traçando as diretrizes normativas e viabilizando os modos de proteção e resguardo dos bens culturais para as futuras gerações. Nesse contexto, a compreensão do denominado meio ambiente cultural foi abordado, enquanto direito fundamental e de natureza difusa, tudo para o fim de se dimensionar o impacto do mecanismo de proteção denominado “Tombamento”, cujos contornos enquanto instrumento de tutela do Meio Ambiente Cultural foram traçados e direcionados à coletividade.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Função Social. Propriedade Privada. Direito Fundamental.

ABSTRACT

The present study, was developed in the field of Environmental Law, and pretend to present the “Tombamento” as an instrument to protect the cultural heritage, through the intervention of the State in private property. Thus, it was taken as a starting point the necessary understanding of the right over property, since the origin until the inclusion as a fundamental right, assuming a social and environmental function, in respect of the contours given by the Federal Constitution of 1988, Constitution, which adopted the cultural rights and extolled the protection of cultural heritage, tracing the regulatory guidelines and enabling the protection modes and safeguarding of cultural heritage for future generations. In this context, understanding the so-called cultural environment has been addressed as a fundamental right and diffuse nature, all with the objective to measure the impact of the so-called protection mechanism “Tombamento” whose contours as the cultural environment protection instrument were strokes and directed the community.

Key-words: Social: Cultural Heritage. Function Role. Privaty Property. Fundamental Right.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	OBJETIVOS	11
2.1	OBJETIVO GERAL.....	11
2.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	11
3	A PROPRIEDADE	12
3.1	ORIGEM DA PROPRIEDADE.....	12
3.2	A PROPRIEDADE NO DIREITO MODERNO.....	14
3.3	A PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
4	O MEIO AMBIENTE CULTURAL	21
4.1	CONCEITO.....	21
4.2	O MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
4.2.1	A Evolução dos Direitos Fundamentais.....	23
4.2.2	A Primeira Geração.....	24
4.2.3	A Segunda Geração.....	24
4.2.4	A Terceira Geração.....	26
4.3	LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	27
5	TOMBAMENTO	31
5.1	ORIGEM DO TOMBAMENTO.....	31
5.2	TIPOS DE TOMBAMENTO.....	37
5.3	QUANTO À EFICÁCIA.....	38
5.4	EFEITOS.....	39
5.5	COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR.....	40
6	PROTEÇÃO INTERNACIONAL	45
6.1	A ONU/ UNESCO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO.....	45
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Ao se estudar o direito ambiental, descobre-se a perspectiva muito vasta de seu objeto. Percebe-se que o tema não é ligado somente aos fenômenos naturais, mas também às construções antigas, mobiliários, documentos que guardam a memória de gerações passadas e que se constituem em um amplo acervo. Desse largo universo do direito ambiental, nos debruçaremos sobre o chamado meio ambiente cultural, que compreende aquilo que a criatividade humana desenvolveu e colocou a seu serviço e dessa forma passou a fazer parte de seu habitat, da sua vida, da sua história, costumes e conhecimentos de maneira a formar-lhe sua identidade.

Na verdade, o presente trabalho se volta especificamente ao estudo do instituto do tombamento, tomado como restrição ao direito de propriedade privada com vistas à proteção do meio ambiente cultural.

Na crença de que é através da perspectiva histórica que se pode compreender a evolução do direito, partiremos da análise do direito de propriedade, desde sua origem e sua evolução, adentrando ao período moderno até a forma como delineado pela nossa Constituição Federal de 1988, o que tomará o terceiro capítulo.

O quarto capítulo será dedicado à compreensão do denominado meio ambiente cultural, dimensionando-o enquanto direito fundamental e de natureza difusa. De fato, à medida que se considera o Meio Ambiente Cultural como direito fundamental de terceira geração, de vez que tutela interesses do ser humano, não há como negar que deve ser considerado como “um direito transindividual”, ultrapassando os limites da individualização.

No quinto capítulo, já à luz dos ensinamentos colhidos ao longo dos capítulos anteriores, examinaremos o instituto jurídico do tombamento, levando em conta a sua origem, finalidade, conseqüências e eficácia, enquanto instrumento de tutela do Meio Ambiente Cultural.

O sexto e último capítulo será dedicado a uma breve apresentação do reconhecimento a nível internacional do patrimônio cultural.

Como se verá, a proteção dada pelo Estado ao Meio Ambiente Cultural, refere-se, sobretudo às restrições impostas ao patrimônio particular, individualmente considerado e essa proteção, diga-se, tornou-se mais forte a partir da nova feição

tomada pela propriedade que, deixando pra trás uma antiga visão liberal, determina que o direito do proprietário está limitado pelo direito que a sociedade tem sobre seu patrimônio.

Esta pesquisa demonstra que o tombamento apenas trata-se de uma restrição ao direito de propriedade e não um confisco tendo como finalidade, ou seja, o cumprimento de uma função socioambiental de compartilhamento cultural partindo do princípio que todos possuem o direito à cultura.

2 OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

Discorrer sobre o tombamento como instrumento de proteção ao meio ambiente cultural no Ordenamento Jurídico Brasileiro descrevendo suas etapas, eficácia e suas restrições em relação ao direito de propriedade.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analisar o nascimento da propriedade desde sua mais remota origem até as transformações oriundas das civilizações sofridas ao longo do tempo explanando a introdução da função social como uma socialização da propriedade em prol da igualdade entre os cidadãos percebendo a evolução da harmonização da natureza do bem e de sua utilização.
- b) Demonstrar que o patrimônio cultural faz parte da memória coletiva e que o meio ambiente fora elevado à categoria dos direitos fundamentais sendo direito de todos e porquanto este a todos pertence expondo ainda que a cultura não é um bem de um grupo determinado ou determinável, ao contrário, é um bem de interesse de toda a coletividade para a formação da personalidade e dignidade da pessoa humana.
- c) Analisar o instrumento de proteção denominado tombamento, desde sua origem, passando por suas etapas de procedimentos, sua consequência e o amparo da legislação brasileira.
- d) Apresentar a forma de reconhecimento e adesão do patrimônio cultural à nível internacional.

3 A PROPRIEDADE

Ao falar em Meio Ambiente Cultural automaticamente buscamos sinais dos princípios da civilização, da origem da criação e do modo da formação da sociedade. O tombamento, sendo um dos instrumentos de reconhecimento e proteção do patrimônio cultural direciona este trabalho a pesquisa do instituto da Propriedade, pois nela encontra-se o suporte objeto da intervenção no processo da proteção dos bens culturais.

3.1 ORIGEM DA PROPRIEDADE

A melhor maneira de explorar a propriedade é retornar ao ponto do nascimento do direito natural¹, ou seja, até antes do advento da própria propriedade. Do Direito Divino ao Direito do Homem, escrito por Marie-France Renoux-Zagame² sua origem é pautada na teologia medieval sobre o poder criador de Deus, que faz do homem o mestre por natureza de um mundo que ele mesmo é inteiramente submisso.

O direito natural precede o direito positivo, constituindo uma série de normas ditadas pelo juízo ou pela razão humana, e traçam a conduta para alcançar a retidão e o bem último. É anterior ao direito positivo, porque antes as pessoas não precisavam da lei, mas viviam espontaneamente, cumprindo os ditames da natureza, impondo os procedimentos de acordo com as necessidades.

Segundo Miguel Reale³, do direito natural nasce a propriedade, mas da seguinte forma.

¹ Para Aristóteles o Direito Natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia prescrevendo ações cujo valor não dependem do juízo que sobre elas tenham os sujeitos, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 1995. p. 17.

² RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France. **Du droit de Dieu au droit de l'homme**. Editeur: Presses Universitaires de France – P.U.F., 1985. “*Du droit de Dieu au droit de l'homme, sur leur origine dans la théologie médiévale sur le pouvoir créateur de Dieu, qui fait de l'homme le maître par nature d'un homme qui lui est entièrement soumis*” (p. 17 – tradução livre da autora).

³ REALE, Miguel. **Direito Natural**: Direito Positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 1984. p. 111.

Todas as coisas eram comuns por se reconhecer que a todos era dado possuir aquilo que caísse sob suas mãos: a terra, por exemplo, era de todos, no sentido de que todos tinham a livre faculdade de tomar posse dela, desde que não estivesse ocupada. Aquilo que já estivesse na posse de alguém não podia ser tocado, e os homens sem necessidade de ordem jurídica, respeitavam-se mutuamente.

Os próprios romanos não definiram o direito à propriedade⁴, lançando o desafio, a partir da Idade Média aos juristas e pesquisadores.

A ideia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antiguidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que ao tomar posse de um solo não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a circundava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma *gens* ou família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano⁵.

Em Roma, a princípio vinculava-se a propriedade à religião, posteriormente vieram uma série de condições, como ser cidadão romano, possuir propriedade quiritária⁶, possuir o *ius commercii* como condição a propriedade peregrina, a propriedade pretoriana por intervenção do pretor para a proteção da pessoa ao adquirir uma *res Mancipi* e a propriedade provincial, relacionada aos imóveis situados nas províncias às quais não foi estendido o *Ius Italicum*.

Nota-se claramente que neste período já havia um certo Poder Político devido às exigências para a posse da propriedade como forma de aquisição, ou seja, o mais forte prevalecia sobre os mais fracos e já havia a vinculação da propriedade a função social que fica bem identificada, a de ser cidadão romano e

⁴ ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2007. p. 293.

⁵ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. livro segundo, cap. VI.

⁶ ALVES, *op cit.*, p. 295 e seguintes: “A propriedade quiritária era de titularidade de cidadãos romanos, posteriormente estendida aos latinos e ainda aos peregrinos que tivessem o *ius commercii*. O seu objeto, coisa móvel ou imóvel; mas se tratando de imóveis, só eram suscetíveis de propriedade quiritária, os situados na Itália ou nas províncias onde se estendera o *ius Italicum*. Porém, nota-se que não podiam ser objeto de propriedade *ex iure Quiritium* os móveis ou imóveis que pertenciam ao povo romano, e, mais tarde, os do imperador. Então, a aquisição das coisas suscetíveis de propriedade quiritária se fazia mediante a *mancipatio* (para a *res Mancipi*), a *traditio* (para a *res nec Mancipi*) e a *in iure cessio* (para ambas). A proteção judicial da propriedade quiritária se obtinha, principalmente, com a *rei vindicatio*. A propriedade pretoriana ou bonitária surgiu quando o pretor passou a proteger a pessoa que, comprando uma *res Mancipi*, a recebia do vendedor por meio da simples *traditio*. Para aquisição da propriedade quiritária da *res Mancipi* era necessária a utilização de uma das formas solenes: a *mancipatio* ou a *in iure cessio*. Assim, a *traditio* não transferia ao comprador o domínio *ex iure Quiritium* sobre a *res Mancipi*, e, em decorrência disso, o vendedor continuava a ter a propriedade quiritária sobre a coisa, podendo reivindicá-la do comprador”.

uma função econômica ao condicionar o cidadão romano ao comércio. Constatase sutilmente o aparecimento de duas funções atreladas para a aquisição da propriedade no período romano e que verifica-se nitidamente no período moderno.

3.2 A PROPRIEDADE NO DIREITO MODERNO

O Código Napoleônico⁷ foi o marco da codificação do direito moderno, que contém ideias liberais dispondo em seu artigo 544, que “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”⁸.

O Código Napoleônico acolheu o pensamento político de John Locke no que se refere à propriedade, pois para ele, o fundamento da propriedade repousa no trabalho individual. No “Segundo Tratado sobre o Governo”⁹, ao fazer a defesa da propriedade privada da terra, Locke afirma que a medida da propriedade é dada pela quantidade de trabalho do homem e pelas necessidades da vida.

Segundo Francisco Cardozo Oliveira¹⁰:

A essa concepção de direito de propriedade, baseado no trabalho individual do homem, Kant adicionará em “A Metafísica dos Costumes”, o atributo da vontade individual como elemento indispensável para o apossamento no mundo do que é exterior à pessoa. Da complementação entre as idéias políticas de Locke e a filosofia de Kant surge o fundamento da propriedade liberal-individualista da modernidade.

O Código Civil Alemão de 1896 (Burgerliches Gesetzbuch, BGB)¹¹ resultou de renovada sistematização do direito privado. Na sistemática do BGB, a disciplina do direito a propriedade está caracterizada pela influência abstrata da ideia de liberdade ilimitada do homem da filosofia hegeliana. A propriedade se apoia na vontade individual. O §903 do BGB conferiu à propriedade caráter subjetivo. Houve

⁷ Antes do Código Napoleônico, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já colocava a propriedade entre os direitos naturais do homem.

⁸ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 106 e seguintes (*l'article 544 du code civil: la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*).

⁹ RUIZ, José Maria Lassalle. **John Locke y los Fundamentos Modernos de la Propiedad**. Madrid: Editorial Universidad Carlos III; Dykinson, 2000. p. 73.

¹⁰ OLIVEIRA, *op cit.*, p. 108.

¹¹ *Idem, ibidem*.

pouca preocupação no Código com a regulação do modo como o proprietário exerce concretamente os poderes proprietários e dos efeitos do exercício desses poderes.

Para Francisco Cardozo Oliveira¹² a disciplina jurídica do direito de propriedade no século XIX colocou em evidência a natureza econômica da propriedade imobiliária e seu papel preponderante na acumulação de riqueza. A propriedade absoluta, entretanto, sujeita apenas a vontade do proprietário, passou a sofrer restrições tendentes a coibir abusos e a preservar o interesse social¹³.

Nas palavras do autor Arnaldo Rizzardo¹⁴

[...] com o advento da Revolução Industrial, propagou-se o liberalismo econômico, no sentido de afastar qualquer intervenção do Estado nas atividades privadas, que é sempre prejudicial no domínio econômico, pois não obterá bons resultados na administração da economia, diversamente do que acontece com as empresas e pessoas dedicadas às atividades privadas. Expandiu-se a iniciativa privada, com a mais ampla liberdade na aquisição da propriedade e ficando enraizada em todos os sistemas legais e políticos dos países ocidentais. Mas, em contraposição à filosofia econômica, apareceu o comunismo instituído por Karl Marx. Basicamente, como vem exposto em seu “Manifesto Comunista”, pregou a supressão da propriedade privada. No “Capital”, desenvolve contundentes críticas ao capitalismo.

Segundo a nova ordem apregoada¹⁵, são os instrumentos de trabalho e de produção que trazem o sucesso das empresas. Em realidade, a posse dos instrumentos de produção por uma minoria, composta de capitalistas, acarreta a exploração do homem e do trabalho. Com isso, houve modificações no tocante à propriedade absoluta, ou seja, o proprietário começou a sofrer limitações impostas pelas mudanças da realidade histórica, que devido às relações sociais, exigiam uma dinâmica diversa de outrora, com a absolvição da propriedade privada.

Esta positivação da propriedade passou a adotar em sua característica a função social e econômica da propriedade privada, incumbindo aos proprietários um dever.

¹² OLIVEIRA, 2006, p. 108.

¹³ Luiz Edson Fachin cita Orlando Gomes, para quem as restrições ao direito de propriedade absoluta refletem a tendência de humanização que surgiu como reação ao individualismo exacerbado no exercício do direito (Da Propriedade como Conceito Jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 621, jul. 1987. p. 16 e seguintes).

¹⁴ RIZZARDO, A. **Direito das Coisas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2007. p. 175 e seguintes.

¹⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 2. ed. 1962, tomo 1º; 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, tomo 2. p. 128.

Para Arnaldo Rizzardo¹⁶, não mais vigora o caráter absoluto da propriedade. Seu conteúdo está, nos tempos atuais, virtualmente limitado ao contrário do que preponderava no Direito Romano e em outros sistemas, onde dominava o caráter absoluto e ilimitado.

Quanto mais evoluem as sociedades e maiores são as aspirações humanas, crescem evidentemente as exigências pessoais, impondo-se restrições de toda a ordem, a fim de frear os impulsos coletivos, com um sensível cerceamento nos interesses puramente individuais.

Observa, a respeito, Caio Mário da Silva Pereira¹⁷:

No direito de todos os povos ocidentais, ora com maior, ora com menor intensidade, as restrições do direito dominial campeiam assinaladas pelos historiadores, mas tão potentes que dispensam o expositor de indicar as hipóteses para ilustrar a proposição.

Segundo Francisco Cardozo de Oliveira¹⁸, as exigências sociais colocadas pela modernidade, impuseram o abrandamento do conteúdo da propriedade de forma a propiciar a adaptação do instituto às incessantes mudanças da realidade histórica.

Assim, a propriedade compreende a apropriação individual ou coletiva das coisas. A apropriação que integra a propriedade tem natureza social e econômica. Mesmo que a apropriação de coisas ocorra por ato individual, ela apenas se torna possível em sociedade e a partir da existência de relações sociais.

3.3 A PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar da variedade das influências constatadas dentro do direito brasileiro, é possível considerá-lo como um integrante da família dos direitos romano-germânico¹⁹.

O Brasil submeteu-se até sua independência à legislação portuguesa sendo ela corporificada nas ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas.

¹⁶ RIZZARDO, 2007, p. 191-192.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 100.

¹⁸ OLIVEIRA, 2006, p. 114 e seguintes.

¹⁹ Segundo René David, a família do direito romano-germânico, ligada ao direito da Roma Antiga é atual, dispersa no mundo inteiro. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho (1. ed. Set. 1986) 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23 e seguintes.

No tocante ao direito das coisas, o legislador do Código Civil de 1916 adotou regras romanas e do direito canônico. A influência romana é muito mais evidente no conceito de posse, noção bem mais desenvolvida em relação ao direito germânico. Interessante ressaltar que o Brasil não conheceu período equivalente ao da Idade Média, mas as contribuições do direito feudal mostram-se assim presentes no direito brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao direito de propriedade, enfiteuse e posse dos direitos pessoais²⁰.

Segundo Márcia Chuva²¹ com a Constituição Federal de 1934, foi instituído, pela primeira vez no Brasil em termos constitucionais, a limitação ao direito de propriedade em função de um valor coletivo e social maior.

A Constituição de 1934, em seu artigo 113, 17 determinava:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização.

Assim, ficava clara a limitação imposta à propriedade privada em prol da coletividade, ou seja, de uma função social.

Para Edson Luiz Peters²²:

[...] no plano infraconstitucional denotam-se diversos movimentos que partem da concepção de um Estado intervencionista e nacionalizado e do papel que este deve desempenhar, que vão da versão liberal para a social, do individualismo característico do Estado-Direito Francês pós-revolução para a supremacia do interesse público, do absolutismo do direito de propriedade para um tipo de exploração que não contrarie o chamado interesse social. Outro movimento político-jurídico que muda o panorama do direito de propriedade, inclusive e principalmente da propriedade imobiliária no Brasil, é chamado socialização, ou seja, ao lado do interesse do Estado surge o interesse da sociedade no disciplinamento e destinação da propriedade, consagrado inicialmente pela Constituição de 1934 e depois reiterado em todas as Constituições posteriores com a expressão interesse social.

²⁰ PEREIRA, L. R. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Emendada, sem data. p. 7. “*Une remarque intéressante mérite d’être mentionné: si le Brésil n’a pas connu de période équivalente au Moyen âge, les contributions du droit féodal sont néanmoins présentes dans le droit brésilien, surtout en ce qui concerne le droit de la propriété, l’emphytéose et la possession des droits personnels*” (Tradução livre da autora). extraído de *Travaux de L’Association Henri Capitant des Amis de La Culture Juridique Française. La Propriété. Journées Vietnamiennes*, Tome LIII, 2003, *Société de Législation Comparée*, p. 70 elaborado por Vera Fradera (Professora da Universidade de Porto Alegre) Rapport Brésilien: **La propriété des sols**.

²¹ CHUVA, Márcia. **Patrimônio Cultural**: Políticas e Perspectivas de Preservação no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2012. p. 71.

²² PETERS, Edson Luiz. **Meio Ambiente & Propriedade Rural**. 8. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 54-55.

Com relação à Lei Fundamental de 1937²³, verifica-se a existência de um retrocesso, pois esta novamente conferiu ao Instituto da propriedade o sentido individualista. Um pouco mais democrática, a Constituição de 1946 previu a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e a desapropriação por interesse social. Foi somente em 1967 que apareceu textualmente na Constituição “a função social da propriedade” como princípio da ordem econômica.

Jamais, entretanto, no decorrer de toda história constitucional brasileira, a função social recebeu um tratamento tão estendido e tão concreto quanto aquele que lhe fora dado na Constituição de 1988. Esta não foi apenas mencionada como um direito e como um princípio de ordem econômica, ela recebeu outro posicionamento apropriado no sistema constitucional, a indicação de um conteúdo mínimo, expressado no tocante à propriedade imobiliária.²⁴

A inovação da Assembléia Constituinte de 1988 não foi apenas um seguimento das tendências mundiais. Embora a melhor doutrina reconhece a função social da propriedade, numerosos foram os ataques suportados por essa noção, originárias das camadas sociais mais conservadoras da crença de perder os poderes absolutos que eles detinham sobre seus bens ou bem da parte da esquerda, que, de um modo geral considerava a função social como uma fórmula abstrata de legitimação da propriedade capitalista, incapaz de mudar seu aspecto estrutural²⁵.

²³ TRINDADE, Carmélia Carreira. **A Proteção do Meio Ambiente Cultural**: o Tombamento da Propriedade Privada na cidade de Belém. 2005. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade da Amazônia – UNAMA, Belém, 2005. p. 26.

²⁴ *Travaux de L'Association Henri Capitant des Amis de La Culture Juridique Française. La Propriété. Journées Vietnamiennes*, Tome LIII, 2003, *Société de Législation Comparée*, p. 69-72 elaborado por Vera Fradera (Professora da Universidade de Porto Alegre), e p. 519-523 elaborado por Gustavo Tepedino (Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ) e Anderson Schreiber (Professor de Direito Civil da Universidade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO). Jamais, “*cependant, au cours de toute l'histoire constitutionnelle brésilienne, la fonction sociale n'a reçu un traitement aussi étendu et aussi concrétisant que celui qui lui a été donné dans la Constitution actuelle. Celle-ci n'a pas été seulement mentionnée comme droit et comme un principe de l'ordre économique, mais elle a reçu, outre son positionnement approprié dans le système constitutionnel, l'indication d'un contenu minimal, exprimé par rapport à la propriété immobilière*” (p. 520 – tradução livre da autora).

²⁵ “*L'Innovation de L'Assemblée Constituante de 1988 n'a pas été simplement l'accueil des tendances mondiales. Quoique la meilleure doctrine ait partout reconnu la fonction sociale de la propriété, nombreuses étaient les attaques subies par cette notion, originaires des couches sociales les plus conservatrices, de crainte de perdre les pouvoirs absolus qu'ils détenaient sur leurs biens ou bien de la part de la gauche, qui d'une façon générale considérait la fonction sociale comme une formule abstraite de légitimation de la propriété capitaliste, incapable de changer son aspect structurel*” (*Idem, ibidem*, p. 521 – tradução livre da autora).

O artigo 186 da Constituição de 1988 traçou exigências objetivas para responder a função social da propriedade rural.²⁶

O mesmo tratamento foi dado à propriedade imobiliária urbana, pois a Constituição especificou em seu artigo 182, parágrafo 2º, que: “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”²⁷.

O trabalho pioneiro do constituinte brasileiro, que fixava critérios objetivos mínimos da realização da função social, evitou este risco, assegurando a efetividade da fórmula como meio de controle do exercício da situação subjetiva da propriedade em um modelo que ainda não obteve êxito na legislação infraconstitucional mais recente.

A invocação da jurisprudência da função social da propriedade é atualmente muito ampla, assim para os tribunais dos estados federais e para os tribunais superiores e sua aplicação depois de muito tempo excede as hipóteses suscitada pela doutrina civilista tradicional. Esta noção encontra-se consolidada nas experiências brasileiras nos últimos anos, pois sem dúvida a garantia da propriedade não pode mais ser vista fora da conformidade dos interesses sociais. Em outras palavras: inexistente no texto constitucional brasileiro garantia a propriedades, e sim garantia da propriedade que completa sua função social²⁸.

Conclui-se, pois, que a Carta Política Brasileira de 1988, no título II “Dos Direitos e Garantias Constitucionais”, garante o direito à propriedade, porém uma garantia condicionada, ou seja, ela atender a uma função social (art. 5º, XXII e XXIII).

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

²⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸ *Travaux de L'Association Henri Capitant des Amis de La Culture Juridique Française*, 2003. “L’invocation de la jurisprudence de la fonction sociale de la propriété est aujourd’hui très ample, aussi bien par les tribunaux des États-fédérés que par les tribunaux supérieurs, et son application, depuis très longtemps déjà, excède les hypothèses classiques suscitées par la doctrine civiliste traditionnelle. Cette notion se trouve de telle façon consolidée dans l’expérience brésilienne des dernières années qu’il n’y a aucun doute que la garantie de la propriété ne peut plus être vue hors de sa conformation aux intérêts sociaux. Autrement dit: Il n’existe pas, dans le texte constitutionnel brésilien, de garantie a la propriété, mais seulement une garantie à la propriété qui accomplit sa fonction sociale” (p. 522 – tradução livre da autora).

Para Marchesan²⁹ dentre os condicionantes que norteiam o uso da propriedade, está o da preservação do meio ambiente, tanto assim que aparece na Constituição como direito fundamental (art. 225) e como princípio-base da Ordem Econômica (art. 170, inc. VI), necessário à atividade econômica como fator de produção e requisito indispensável ao livre desenvolvimento das plenas potencialidades do indivíduo.

Souza Filho³⁰ expõe que a função social dos bens socioambientais está na sua dimensão de proteção, seja para evocar a cultura, seja para garantir a biodiversidade. Em qualquer caso, cumprirá a função social só pela sua existência incólume.

No ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros diplomas trazem normas restritivas ao pleno exercício da propriedade, porém esta pesquisa versa sobre a proteção do patrimônio cultural através do “tombamento” sendo este um dos modos da intervenção do Estado na propriedade privada.

²⁹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 141.

³⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 28.

4 O MEIO AMBIENTE CULTURAL

Ao pensarmos sobre o meio ambiente cultural, automaticamente pensamos na origem da criação, da evolução, dos vestígios das civilizações em cada época, da arte, das paisagens, das crenças e como muitas dessas informações contribuem para a identidade de um povo.

4.1 CONCEITO

Desde as mais antigas civilizações, o ser humano deixou registrado sua passagem pela Terra seja através de suas obras que sobreviveram ao tempo, seja através de sua escrita, suas armas, suas vestimentas, suas músicas e seus costumes. O ambiente que os cercam e o sua cultura definira muito o modo de vida e os distinguiu uns dos outros perdurando muita de suas culturas até os dias atuais. O patrimônio cultural perdura no tempo³¹, na mente, na história da humanidade, assinalando épocas que trilham as vivências de uma nação, deixando um legado às gerações futuras, que resiste ao tempo, transmitidos na forma de conhecimento para todos.

O filósofo Maurice Halbwachs³², foi o primeiro a aventar a ideia da memória coletiva, que, segundo ele, corresponde ao conjunto de lembranças que um grupo de pessoas compartilha a respeito de um evento marcante, o qual, somado a fatos e imagens de domínio público, forma um tecido muito mais extenso e bem-tramado do que a simples soma das recordações individuais. Explica que esse tecido pode ser compartilhado até mesmo por gerações que não assistiram aos acontecimentos. É um fenômeno presente na memória desse grupo, de determinada sociedade.

Raquel Fernandes Perrini³³ sustenta que:

³¹ GRANATO, Marcus; RANGEL, Marcio F. (Org.). **Cultura Material e Patrimônio da Ciência e Tecnologia**. Rio de Janeiro: Museo de Astronomia e Ciência Afins – MAST, 2009. Disponível em: <http://www.mast.br/livros/cultura_material_e_patrimonio_da_ciencia_e_tecnologia.pdf> Acesso em: 15 dez. 2016.

³² HALBWACHS, Maurice. **A Memória Coletiva**. Tradução de Laís Teles Benoer. São Paulo: Centauro, 2004. p. 30.

³³ PERRINI, Raquel Fernandes. A Ação Popular como Instrumento de Defesa Ambiental. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 11, p. 183-207, abr./jun. 1995. p. 197.

Ambiente pode ser definido como o conjunto de elementos naturais e culturais que, integrados, compõem o meio em que vivemos. Destarte, o conceito de meio ambiente deve abarcar toda esta gama de elementos, entre os quais se incluem as riquezas naturais (como, v.g., a água, o ar, o solo, a fauna), artificiais e os bens culturais correspondentes (patrimônio histórico, artístico, etc.).

José Afonso da Silva³⁴ ressalta que o meio ambiente cultural: “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial”.

A Constituição Federal³⁵ em seu art. 216 assim preceitua:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I- as formas de expressão;

II- os modos de criar, fazer e viver;

III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Segundo Marchesan³⁶, cultura é tudo aquilo que é criado pelo homem. É também um conjunto de entes que, embora não sejam fruto da criação humana (ex. as paisagens naturais), são valorados pelo homem como bens culturais.

Kroeber e Kluckhohn³⁷ estabeleceram cento e sessenta e quatro definições de cultura. Segundo eles, a ideia central da cultura consiste de padrões, explícitos ou implícitos, de e para a conduta, adquiridos e transmitidos mediante símbolos, constituindo os resultados distintivos dos grupos humanos, incluindo suas expressões em artefatos.

Assim, o núcleo essencial da cultura consiste nas ideias tradicionais (quer dizer, derivadas e selecionadas historicamente) e especialmente dos valores que se lhes atribuem; os sistemas culturais podem, por uma parte, ser considerados como

³⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94.

³⁵ BRASIL, 1988.

³⁶ MARCHESAN, 2007, p. 17.

³⁷ KROEBER, Alfred; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a Critical Review of Concepts and Definitions**. New York: Vintage Books, 1963.

os produtos da ação; por outra parte, como elementos condicionadores para outras ações.

O paisagismo natural são pinturas criadas pela própria natureza, os monumentos são estruturas edificadas pelo homem e marcam momentos históricos, para os quais se tem o dever de preservar, sobretudo, por fazer parte da vida e da formação e identidade de um povo.

4.2 O MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Carta Política Brasileira de 1988 consagrou o meio ambiente seja ele natural, artificial, cultural ou do trabalho à categoria dos direitos fundamentais e assim estes passaram ter sua natureza de bens difusos.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁸ a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muito menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal avanço tecnológico.

4.2.1 A Evolução dos Direitos Fundamentais

De acordo com a sucessividade no momento de seu reconhecimento, costuma-se classificar os direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira gerações³⁹.

Essa classificação tem apenas caráter didático e se presta a ilustrar o gradativo aparecimento, na história, dos direitos fundamentais.

Como anota José Renato Nalini⁴⁰:

Os direitos fundamentais nasceram em número reduzido. Em 1789, falava-se em liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. O

³⁸ FIORILLO, 2014, p. 47.

³⁹ Paulo Bonavides sublinha, também uma quarta geração dos direitos fundamentais – os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Segundo ele, “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivências (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.

⁴⁰ NALINI, José Renato. **Constituição e Estado Democrático**. São Paulo: FTD, 1997. p. 90.

mesmo nas declarações de Virgínia e Filadélfia. Somente depois de Weimar foram aceitos os direitos econômicos e sociais. Por muito tempo, o conjunto dos direitos fundamentais não ultrapassou a casa dos trinta. Hoje superam uma centena.

Para se verificar a fundamentalidade um direito, este deve estar “inserido no texto constitucional”, de preferência, mas não exclusivamente, no capítulo sobre direitos e garantias fundamentais.

4.2.2 A Primeira Geração

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁴¹. São também denominados liberdades públicas ou direitos negativos, tendo origem na criação do Estado Liberal de Direito, no final do século XVIII.

Atualmente, estão presentes em sua projeção de universalidade formal, na generalidade das Constituições. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, isto é, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Repousam no princípio do direito à liberdade.

No texto constitucional brasileiro, encontram-se articulados, em sua maioria, no artigo 5º. Em sua maioria, porque os direitos fundamentais encontram-se dispersos em todo o texto constitucional, como já tivemos oportunidade de afirmar⁴².

4.2.3 A Segunda Geração

Os chamados direitos fundamentais de segunda geração são os que exigem uma atividade positiva do Estado, “no sentido de se buscar a superação das carências individuais e sociais”⁴³. São os chamados direitos positivos, tendo a sua

⁴¹ NALINI, 1997, p. 90.

⁴² David Araújo e Vidal Serrano entendem que os direitos fundamentais integram uma categoria jurídica e como tal podem ser reconhecidos através de determinadas características que lhes são comuns, como a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência e a irrenunciabilidade. Assim, presentes essas características em outros direitos expressos no texto constitucional, deve-se a eles atribuir a qualidade de direito fundamental, ainda que não enumerados pelo Título II da nossa Constituição (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 59-64).

⁴³ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 1998, p. 65.

origem formal na criação do Estado Social de Direito, já no século XX, a partir da Constituição de Weimar⁴⁴, de 1919.

A evolução dos direitos sociais encontrou o seu ápice⁴⁵ na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10.12.1948, onde se inscrevem os direitos fundamentais ditos da primeira geração – as liberdades – e os da segunda geração – os direitos sociais.

São, para Celso Lafer⁴⁶, direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos, como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.

O titular de tais direitos continua sendo o homem, na sua individualidade. Têm caráter de complementaridade, com relação aos primeiros, pois buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos direitos de primeira geração, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas, procurando garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho.

Celso Lafer ainda alerta para uma possível contradição existente entre os direitos de primeira e de segunda geração, já que os de primeira buscam limitar os poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre Estado e sociedade, e os de segunda demandam a ampliação dos poderes deste próprio Estado. Extrai,

⁴⁴ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?se>> (p. 117): “Entre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar –, devem se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, §2o); função social da propriedade 49; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, §1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais”(art. 162); seguro-desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165)”.

⁴⁵ BONAVIDES, 1997, p. 516-526.

⁴⁶ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 127.

todavia, que é justamente da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens⁴⁷.

4.2.4 A Terceira Geração

Bonavides classifica como direitos de terceira geração o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade⁴⁸.

Direitos de terceira geração – ou mais comumente chamados, direitos de solidariedade – vêm abarcar os direitos difusos no qual se encontra o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Classificado como um direito difuso⁴⁹.

Encontra-se a plena afirmação desses direitos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral da ONU em 1966, cujo artigo 1º afirma: “Todos os povos têm direito à autodeterminação [...] Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”⁵⁰.

A autodeterminação dos povos, vale lembrar, encontra-se prevista na Constituição da República em 1988, em seu artigo 4º, inciso III.

Hoje o Meio Ambiental Cultural abrange toda a coletividade⁵¹ estando voltado para conhecimento de todos compreendendo toda a sociedade, rompendo com o individualismo e com o domínio de grupos mais privilegiados por se tratar de direitos difusos constitucionalmente garantidos.

⁴⁷ LAFER, 1998, p. 130.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência e Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 523.

⁴⁹ COSTA, Beatriz Souza. **A Proteção do Patrimônio Cultural como um Direito Fundamental: Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 44-45.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

⁵¹ RANGEL, Tauã Lima Verdán. As Casas do Patrimônio como instrumentos de Promoção da Salvaguardado Patrimônio Cultural: Singelas Tessituras. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 1388, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4190>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

4.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Constituinte inovou ao introduzir o tema cultura no Capítulo VI – Do Meio Ambiente, pois já havia sua previsão no Capítulo III, do Título VIII – Da Ordem Social, tornando-se um grande avanço pois enquadra a cultura como um dos aspectos essenciais da vida humana, almejando com isso dizer que a cultura faz parte do meio ambiente. A maioria dos doutrinadores colocam o patrimônio cultural na esfera ambiental justificando que este faz parte do meio ambiente por estar a volta do homem, cercado-o. A partir desse pensamento, o art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81⁵² (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) preconiza que:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Ao falar em patrimônio cultural tutelando-o ao meio ambiente, o objetivo do legislador fora o de proteção com a qualidade de vida, atrelando esta ao patrimônio cultural de um povo, como modo de referência a sua identidade.

José Afonso da Silva⁵³ comenta que a terminologia “patrimônio histórico, artístico e paisagístico”, tradicionalmente utilizada anterior à Constituição Cidadã, sofreu modificações com o novo aporte constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, art. 216, incorpora nova tutela jurídica ao acolher uma diversidade de valores culturais e ambientais, abandonando terminologias em dissonância com a legislação pós-moderna.

A Carta Magna trouxe expressivas mudanças no resguardo e preservação do patrimônio cultural e histórico, introduzindo seção inteira exclusiva ao tratamento dos bens culturais, enaltecendo a multiplicidade cultural e a diversidade artística, com destaque aos valores indígenas, afro-brasileiros e toda cultura popular.

A legislação infraconstitucional direciona o modo de preservação ambiental, fornece os mecanismos de atuação e instruções normativas legais, o que remete à sanções de responsabilidade decorrentes do abandono e uso indevido.

⁵² BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1981.

⁵³ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 770.

O Decreto-lei nº 25/37 ou Lei do Tombamento⁵⁴, vigente no século XXI, pois não afrontar os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, constitui relevante documento à proteção do patrimônio cultural, veja-se o teor do art. 1º., ao afirmar que:

Art. 1º. Constituem o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Em releitura ao Decreto-lei nº. 25/37, art. 1ª, seu entendimento faz perceber que onde houve mudança, onde constava “patrimônio histórico e artístico nacional”, transmuda para um conceito mais amplo, trazendo o novo texto Constitucional, em seu art. 216, caput, o título “patrimônio cultural brasileiro”, com maior abrangência e amplitude à realidade histórico cultural.

Pacheco Fiorillo⁵⁵ assim relaciona:

A Constituição não faz restrição a qualquer tipo de bem, de modo que podem ser materiais ou imateriais, singulares ou coletivos, móveis ou imóveis. Além disso, são passíveis de proteção, independentemente do fato de terem sido criados por intervenção humana.

Criou-se uma diversidade de Leis para resguardar o patrimônio cultural, entre elas a Lei nº. 3.924, introduzida em 26 de julho de 1961⁵⁶, à qual dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos no Brasil. O Decreto nº. 3.551, introduzido em 4 de agosto de 2000⁵⁷, instituiu o registro dos bens culturais de natureza imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro e institui o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, entre outras normatizações.

⁵⁴ BRASIL. **Decreto nº. 25 de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 06.12.1937, p. 24056 (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁵ FIORILLO, 2014, p. 474.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961**. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 27.07.1961, p. 6793 (Publicação Original) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm> Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁷ BRASIL. **Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000**. Institue o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 07.08.2000, p. 2 (Publicação Original) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm> Acesso em: 12 nov. 2016.

A Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965⁵⁸, proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no País até o final do período monárquico.

No tocante a esfera penal, existem alguns mecanismos para a proteção e punição de crimes contra o patrimônio cultural.

Segundo Castro Neto⁵⁹ a finalidade da tutela penal, além de declarar o valor inestimável do bem protegido, é prevenir e reprimir atos lesivos ao patrimônio cultural, que podem manifestar-se através da destruição, dano, infração das licenças concedidas ou dos textos legais que regulamentam as atividades desenvolvidas com bens culturais, inexecução de medidas de segurança ou obstáculo à ação fiscalizadora estatal.

A Lei nº 9.605/98 conhecida como Lei dos Crimes Ambientais⁶⁰ elenca os crimes praticados contra o patrimônio cultural em seus artigos 62 a 65 e admitem a forma dolosa e culposa. Vejamos:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

[...]

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965**. Proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o período monárquico. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 22.11.1995. p. 11859 (Publicação Original).

⁵⁹ CASTRO NETO, Nicolao Dino de. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural: alguns aspectos. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, DF, n. 9, p. 11-168, out./dez. 2003. p. 162.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, de 13.02.1998 e retificado em 17.02.1998.

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12. 408, de 2011).

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12. 408, de 2011).

Conclui-se, portanto, um amplo arcabouço jurídico para o respaldo e proteção ao Meio Ambiente Cultural da nossa nação.

5 TOMBAMENTO

5.1 ORIGEM DO TOMBAMENTO

O tombamento teve sua origem no Direito português, sendo denominado “Torre do Tombo”⁶¹ levando este nome por ter sido instalado em uma das torres do castelo de Lisboa, provavelmente no reinado de D. Fernando.

A primeira certidão conhecida data de 1378⁶², sua função era de funcionar como arquivo do rei, dos seus vassallos, da administração do reino e das possessões ultramarinas, guardando também os documentos resultantes das relações com os outros reinos até o ano de 1755. Com isso percebe-se a importância e relevância que um documento apresenta para o conhecimento histórico cultural.

Interessante e importante documento a carta⁶³ de Pero Vaz de Caminha, dirigida para o rei D. Manuel I (1469-1521) comunicando-lhe o descobrimento das novas terras e dos índios.

⁶¹ No dia 1 de novembro de 1755, a torre ruiu durante terremoto. A documentação foi recolhida dos escombros, e guardada, temporariamente, numa barraca de madeira, construída na Praça de Armas, após autorização do Marquês de Pombal, datada de 6 de Novembro. Em 26 e 27 de Agosto de 1757, foi transferida para uma parte do edifício do Mosteiro de São Bento da Saúde, da lado da Calçada da Estrela, ocupando as instalações designadas por Casa dos Bispos e compartimentos contíguos, que foram arrendados ao mosteiro. Houve então que proceder à sua instalação, e à sua organização: os maços da Casa da Coroa, foram organizados em colecção do Corpo Cronológico, e em colecção dos Fragmentos. Os oficiais do arquivo fizeram várias cópias de documentos, nomeadamente, a Reforma das Gavetas, a Reforma dos Forais Antigos, e a colecção de Cópias, tendo continuado o trabalho de descrição de documentos de que resultaram os índices do Corpo Cronológico (1764), os sumários e índices dos documentos das Gavetas (1765), os índices dos livros das Ementas (1765), os índice dos maços das Moradias e dos Ofícios da Casa Real (1767, 1770), o inventário dos documentos da Casa da Coroa (1776). Alguns destes instrumentos de descrição, podem ser ainda hoje consultados no Serviço de Referência (Arquivo Nacional Torre do Tombo, 2014) Disponível em: <<http://antt.dglab.gov.pt/inicio/identificacao-institucional/6-2/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶² PORTUGAL, DGLAB: Direcção-Geral do Livro, Arquivo e Bibliotecas, central da administração directa do Estado – integrado na Secretaria de Estado da Cultura – e é um dos arquivos de âmbito nacional da rede portuguesa de arquivos. – O Arquivo Nacional da Torre do Tombo custodia um universo diversificado de património arquivístico, incluindo documentos originais desde o séc. IX até aos dias de hoje, nos mais variados tipos de suporte, cumprindo a sua principal missão de salvaguarda, valorização e divulgação desse património. Disponível em: <<http://antt.dglab.gov.pt/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶³ Carta a El Rei D. Manuel, Dominus: São Paulo, 1963. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Trecho da carta supramencionada:

E estando Afonso Lopez, nosso piloto, em um daqueles navios pequenos, foi, por mandado do Capitão, por ser homem vivo e destro para isso, meter-se logo no esquife a sondar o porto dentro. E tomou dois daqueles homens da terra que estavam numa almadia: mancebos e de bons corpos. Um deles trazia um arco, e seis ou sete setas. E na praia andavam muitos com seus arcos e setas; mas não os aproveitou. Logo, já de noite, levou-os à Capitania, onde foram recebidos com muito prazer e festa. A feição deles é serem pardos, um tanto avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem feitos. Andam nus, sem cobertura alguma. Nem fazem mais caso de encobrir ou deixa de encobrir suas vergonhas do que de mostrar a cara. Acerca disso são de grande inocência. Ambos traziam o beijo de baixo furado e metido nele um osso verdadeiro, de comprimento de uma mão travessa, e da grossura de um fuso de algodão, agudo na ponta como um furador. Metem-nos pela parte de dentro do beijo; e a parte que lhes fica entre o beijo e os dentes é feita a modo de roque de xadrez. E trazem-no ali encaixado de sorte que não os magoa, nem lhes pre estorvo no falar, nem no comer e beber.

Sendo assim, a palavra “tombo”⁶⁴ que em português significa inventariar, arrolar ou inscrever nos arquivos do tombo, deu origem, no Brasil, à expressão tombamento. Por isso, todo o patrimônio – público ou particular, móvel ou imóvel, cultural ou ambiental – que tiver importância para a sociedade poderá ser inscrito nos Livros Tombos e, com isso, ser formalmente tombado, isto é, tornar-se oficialmente reconhecido, a fim de ser protegido e preservado.

Sabe-se que a propriedade privada não possui mais seu caráter absoluto, ou seja, seu uso, gozo, fruição e disposição não podem opor-se aos interesses gerais e para realizar o bem comum pode o Estado nela intervir⁶⁵, valendo-se de um dos seus institutos que neste caso em especial é o tombamento.

No entendimento de Paulo Affonso⁶⁶ tombamento é:

[...] uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações.

Segundo Souza Filho⁶⁷ o tombamento é um ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico,

⁶⁴ IPHAE – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado – Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria de Estado da Cultura/ SEDAC. Disponível em: <<http://www.iphae.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 796.

⁶⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 946.

⁶⁷ SOUZA FILHO, 2011, p. 83-84.

arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados. O mesmo autor relata que: “o tombamento pertence ao mundo do Direito Público, é instituto do Direito Administrativo porque se relaciona com a possibilidade e o dever do Estado de realizar um fim público”.

Para Marchesan⁶⁸, o tombamento é:

[...] um dos institutos com assento constitucional destinado assegurar a preservação de um bem ou conjunto de bens de valor cultural, podendo esse também merecer destaque em função de sua conformação naturalística para cujo soerguimento praticamente nenhuma intervenção humana fez-se necessário.

Hely Lopes Meirelles⁶⁹ define tombamento como:

[...] a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devas ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio.

Segundo Rubino⁷⁰ sublima que o tombamento “é o momento mágico da classificação”. É quando se fixa algo que antes se encontrava solto, se destaca e se distingue o que era parte de um contínuo, quando se agrega o que era fragmentado. Ao reiterar o bem fluxo da história cotidiana e o colocar no fluxo da “outra História” – disciplinada e narrada –, o tombamento assemelha-se ao trabalho de bricolage⁷¹, na medida em que se vão construindo significado⁷².

Na interpretação de Rodrigo Mello Franco de Andrade⁷³, primeiro diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, o tombamento consiste no “ato declaratório da incorporação de um bem ao patrimônio histórico e artístico nacional”.

⁶⁸ MARCHESAN, 2007, p. 213.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. atual. Por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, 1997a. p. 492.

⁷⁰ RUBINO, Silvana. **As Fachadas da História**: os antecedentes. a criação e os trabalhos do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 1937-1968. 1991. 210 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1991.

⁷¹ No sentido do trabalho artístico e não como desenvolvido por Claude Lévy-Strauss, em sua célebre obra “**O Pensamento Selvagem**” (*La pensée sauvage*) publicado em 1962 pela editora Plon em Paris. 390 p.

⁷² *Ibidem, ibidem*, p. 108.

⁷³ ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. **Rodrigo e o Sphan**. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura; Sphan; Pró- Memória, 1987 (Coletânea de textos sobre o Patrimônio Cultural). p. 51.

Conforme o diretor:

Aquilo que se denomina Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – por ser espólio dos bens materiais móveis e imóveis aqui produzidos por nossos antepassados, com valor de obras de arte erudita e popular, ou vinculados a personagens e fatos memoráveis da história do país – é o documento de identidade da nação brasileira. A subsistência desse patrimônio é que comprova, melhor do que qualquer outra coisa, nosso direito de propriedade sobre o território que habitamos.

O tombamento está previsto expressamente na Constituição Federal⁷⁴, em seu art. 216 §1º como forma de proteção ao patrimônio público, vejamos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
 § 1º 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.

Para Hely Lopes Meirelles⁷⁵, o tombamento realiza-se através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo.

Nesse procedimento deve ser notificado o proprietário do bem a ser tombado, dando-se-lhe oportunidade de defesa, na forma de lei. Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das imposições legais e regulamentares, pois que, acarretando restrições ao exercício do direito de propriedade, há que observar o devido processo legal para a sua formalização, e essa nulidade pode ser pronunciada pelo Judiciário, na ação cabível, em questão serão apreciadas tanto a legalidade dos motivos quanto a regularidade do procedimento administrativo em exame.

Quanto à natureza jurídica do tombamento, a doutrina não é pacífica. Alguns entendem que se trata de Servidão Administrativa⁷⁶, enquanto outros entendem tratar-se de Limitação Administrativa⁷⁷, o que gera dúvidas no tocante a indenização.

⁷⁴ BRASIL, 1988.

⁷⁵ MEIRELLES, 1997a, p. 492-493.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 537. Segundo Hely Lopes Meirelles, servidão administrativa ou pública é o ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário.

⁷⁷ Por limitação administrativa, Hely Lopes Meirelles, conceitua toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou atividades particulares às exigências do bem-estar social (*Idem, ibidem*, p. 544).

Para a literatura jurídica o que tem prevalecido é que o tombamento em si não gera direito à indenização partindo do princípio que se trata apenas de mera restrição ao bem em prol da proteção de um bem maior objeto de memória de relevante valor cultural.

Pode-se até admitir segundo alguns doutrinadores⁷⁸ a indenização quando do esvaziamento total ou parcial da propriedade, ou seja, quando da limitação imposta ao direito de propriedade causar verdadeiramente um prejuízo concreto, enquadrando-se doutrinariamente num ato de desapropriação⁷⁹ propriamente dito. A regra que predomina pela maior parte da doutrina é pela não indenização. Porém, verifica-se algumas vantagens no tocante ao imóvel privado objeto do tombamento, como, isenção de Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e dedução de despesas de conservação no Imposto de Renda (IR).

O imóvel tombado, sempre que precisar de reformas vai necessitar previamente de autorização para sua realização e sofrerá fiscalização por parte do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN⁸⁰.

Porém nota-se alguns problemas⁸¹ em relação a esse instrumento de proteção pois caberá ao proprietário arcar com os custos decorrentes do tombamento, gerando assim efeitos negativos ao mesmo pelas imposições de ordem pública, restritivas à liberdade conservação, demolição, alienação e de outras formas de utilização do bem tombado.

⁷⁸ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁷⁹ MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 17-35, jan. /mar. 1993. p. 24. Na mesma linha de que não se indeniza sempre que há tombamento: MEIRELLES, 1997a, p. 494; DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 132; SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultural**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 162; DALLARI, Adilson Abreu. Servidão administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 86, p. 37-41. abr./jun. 1988. p. 38; GASPARINI, Diógenes. Tombamento. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 17-18; FERREIRA, Sergio de Andréa. O Tombamento e o devido Processo Legal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, p. 144-167, jul. /set. 1997. p. 161; VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento. **Cadernos de Direito**, Curitiba, n. 7, p. 5-30, 1999. p. 21.

⁸⁰ IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura que responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro. Cabe ao IPHAN proteger e promover os bens culturais do País, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁸¹ DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 178.

É o caso do empreendimento comercial denominado Shopping Pátio Higienópolis na cidade de São Paulo, capital, inaugurado em 1999, que adquiriu⁸² do Governo do do Estado o casarão tombado⁸³ que já foi sede da Secretaria da Segurança Pública sendo uma das cláusulas do edital ceder gratuitamente ao Estado para seu uso cultural por 20 anos.

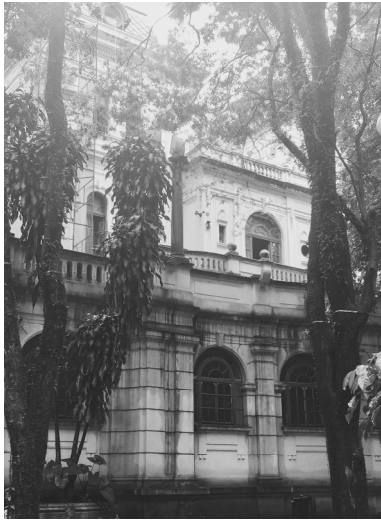


Figura 1: Fundo da casa com o shopping
Fonte: arquivo pessoal (2016).

Priscila Kutne Armelin⁸⁴ menciona ainda como espécies de proteção de bem cultural os instrumentos legais de planejamento urbano, a nível municipal, que são parecidos com os efeitos do tombamento:

Trata-se, basicamente, de legislação de caráter urbanístico, somente aplicável como imóveis urbanos; todavia “pode produzir os mesmos efeitos práticos do tombamento, já que a legislação urbana pode impor ao proprietário do bem imóvel as restrições que julgar cabíveis do ponto de vista do meio ambiente urbano [...]”. Ocorre que “não se pode afirmar que esse tipo de preservação seja tombamento. Embora os efeitos possam ser praticamente os mesmos, limitando o direito de propriedade, impondo condições de uso e conservação do imóvel”, tem-se que o procedimento

⁸² BALAZINA, Afra. Shopping compra casarão em Higienópolis. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, Cotidiano, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1309200513.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

⁸³ Residência de Carlos Leôncio Magalhães: O palacete do do “Rei do Café”, apelidado de Nhonhô Magalhães foi construído na década de 1930. Foi erguido na Avenida Higienópolis pela empresa Siciliano & Silva, com estilo eclético e requinte em toda construção. Apresentando cinco pavimentos, no estilo manuelino português, e abrigando também uma capela, inspirada no Mosteiro dos Jerônimos, de Lisboa; além de um anfiteatro para acolher até 50 pessoas. O proprietário faleceu antes da conclusão do palacete, desfrutado por sua esposa, dona Ernestina e os filhos (Disponível em: <[http://www.wikiwand.com/pt/Arquitetura_do_bairro_de_Higien%C3%B3polis_\(S%C3%A3o_Paulo\)](http://www.wikiwand.com/pt/Arquitetura_do_bairro_de_Higien%C3%B3polis_(S%C3%A3o_Paulo))>. Acesso em: 15 dez. 2016.

⁸⁴ ARMELIN, Priscila Kutne. **Patrimônio Cultural & Sistema Penal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 122.

para a imposição da limitação é diverso, assim como podem ser diversos a competência, a forma, o motivo e a finalidade.

Verifica-se, entretanto, que há diversas formas jurídicas que, restringindo o direito de propriedade, acabam por proteger direta ou indiretamente, o bem cultural, sendo o tombamento apenas uma delas.

5.2 TIPOS DE TOMBAMENTO

Os tipos de tombamentos são elencados pelo Decreto-lei nº. 25/37⁸⁵, sendo classificados em categorias.

Quanto à sua constituição o tombamento pode ser de ofício, voluntário ou compulsório.

O tombamento de ofício realizar-se-á somente quando se tratar de bem público, ou seja, quando a própria administração pública for a proprietária desse bem. Verifica-se o dispositivo legal no art. 5º do Decreto-lei nº. 25/37.⁸⁶

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

O tombamento voluntário ocorre quando o proprietário do bem a ser tombado, se dirige ao órgão competente provocando assim o tombamento de sua livre e espontânea vontade ou ainda quando notificado do tombamento pela autoridade, concorda sem se opor ao ato. Vejamos o art. 7º do Decreto-lei nº. 25/37⁸⁷

Art. 7º Proceder-se-à ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

⁸⁵ BRASIL. **Decreto nº. 25 de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 06.12.1937, p. 24056 (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁸⁷ *Idem, ibidem.*

Será compulsório quando o órgão competente dá início ao processo de tombamento, notificando o proprietário que, inconformado, procura, administrativamente ou judicialmente, opor-se ao tombamento. Verifica-se no art. 8º do Decreto-lei nº. 25/37⁸⁸

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Conclui-se, portanto, que o Decreto-lei nº. 25/37 mais conhecido como Lei do Tombamento evidencia de modo claro os tipos de tombamento sendo o compulsório a regra geral dos tombamentos de bens privados.

5.3 QUANTO À EFICÁCIA

O tombamento provisório⁸⁹ só é possível nos casos em que for instituído por via jurisdicional ou executiva. Pela primeira, será provisório quando o ato advier de uma liminar. Na via executiva, quando ocorrer a situação descrita no art. 10 do Dec. - lei 25/37⁹⁰, isto é, o processo tiver início pela notificação.

⁸⁸ BRASIL, 1937, p. 24056.

⁸⁹ FIORILLO, 2014, p. 481-482.

⁹⁰ Os livros do Tombo são: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, onde são inscritos os bens culturais em função do valor arqueológico, relacionado à vestígios da ocupação humana pré-histórica ou histórica; de valor etnográfico ou de referência para determinados grupos sociais; e de valor paisagístico, englobando tanto áreas naturais, quanto lugares criados pelo homem aos quais é atribuído valor à sua configuração paisagística, a exemplo de jardins, mas também cidades ou conjuntos arquitetônicos que se destaquem por sua relação com o território onde estão implantados. Livro do Tombo Histórico, onde são inscritos os bens culturais em função do seu valor histórico. É formado pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no Brasil e cuja conservação seja de interesse público por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil. Esse Livro, para melhor condução das ações do IPHAN, reúne, especificamente, os bens culturais em função do seu valor histórico que se dividem em bens imóveis (edificações, fazendas, marcos, chafarizes, pontes, centros históricos, por exemplo) e móveis (imagens, mobiliário, quadros e xilogravuras, entre outras peças). Livro do Tombo das Belas Artes, onde são inscritos os bens culturais em função do seu valor artístico. O termo belas-artes é aplicado às artes de caráter não utilitário, opostas às artes aplicadas e às artes decorativas. Para a História da Arte, as belas artes imitam a beleza natural e são consideradas diferentes daquelas que combinam beleza e utilidade. Livro do Tombo das Artes Aplicadas, onde são inscritos os bens culturais em função do seu valor artístico, associado à sua função utilitária. Essa denominação (em oposição às belas artes) se refere à produção artística que se orienta para a criação de objetos, peças e construções utilitárias: alguns setores da arquitetura, das artes decorativas, design, artes gráficas e mobiliário, por exemplo. Desde o século XVI, as artes aplicadas estão presentes em bens de diferentes estilos arquitetônicos. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Além disso, o parágrafo único desse artigo ressalva que, para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13, o tombamento provisório equiparar-se-á ao definitivo.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁹¹ o tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral. Sustenta que:

É restrição individual quando atinge determinado bem – uma casa, por exemplo –, reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos.

Para Andrade⁹² define o tombamento como o conjunto de:

[...] ações ou providências tutelares – em caráter provisório ou definitivo – que culminam por espelhar o reconhecimento oficial de valor cultural em bens tangíveis – móveis ou imóveis- naturais ou materializados por intervenção humana que, individual ou conjuntamente considerados, de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas, privadas, públicas ou eclesiásticas, terminam por comportar inscrição em um dos quatro Livros do Tombo instituídos pelo Decreto-Lei nº 25 de 30.11.37.

Portanto, pode-se concluir que o tombamento é um processo administrativo legal que tem por consequência a proteção do patrimônio cultural brasileiro.

5.4 EFEITOS

O processo de tombamento gera efeitos e estes estão pautados no Decreto-lei nº. 25/37⁹³, em seus artigos 11 a 21.

Segundo Samir Jorge Murad⁹⁴ os efeitos do tombamento são:

I- Obrigação de transcrição no registro público de imóveis com averbação ao lado da transcrição do domínio.

⁹¹ MEIRELLES, 1997a, p. 493.

⁹² ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. O patrimônio cultural e os deveres de proteção e preservação. In: FREITAS, José Carlos de (Org.). **Temas de Direito Urbanístico**. 3. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001. p. 387- 407. p. 398-399.

⁹³ BRASIL, 1937, p. 24056.

⁹⁴ MURAD, Samir Jorge. Advocacia Ambiental Urbana em Centros Históricos. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (Org.). **Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 61-69. p. 66.

II- O bem público tombado somente poderá ser alienado entre os entes federados. Em caso de alienação onerosa entre particulares deverá estar assegurado o direito de preempção sob pena de nulidade do ato.

III- Necessidade de autorização do órgão oficial para realização de qualquer modificação no bem tombado, mesmo em casos de simples manutenção ou reparos sob pena de multa.

IV- Sujeição à fiscalização e vistoria do órgão oficial, sob pena de multa.

V- imóveis vizinhos ao bem tombado também sofrem restrições, necessitando também autorização do órgão oficial em caso de obras, reforma ou reparos, sob pena de multa. Nesse caso também não cabe qualquer tipo de indenização.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁹⁵, o conceito de redução de visibilidade, para fins da lei de tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da vista da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra ou do sítio protegido.

Sendo assim, tudo que modifique ou altere o objeto de tombamento, ou seja, o bem tombado, deve ser previamente autorizado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN por sofrer perda de caracterização do bem e de seu valor histórico.

5.5 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

A Constituição Federal, de forma bem clara auferiu um tratamento amplo e especial ao Meio Ambiente Cultural, capacitando a União e os entes federados no compartilhamento da competência para legislar sobre a matéria.

No tocante às legislações estaduais e municipais, a competência constitucional para legislar nesta matéria é concorrente, conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil⁹⁶, em seu art. 24:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VII- proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VII- responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico,

§ 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

⁹⁵ MEIRELLES, 1997a, p. 494.

⁹⁶ BRASIL, 1988.

§ 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Para Reiszewitz⁹⁷, após pontuar que “a pedra de toque para a repartição das competências na Constituição Federal de 1988 é a predominância do interesse”, no tocante ao meio ambiente cultural a competência material é comum, o que respeita a indivisibilidade do bem e o interesse difuso que sobre ele recai, e permite a cada um dos entes da Federação cuidar do patrimônio cultural que se ache em sua circunscrição territorial e, caso se omita, enseja aos demais que atuem no sentido de garantir a tutela do bem, sem que isso implique invasão de esfera de competência alheia.

Souza Filho⁹⁸, após elucidar que o Poder Legislativo define o que é patrimônio nacional; o estadual, o que é patrimônio estadual, e as leis municipais definem o patrimônio local, considera que o Poder Público, independentemente da origem da definição, está obrigado a proteger esses bens como verifica-se na Constituição Federal do Brasil de 1988, vejamos:

Art. 23⁹⁹. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

Art. 30. Compete aos Municípios:

I- legislar sobre assuntos de interesse local;

IX- promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Souza Filho observa¹⁰⁰:

Mais do que poder legislar sobre o patrimônio cultural, o município brasileiro têm obrigações em relação a ele, tenha sido criado por norma internacional, nacional, estadual ou pelo próprio ente local. Para cumprir esta obrigação, compete à Administração municipal organizar serviços próprios, não apenas para que no Plano Diretor sejam respeitados estes bens, mas para que coisas muito mais concretas e imediatas possam ser aferidas, como, ex., não sejam expedidos alvarás ou licenças que ponham em risco o bem pela poluição, perda de visibilidade ou qualquer outra contingência nociva ao uso. Na organização deste serviço está a primeira competência municipal, oriunda diretamente de sua autonomia: a criação de órgão, serviço ou

⁹⁷ REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural: Direito à Preservação da Memória, Ação e Identidade do Povo Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1993. p. 118-119.

⁹⁸ SOUZA FILHO, 2011, p. 110.

⁹⁹ BRASIL, 1988.

¹⁰⁰ SOUZA FILHO, *op cit.*, p. 121.

função que, a partir de critérios dados por normas municipais fiscalizem e protejam os bens culturais (federais, estaduais e municipais) existentes no território do Município. É de se ressaltar que esta é uma competência exclusiva municipal.

À comunidade também é atribuído segundo o § 1 do artigo 216 da Constituição Federal o dever de proteção, manutenção e promoção ao Patrimônio Cultural do país colaborando com o Poder Público. Nota-se no artigo mencionado uma ampla perspectiva de ação, nele residindo a natureza de direitos difusos concernentes ao Meio Ambiente Cultural.

Ainda no tocante à proteção do Meio Ambiente Cultural, o constituinte valeu-se de outros mecanismos para alcançar este determinado fim quando da omissão do Poder Público, assim, é conferido ao Poder Judiciário a competência para agir.

Para Priscila Kutne Armelin¹⁰¹, a Carta Magna e a legislação ordinária trazem instrumentos de proteção de natureza jurisdicional eficazes para o controle dos atos da Administração, entre os quais se destacam a ação popular (prevista na Lei nº. 4.717/65 e na Constituição Federal, art. 5º, LXXIII) e a Ação Civil Pública, prevista na Lei nº. 7.347/85 e na Constituição Federal, art. 129, III¹⁰², sendo nesta última, embora não haja previsão expressa ao patrimônio cultural, este está inserido na categoria de interesses difusos.

A Ação Popular foi a primeira ação no direito pátrio que cuidou da tutela dos direitos difusos, estando no rol das garantias fundamentais desde a Constituição de 1934. Na Constituição Federal¹⁰³, em seu artigo 5º, inciso LXXXIII, dispõe:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Raquel Fernandes Perrini¹⁰⁴ conceitua ação popular como “um instituto processual constitucional, posto à disposição do cidadão, para a tutela do patrimônio público, amplamente considerado (econômico, moral, ambiental, histórico e cultural), sempre que se afigure lesividade ou ameaça de lesão aos bens tutelados”.

¹⁰¹ ARMELIN, 2009, p. 125

¹⁰² BRASIL, 1988. Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

¹⁰³ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁴ PERRINI, 1995, p. 188.

Segundo Pinto Ferreira¹⁰⁵ “ação popular é o remédio jurídico-processual posto à disposição do cidadão para a tutela dos direitos difusos da coletividade, visando a anular os atos lesivos ao patrimônio público ou de entidades de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Para Carlos Frederico Marés¹⁰⁶, a Ação Popular “não pode ser utilizada para obrigar a Administração a realizar obras de preservação, restauro ou tombamento de bens” e acrescenta que “a ação não cria bens do patrimônio cultural, mas pode ser utilizada para protegê-los, uma vez criados pela administração”.

Hely Lopes Meirelles¹⁰⁷ discorre dos fins da ação popular:

Como meio preventivo de lesão ao patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato. [...] Outro aspecto que merece assinalado é que a ação popular pode ter finalidade corretiva da atividade administrativa, ou supletiva da inatividade do Poder Público, nos casos em que deveria agir por expressa imposição legal. Arma-se, assim, o cidadão para corrigir a atividade comitiva da administração, como para obrigá-la a atuar, quando sua omissão também redunde em lesão ao patrimônio público.

Com o advento da Lei nº. 7.347/85¹⁰⁸, a sociedade passa a ter um direito através de alguns legitimados definidos por lei, para buscar em juízo uma prestação jurisdicional para a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Esta ação pode ter por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer ou uma condenação em dinheiro.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹⁰⁹ quando o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público através da ação civil

¹⁰⁵ RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**: Omissão do Estado e Tutela Judicial. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 70.

¹⁰⁶ MARÉS, Carlos Frederico de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 74

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injução, “Habeas Data”. 18. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b. p. 113-114.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artísticos, estéticos, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2007.

¹⁰⁹ MEIRELLES, *op cit.*, p. 496.

pública ou de cidadão através da ação popular, o Judiciário pode determinar ao Executivo faça a proteção.

Segundo Castro Neto¹¹⁰ a finalidade da tutela penal, além de declarar o valor inestimável do bem protegido, é prevenir e reprimir atos lesivos ao patrimônio cultural, que podem manifestar-se através da destruição, dano, infração das licenças concedidas ou dos textos legais que regulamentam as atividades desenvolvidas com bens culturais, inexecução de medidas de segurança ou obstáculo à ação fiscalizatória estatal.

Com isso, conclui-se que houve uma evolução para a proteção do patrimônio cultural brasileiro através de sanções penais, civis e administrativas.

¹¹⁰ CASTRO NETO, 2003, p. 162.

6 PROTEÇÃO INTERNACIONAL

6.1 A ONU/ UNESCO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO

Dos escombros da segunda guerra mundial¹¹¹, a Organização das Nações Unidas nasceu da necessidade imperativa dos povos se unirem para promover a sua paz, o crescimento social e cultural. Promover também a justiça, a liberdade, a paz e a igualdade entre diferentes raças, religiões e culturas. Por outro lado, pretende-se promover a educação dos povos como ferramenta para os princípios anteriormente referidos fossem alcançados.

Ao falar em patrimônio cultural mundial, mister se faz ressaltar um dos mais importantes acontecimentos que deu proteção aos bens culturais, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas (UNESCO), em 1972, ratificada por 187 países no início de 2011, tendo como fulcro a preocupação com a preservação do patrimônio natural e cultural de interesse de todas as nações.

Segundo Fiorillo¹¹², embora a atividade desenvolvida em torno dos bens que compõem a Lista do Patrimônio Cultural e Natural Mundial objetive sua conservação, preservação e restauração, o procedimento de inscrição desses bens como patrimônio mundial não constitui o instituto do tombamento.

Essa Convenção definiu que cada Estado deveria promover a manutenção e preservação, assegurando sua identificação, utilizando recursos próprios para preservar o patrimônio natural e cultural. Emerge, portanto, da convenção que constitui a Organização das Nações Unidas, uma necessidade comum a todos os países de preservar o legado cultural deixado pelos antepassados.

O Brasil aderiu à Convenção em 1977, apoiado pela UNESCO na preservação do patrimônio cultural e natural.

Segundo Marés de Souza Filho¹¹³, a preservação desses bens torna-se um compromisso internacional. Entretanto, esses bens possuem interesse em nível

¹¹¹ ONU – Organização das Nações Unidas. Nações Unidas no Brasil. ONUBR. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹¹² FIORILLO, 2014, p. 486.

¹¹³ MARÉS, 2011, p. 137.

cultural universal, sendo de importância extremamente relevante à humanidade, chamando atenção pelas suas dimensões e grandiosidade.

Dispõe o Centro do Patrimônio Mundial da UNESCO¹¹⁴ que a Convenção do Patrimônio Mundial reconheceu quatro importantes categorias de bens, sejam eles: os bens culturais, cuja definição enquadra-se no art. 1 da referida Convenção; os bens naturais, definição essa que se enquadra no art. 2 da Convenção; os bens mistos, que sua definição enquadram-se nos artigos 1 e 2 e; as paisagens culturais que representam a combinação de obras da natureza e do homem. Desta forma, infere-se da importância da existência desta entidade supranacional e de dimensão transnacional, como a entidade que coordena a preservação do patrimônio da humanidade de forma independente, fornecendo as ferramentas necessárias à preservação desse mesmo patrimônio.

O Estado Nacional¹¹⁵ é possuidor do dever de identificar os bens que integram o patrimônio da humanidade, de seu país e após esse procedimento criar um inventário próprio desses bens, denominado lista provisória de possíveis bens do Patrimônio Mundial, conhecida como Lista Indicativa que fornece previsão de determinados bens à candidatura de inscrição na Lista do Patrimônio Mundial, sendo que as informações sobre cada candidatura são avaliadas por organismos técnicos consultivos, segundo a natureza do bem em questão, e a aprovação final é feita anualmente pelo Comitê do Patrimônio Mundial, integrado por representantes de 21 países.

Segundo Simone Scifonio¹¹⁶:

[...] o processo de valoração dos bens tem, antes de qualquer coisa, um caráter político. A diferenciação entre o que tem valor e o que não tem, implica em uma escolha, em uma seleção que se dá segundo padrões de aceitação social e que são relativos às condições presentes nos diversos momentos históricos.

¹¹⁴ UNESCO Brasil. **Gestão do Patrimônio Mundial Natural** (Manual de Referência do Patrimônio Mundial). Título original: *Managing natural world heritage*. Brasília, DF: UNESCO Brasil, IPHAN, 2016. 107 p., il. p. 13.

¹¹⁵ IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/29>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹¹⁶ SCIFONIO, Simone. A Unesco e os Patrimônios da Humanidade: valoração no contexto das relações internacionais. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE – ANPPAS, 2., 2014. **Anais...** Indaiatuba: ANPPAS, 2004. Disponível em: <http://anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT13/simone_scifoni.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016.

Classificada pela Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) a lista do Patrimônio Mundial no Brasil¹¹⁷ é composta de Sítios de Patrimônio Cultural e Sítios de Patrimônio Natural, e são eles:

Sítios de Patrimônio Cultural:

- 1980: **A Cidade Histórica de Ouro Preto**, no Estado de Minas Gerais;
- 1982: **O Centro Histórico de Olinda**, no Estado de Pernambuco;
- 1983: **Missões Jesuítas Guaranis, Ruínas de São Miguel das Missões**, no Rio Grande do Sul- Brasil e Argentina;
- 1985: **Centro Histórico de Salvador**, na Bahia;
- 1985: **O Santuário do Senhor Bom Jesus de Matosinhos**, em Congonhas do Campo, Minas Gerais;
- 1987: **O Plano Piloto de Brasília**, Distrito Federal;
- 1991: **O Parque Nacional Serra da Capivara**, em São Raimundo Nonato, Piauí;
- 1997: **Centro Histórico de São Luis do Maranhão**;
- 1999: **Centro Histórico da Cidade de Diamantina**, Minas Gerais;
- 2001: **Centro Histórico da Cidade de Góias**;
- 2010: **Praça de São Francisco**, na cidade de São Cristovão, Sergipe;
- 2012: **Rio de Janeiro**, paisagens cariocas entre a montanha e o mar;
- 2016: **Conjunto Moderno de Pampulha**, Belo Horizonte.

Os Sítios do Patrimônio Natural e respectivos anos de inscrição seguem-se apresentados na sequência:

- 1986: **Parque Nacional de Iguaçu**, em Foz do Iguaçu, Paraná e Argentina;
- 1999: **Mata Atlântica – Reservas do Sudeste**, São Paulo e Paraná;
- 1999: **Costa do Descobrimento – Reservas da Mata Atlântica**, Bahia e Espírito Santo;
- 2000: **Complexo de Áreas Protegidas da Amazônia Central**;

¹¹⁷ UNESCO – Representação da UNESCO no Brasil, Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/list-of-world-heritage-in-brazil/>> Acesso em: 13 dez. 2016.

- **2000: Complexo de Áreas Protegidas do Pantanal, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;**
- **2001: Áreas protegidas do Cerrado: Chapada dos Veadeiros e Parque Nacional das Emas, Goiás.**
- **2001: Ilhas Atlânticas Brasileiras: Reservas de Fernando de Noronha e Atol das Rocas.**

Conclui-se, portanto, que a UNESCO tem como uma de suas prerrogativas ajudar na preservação e proteção do bem do patrimônio universal e promover a conservação ambiental.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos tempos a propriedade privada vem sofrendo modificações desde a sua concepção com os princípios fundantes do individualismo e da autonomia privada implementada do Código Napoleônico, onde ao proprietário era concedido o direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta, também ocorrendo com o Código Civil Alemão, passando a ideia de uma liberdade ilimitada, ou seja, ao proprietário tudo era permitido.

Com o advento da Revolução Industrial, o setor privado passou a grande extensão e coibindo o poder estatal nas relações privadas sob o argumento que o Estado freia a economia, em consequência a aquisição da propriedade ficou mais livre.

Com a mudança de sistema político para o comunismo pregando a igualdade, houve modificações no tocante à propriedade absoluta, ou seja, o proprietário começou a sofrer limitações impostas pelas mudanças da realidade histórica, que devido às relações sociais, exigiam uma dinâmica diversa de outrora, com a absolvição da propriedade privada.

Sendo assim, esta positivação da propriedade passou a adotar em sua característica a função social e econômica da propriedade privada que é utilizada em vários países principalmente no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988 no título II “Dos Direitos e Garantias Constitucionais” inserida no artigo 5º, incisos XXII e XXXIII, e também no artigo 170, inciso III do mesmo diploma de duas funções da propriedade “a função social” e a “função econômica”.

Para alguns doutrinadores a função social da propriedade é entendida como uma harmonização da natureza do bem e de sua utilização, segundo os fins legítimos da sociedade.

O constituinte ao estabelecer que o patrimônio cultural é um bem difuso entendeu que esse bem pertence a todos.

A intervenção Estatal tem como base a supremacia do interesse público, sendo assim “o tombamento”, um dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural faz jus a função social da propriedade privada quando atingindo seu fim, “a proteção do bem”.

O tombamento segue uma série de etapas legais sempre visando uma finalidade: a proteção do bem objeto do patrimônio histórico.

Este trabalho vislumbra a compreensão da evolução do ordenamento jurídico brasileiro no tocante à proteção do patrimônio histórico como meio de interação com o homem rompendo com o individualismo e objetivando uma interação maior com a coletividade. O patrimônio cultural de um povo configura sua maior riqueza, caracteriza sua identidade perante o mundo, um registro, a origem, o porto onde a partida é uma referência à memória e ao estudo dos que vivem e das futuras gerações. Graças à preocupação do legislador constituinte houve um avanço, intensificando e ampliando o poder de preservação dos bens culturais assegurando o resguardo da memória da nação brasileira.

A troca de culturas entre os Estados, sendo o Brasil signatário da Convenção da UNESCO é de extrema importância, pois com a globalização levamos a conhecimento o nosso patrimônio histórico aos povos de várias nações. Com isso, o encontro de culturas agrega conhecimento, instiga a curiosidade promovendo um intercâmbio de memórias.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2007.

ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. O patrimônio cultural e os deveres de proteção e preservação. In: FREITAS, José Carlos de (Org.). **Temas de direito urbanístico**. 3. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001. p. 387- 407.

ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. **Rodrigo e o Sphan**. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura; Sphan; Pró- Memória, 1987 (Coletânea de textos sobre o Patrimônio Cultural).

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARMELIN, Priscila Kutne. **Patrimônio Cultural & Sistema Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BALAZINA, Afra. Shopping compra casarão em Higienópolis. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, Cotidiano, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1309200513.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Ciência e Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Decreto nº. 25 de 30 de novembro de 1937**. Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 06.12.1937 (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. **Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961**. Dispõe sobre os Monumentos Arqueológicos e Pré-Históricos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1 – 27.07.1961 (Publicação Original) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965.** Proíbe a Saída, para o Exterior, de Obras de Arte e Ofícios Produzidos no País, até o Período Monárquico. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 22.11.1995 (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4845-19-novembro-1965-377811-norma-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

_____. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e Mecanismos de Formulação e Aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1981.

_____. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.** Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos causados ao Meio Ambiente, ao consumidor, a bens e Direitos de Valores Artísticos, Estéticos, Histórico, Turístico e Paisagístico (vetado) e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988.

_____. **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

_____. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as Sanções Penais e Administrativas derivadas de Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, de 13.02.1998 e retificado em 17.02.1998.

_____. **Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000.** Institue o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem Patrimônio cultural Brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras Providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, 07.08.2000. (Publicação Original) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm> Acesso em: 12 nov. 2016.

CARTA A EL REI D. MANUEL. Dominus: São Paulo, 1963. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CASTRO NETO, Nicolao Dino de. Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural: alguns aspectos. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, DF, n. 9, p. 11-168, out./dez. 2003.

CHUVA, Márcia. **Patrimônio Cultural: Políticas e Perspectivas de Preservação no Brasil.** Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2012.

CONVENÇÃO PARA A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DA HUMANIDADE. Aprovada em Paris, em 17 out. 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

COSTA, Beatriz Souza. **A Proteção do Patrimônio Cultural como um Direito Fundamental**: Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. Servidão administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 86. p. 37-41. abr./jun. 1988.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FACHIN Luiz Edson. Da propriedade como Conceito Jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 621, p. 16.-39, jul. 1987.

FERREIRA, Sergio de Andréa. O Tombamento e o devido Processo Legal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, p. 144-167, jul. /set. 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRADERA, Vera; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Société de Législation Comparée, Travaux de L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. La Propriété, Tome LIII. **Journées Vietnamiennes**, 2003.

FRANCE, Code Civil, Titre II: **De La Propriété**, article 544. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

GASPARINI, Diógenes. Tombamento. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 17-18.

_____. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GESTÃO do Patrimônio Mundial Natural. Brasília, DF: UNESCO Brasil, IPHAN, 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GRANATO, Marcus; RANGEL, Marcio F. (Org.). **Cultura Material e Patrimônio da Ciência e Tecnologia**. Rio de Janeiro: Museo de Astronomia e Ciência Afins – MAST, 2009. Disponível em: <http://www.mast.br/livros/cultura_material_e_patrimonio_da_ciencia_e_tecnologia.pdf> Acesso em: 15 dez. 2016.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. Tradução de Laís Teles Benoer. São Paulo: Centauro, 2004.

IPHAE – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria de Estado da Cultura – SEDAC. Disponível em: <<http://www.iphae.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Patrimônio Mundial, Cultural e Natural**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/29>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

KROEBER, Alfred; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions**. New York: Vintage Books, 1963.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MALAURIE, Philippe; AYNES, Laurent. **Droit Civil: les biens**. 3. éd. Paris: Defrénois, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 17-35, jan. /mar. 1993.

_____. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. atual. Por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, 1997a. p. 492.

_____. **Mandado de Segurança**: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injução, "Habeas Data". 18. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b. p. 113-114.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MURAD, Samir Jorge. Advocacia Ambiental Urbana em Centros Históricos. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (Org.). **Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 61-69.

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado Democrático**. São Paulo: FTD, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Nações Unidas no Brasil**. ONUBR. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5, p. 100.

PEREIRA, L. R. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Emendada, sem data.

PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 11, p. 183-207, abr./ jun. 1995.

PETERS, Edson Luiz. **Meio Ambiente & Propriedade Rural**. 8. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?se>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

PORTUGAL. Arquivo Nacional Torre do Tombo, 2014 Disponível em. <<http://antt.dglab.gov.pt/inicio/identificacao-institucional/6-2/>> Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. **DGLAB**: Direcção-Geral do Livro, Arquivo e Bibliotecas, central da administração directa do Estado. Disponível em <<http://antt.dglab.gov.pt/>> Acesso em: 12 nov. 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. As Casas do Patrimônio como instrumentos de Promoção da Salvaguardado Patrimônio Cultural: Singelas Tessituras. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 1388, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4190>> Acesso em: 15 dez. 2016.

REALE, Miguel. **Direito Natural**: Direito Positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1993.

RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, **Du droit de Dieu au droit de l'homme**. Editeur: Presses Universitaires de France - P.U.F., 1985.

RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**: omissão do estado e tutela judicial. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

RIZZARDO, A. **Direito das Coisas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2007.

RUBINO, Silvana. **As Fachadas da História**: os antecedentes. a criação e os trabalhos do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 1937-1968. 1991. 210 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1991.

RUIZ, José Maria Lassalle. **John Locke y los Fundamentos Modernos de la Propiedad**. Madrid: Editorial Universidad Carlos III/ Dykinson, 2000.

SCIFONIO, Simone. A Unesco e os Patrimônios da Humanidade: valoração no contexto das relações internacionais. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE – ANPPAS, 2., 2014. **Anais...** Indaiatuba: ANPPAS, 2004. Disponível em: <http://anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT13/simone_scifoni.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultural**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

TRINDADE, Carmélia Carreira. **A Proteção do Meio Ambiente Cultural: o tombamento da propriedade privada na cidade de Belém**. 2005. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade da Amazônia – UNAMA, Belém, 2005.

UNESCO Brasil. **Gestão do Patrimônio Mundial Natural** (Manual de Referência do Patrimônio Mundial). Brasília, DF: UNESCO Brasil, IPHAN, 2016. 107 p., il.

VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento. **Cadernos de Direito**, Curitiba, n. 7, p. 5-30, 1999.