



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 5ª REGIÃO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Vice-Presidente do TRF-5ª Região,

Referência : Proc. nº 0811647-16.2017.4.05.8300 Apelação Cível
Apelante : Município do Recife
Advogado : Procurador Municipal
Apelante : Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
Advogado : Procurador Federal
Apelante : Porto Novo Recife S/A
Advogado : Fabiana Pereira de Belli e outros
Relator : Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima – 4ª Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 16777/2019

O Ministério Público Federal, por seu representante, adiante firmado, nos autos da **Ação Civil Pública** acima individualizada, inconformado, *data venia*, com a r. decisão que concluiu pelo provimento do Recurso de Apelação, julgando improcedente a demanda, vem à presença de Vossa Excelência para manejar o presente **RECURSO ESPECIAL**, o que faz com fundamento no permissivo contido no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, requerendo, após as praxes legais decorrentes do princípio da ampla defesa, seja o mesmo admitido e imediatamente encaminhado ao **Superior Tribunal de Justiça**, no qual espera seja conhecido e provido nos termos das razões em anexo.

Nestes termos,
pede deferimento,

Recife-PE, 09 de agosto de 2019.

Domingos Sávio Tenório de Amorim
Procurador Regional da República

RECURSO ESPECIAL

Recorrente : Ministério Público Federal
Recorridos : Município do Recife, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e Porto Novo Recife S/A

Razões pelo Recorrente

**Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,
Egrégia Turma,**

1 – Consoante se infere dos autos, o Ministério Público Federal ingressou com Ação Civil Pública contra os recorridos com o objetivo de obter mandamento para que o Município de Recife não outorgue licença para construção de empreendimento planejado pela empresa Porto Novo Recife S/A no Porto do Recife, sem que o IPHAN realize previamente o mesmo ato sob a perspectiva histórica, considerando-se que a área é contígua a diversos monumentos tombados pelo Governo Federal e poderá ser especialmente afetada, no que pertine ao seu panorama, nos termos do que estabelece o art. 18 do Decreto Lei nº 25/37.

Após as Contestações dos recorridos, nas quais argumentaram basicamente, na parte de mérito, que a área projetada para o empreendimento está fora da poligonal de proteção dos bens tombados, razão pela qual não houve incidência do citado dispositivo legal.

A Juíza de primeiro grau, em suma, concluiu sua análise considerando que o ato de proteção do patrimônio artístico e histórico nacional, na sua definição de mérito, é da competência discricionária do IPHAN, mas que a situação de vizinhança do empreendimento em relação a um conjunto de bens tombados, exige que ele seja examinado em cada caso concreto para apurar e fundamentadamente explicar a questão da possível afetação panorâmica sobre eles.

A posição do primeiro grau, portanto, foi no sentido de que a linha poligonal estabelecida pelo Poder Público não pode servir como um dado limitador do conceito de vizinhança em relação aos bens tombados, apesar de considerar que o ato tem natureza discricionária.

Inconformados, os recorrentes manejaram Recurso de Apelação perante o TRF-5ª Região que se definiu pelo provimento do recurso, com a seguinte fundamentação: – “os efeitos do tombamento alcançam não só o bem protegido, mas, também, os imóveis que estiverem nos seus arredores, restando manifesta, pois, a intenção do legislador em defender a visão que se tem da coisa tombada, a fim de que possa ser objeto de contemplação para todos”; – “de sorte que não é suficiente que a obra esteja nos arredores da coisa tombada, mas deve, de alguma forma, reduzir ou impedir o seu campo de visão”; – como o legislador nada tratou sobre a área de entorno, “cabe, por consequência, à aquela Autarquia/Instituto o poder discricionário de delimitá-las, no que diz respeito aos imóveis protegidos em âmbito federal, estabelecendo no mapa os exatos limites da vizinhança”; – em razão disso, a intervenção do

IPHAN se apresenta desnecessária em relação aos projetos examinados pela Prefeitura, pois “os empreendimentos em tela não seriam executados dentro da poligonal de proteção traçada pelo IPHAN em relação aos bens tombados na região”, tal como foi admitido “pela própria Superintendência do IPHAN, ao comunicar que o IPHAN não tem competência para aprovar ou desaprovar o projeto da obra do Cais de Santa Rita, dado que o imóvel está fora da área de tombamento do conjunto arquitetônico do bairro do Recife...” (sem grifo no original); – “ainda que se dê ao vocábulo vizinhança um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer imóvel localizado nas proximidades da coisa tombada seja abarcada por aquele conceito e, em consequência, pelos efeitos do tombamento” (sem grifos no original).

Em uma síntese, o art. 18 do Decreto-lei nº 25/37, e assim igualmente o art. 216 e seu § 1º da Constituição Federal, na visão do acórdão, podem ter sua área de proteção delimitada por um ato discricionário do IPHAN, de modo que o que estiver dentro do espaço traçado por uma poligonal merece alguma atenção, enquanto tudo o mais está livre para limitar o direito à contemplação dos bens tombados.

Esse posicionamento, *data venia*, é absolutamente ofensivo à proteção legal e constitucional ao patrimônio histórico e artístico nacional, considerado como um direito fundamental de terceira geração, conseqüentemente mantenedor da memória histórica do nosso povo e do interesse protetivo de toda sociedade em geral, não podendo ser delimitado ao sabor da conveniência e oportunidade ditada por um gestor público ou por uma pessoa em particular, tal como se fosse um interesse individual disponível.

Esses aspectos, pois, justificam a necessidade deste recurso jurisdicional extremo.

2 – Passa esta PRR-5ª Região à demonstração.

2.1 – Da ofensa ao art. 18 do Decreto-lei nº 25/37.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto

Esse clássico dispositivo, desde 1937, protege a visibilidade dos bens tombados, evitando o total impedimento ou a redução desse campo, que geralmente ocorre por enclausuramento, de visibilidade dos bens tombados e das paisagens panorâmicas de rara beleza ou decorrente de algum interesse histórico.

Ocorre que, na época, cunhou-se o entendimento no sentido de que essa definição era ato exclusivo, porque discricionário, do ente do Poder Público encarregado especial de sua proteção, sem qualquer participação da sociedade interessada em manter a memória histórica do seu passado, das suas tradições e da necessidade de se homenagear os antepassados que contribuíram decisivamente para a formação do nosso povo.

O advento da CF 1988, todavia, alterou essa torta visão, semelhante à da boca em razão do uso prolongado do cachimbo, aspecto lembrado inclusive pelo acórdão, *in verbis*:

Ab initio, verificada a necessidade de resguardar o acervo patrimonial da sociedade brasileira, o Estado (aqui empregado na sua terminologia genérica) fez nascer, no ano de 1937, pela Lei nº 378, em âmbito federal, um órgão especificamente destinado a dar cumprimento a esse intento, o SPHAN - SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, com a finalidade de promover, em todo o país, “o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional” (art. 46).

Ainda naquele ano, foi editado o Decreto-Lei nº 25, o qual organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e traçou as regras básicas acerca do tombamento. Sob os auspícios da CRB/1988, alguns dispositivos procuraram salvaguardar a memória cultural do Brasil, conforme se constata a partir da simples leitura dos seguintes artigos: 23,III; 24, VII; 30, IX; e 216, §1º. Assim sendo, protegem-se legalmente determinados monumentos não só pela beleza ornamental que apresentam, mas também em razão de possuírem alguma particularidade notável.

Ocorre que, na hora de definir o caso concreto, optou por perpetuar a visão formal do passado, retirando a participação da sociedade da interpretação da legislação, especialmente com uma visão refratária à mudança constitucional, sem perceber que os novos tempos vieram para valorizar o que existe de material em prol do interesse histórico e artístico nacional, aspecto que impede uma consideração para o ato de tombamento, proteção de uma paisagem panorâmica de rara beleza ou a visão de bens tombados como algo discricionário.

Diante desse aspecto, a verdade é que a interpretação do art. 18 do Decreto-lei nº 25 tem que ser feita de forma compatível com a Constituição Federal, que buscou proteger um interesse de natureza difusa, considerando como direito fundamental de terceira geração, não mais podendo ser rebaixado por uma visão que o considerava como se fosse um mero interesse individual disponível.

Passa-se, então, a demonstrar o equívoco da fundamentação trazida pelo acórdão.

a) Patrimônio histórico e artístico como interesse de natureza difusa, o que o torna merecedor da proteção jurisdicional, como norma autoaplicável.

O constitucionalismo atual, como se sabe, rompeu a barreira dos direitos de liberdade (direitos de primeira geração) e direitos sociais (direitos de segunda geração), reconhecendo não apenas a existência de direitos à paz social (direitos de terceira geração), que implica proteção, dentre outros interesses, ao patrimônio artístico e histórico, bem como à natureza autoexecutável de todos eles. Sobre o assunto, consulte-se julgado do STF e a doutrina, *in verbis*:

EMENTA : AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DE TOMBAMENTO. CENTRO HISTÓRICO DE MANAUS. DECRETO-LEI Nº 25/1937. REGRAMENTO ESPECÍFICO PRÓPRIO QUE DISCIPLINA O INSTITUTO DO TOMBAMENTO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 9.784/1999. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA NORMA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no texto constitucional (art. 216 da CRFB/1988). 2. A ordem constitucional vigente recepcionou o Decreto-Lei nº 25/1937, que, ao organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabeleceu disciplina própria e específica ao instituto do tombamento, como meio de proteção de diversas dimensões do patrimônio cultural brasileiro. 3. In casu, ainda que houvesse irregularidades no processo administrativo questionado, a ausência de prejuízo delas decorrente impossibilita a declaração de qualquer nulidade, em aplicação do postulado pas de nullité sans grief. 4. Agravo Interno a que se nega provimento. (Ag .Reg. na Ação Cível Originária 1.966 – Amazonas, Rel. Ministro LUIZ FUX, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14120682>, acesso em 09.08.2019)

“Miranda (...) assevera que a proteção do patrimônio cultural insere-se, sem dúvida, no conceito de direito fundamental de terceira geração, sendo incontestado que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a

sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras” (RENATO DURO DIAS, Preservação do Patrimônio Cultural como Direito Fundamental: Natureza Jurídica, Limites e Competência, disponível em , http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8062, acesso em 09.11.2018).

Além disso, como expressado por KONRAD HESSE, o constitucionalismo moderno rompeu com aquela visão programática da Constituição, tal como se fosse uma mera obra de objetivos políticos, buscando para ela uma visão especialmente jurídica, a saber:

“2. Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, **a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia (...)**

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material de sua força vital* no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. **Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência”** (A Força Normativa da Constituição, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 15/16 e 17/18, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1991, sem destaques no original).

Essa visão também é compartilhada por Paulo BONAVIDES, *in verbis*:

“Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo. Sem embargo do debate doutrinário que ainda se possa ferir, a corrente de ideias mais idônea no Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas.

Sem esse reconhecimento, **jamais será possível proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa. Não há numa Constituição, como disse o nosso Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente”**. (Curso de Direito Constitucional, p. 236, São Paulo, Malheiros, 2003, sem destaques no original)

Trata-se, portanto, de um direito fundamental, consequentemente autoaplicável, além de passível da proteção jurisdicional.

b) Visão formalista que desconhece os efeitos materiais da interpretação da norma e perpetua uma proteção deficiente a um direito fundamental.

O constitucionalismo atual, do mesmo modo, não compartilha com uma posição que torna um direito fundamental protegido de forma deficiente, tal como se extrai do princípio da proporcionalidade, que tem como um dos objetivos evitar esse tipo de defeito por parte da lei. Sobre o assunto, confira-se:

“Ao lado da ideia de proibição do excesso tem a Corte Constitucional Alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Schilink, porém... Daí conclui 'que a conceituação de um conduta estatal como insuficiente (...), porque *ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (...)*” (GILMAR FERREIRA MENDES, Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade, p. 76, São Paulo, Saraiva, 2012)

3.2 Proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): é o revés da proibição do excesso, quando o estado não legisla acerca de um determinado direito fundamental desprotegendo-o. Pode-se aferir a conceituação na doutrina de Andre Estefan ao dar como exemplo o caso da descriminalização do aborto, onde seria inconstitucional, já que por ser fundamental o direito a vida o estado deve protegê-la. In verbis:

A proibição deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais. Nessa medida, seria patentemente inconstitucional, por afronta à proporcionalidade, lei que pretendesse descriminalizar o aborto [2]

Portanto, em linhas gerais, percebe-se que a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado ou por falta deste. (JEAN DIAS, A proibição do excesso (Übermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) no direito penal, disponível em <https://jeancarlodias.jusbrasil.com.br/artigos/429256367/a-proibicao-do-excesso-ubermassverbot-e-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-no-direito-penal>, acesso em 09.08.2019).

Por esse motivo, não mais é possível se interpretar uma norma ou princípio caracterizados como direito fundamental como algo que fica ao sabor da discricão do gestor público, porque isso acarreta uma desproteção total daquilo que foi pensado pelo Poder Constituinte, de modo que o exame de algo que se entende deva ser protegido.

Em tal circunstância, se determinado bem se enquadra na previsão do art. 216 e seu § 1º da Constituição Federal, a autoridade administrativa competente, ao interpretar o art. 18 do Decreto-lei nº 25/37, não tem o poder de julgar a conveniência e oportunidade de tombá-lo ou protegê-lo de outra forma, devendo fazê-lo de forma obrigatória. Não há dúvida, por força disso, que o ato de tombamento é vinculado. Consulte-se:

“Tombamento, de maneira singela, é o ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro de Tombo. (...)

O tombamento, sob esse aspecto, é ato vinculado. (...)” (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, Curso de Direito Administrativo, p. 296/297, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, sem destaques no original).

“O tombamento se realiza através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo. (HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., p.480, sem destaques no original)

Ora, se um bem de valor histórico tem natureza difusa, mesmo porque interessa a todas as pessoas sem se fixar em ninguém em especial, qualquer ato que lhe negue tal condição, quando justificado a partir dos parâmetros constitucionais, pode ser objeto do direito abstrato de ação (*judicial control*, CF, art. 5º, inciso XXXV).

Em assim sendo, não faz sentido que a definição daquilo que é representativo do patrimônio histórico seja reservada exclusivamente à cúpula de um órgão da Administração Pública, que, por força de injunções de natureza político-partidária, podem até estar sujeitos às influências daqueles para quem o desenvolvimento, sustentável ou não, deve sempre ser eleito como prioridade, de modo a negar como sem importância histórica algo que, à luz da Lei Maior, tenha total enquadramento como tal.

O dispositivo constitucional, a propósito, caracteriza-se como uma norma aberta, dentro da concepção alemã moderna de interpretação da Constituição como um dever de todos, de modo que não pode ser traduzido na estreiteza de que algo de valor histórico se situa no âmbito estrito dos interesses do Governo Federal, mas é tarefa que exige o esforço conjunto de toda sociedade, de modo que cabe ao Poder Judiciário, principalmente pela oitiva

das pessoas que mais conhecem do assunto, definir se algo é ou não do interesse cultural, histórico, paisagístico, etc. Sobre o assunto, consulte-se:

“No campo das decisões judiciais, cabe aos magistrados enxergarem-se como agentes políticos aos quais também é dado decidir qual seja o interesse público, sempre que omissos se demonstrarem os outros poderes.

Não se trata de usurpar funções do Executivo definindo a realização de atividades, programas ou políticas, quando a relação jurídica estabelecida for verticalizada, como ocorre no Direito Administrativo, mas sim de, enquanto Estado-Sociedade, dizer ao Estado-Administração quais bens e interesses estão sendo lesados por sua omissão e definir obrigações de fazer e de não fazer a serem cumpridas, numa relação horizontalizada” (LUIZ FERNANDO CABRAL BARRETO JÚNIOR, O Controle Judicial das Omissões do Poder Público no Dever de Proteção ao patrimônio Cultural, disponível em https://www.google.com.br/search?q=libreoffice&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=4d5VtqeB8WfwgS_w4LADQ#q=patrim%C3%B4nio+hist%C3%B3rico+e+controle+jurisprudencial, acesso em 22/12/2015)

“Hugo Nigro Mazzilli: 'Ora, seria inadmissível impedir, por falta de tombamento, o acesso ao Judiciário para proteção a valores culturais fundamentais da coletividade. Não há nenhuma exigência da lei condicionando a defesa do patrimônio cultural ao prévio tombamento administrativo do bem, que, como se viu, é apenas uma forma administrativa, mas não sequer a única forma de regime especial de proteção que um bem de valor cultural pode ensejar'.

Édis Milaré: 'Como se disse, e não faz mal repetir, o reconhecimento de que determinado bem tem valor cultural não é privativo do Poder Legislativo ou do Executivo, podendo também ser emanado do Poder Judiciário. Essa a linha preconizada pela Lei 7.347/85, que tornou possível a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro por meio de decisão judicial, independentemente do critério administrativo. Aliás, pode ocorrer que a falta de proteção de tais bens decorra exatamente da omissão do poder público, ou seja, do ato de tombamento, de forma que, se esse fato ocorre, é através da ação civil pública que os legitimados buscarão a necessária tutela jurisdicional. A propósito, não custa lembrar que o tombamento não constitui, mas apenas declara a importância cultural de determinado bem, motivo pelo qual mesmo coisas não tombadas podem ser tuteladas em ação civil pública. Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge da mera criação da autoridade, visto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito ‘de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico’ pode ser provado no curso da ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional'.

Rui Arno Richter: 'Assim, se o Poder Executivo e o Poder Legislativo omitirem-se na preservação e acautelamento de determinado bem ou de um conjunto de bens de valor cultural, a iminência de sua destruição, deterioração ou mutilação exige a possibilidade de remédios jurídicos à disposição da sociedade civil e do cidadão para invocar a tutela do Poder Judiciário, buscando decisão judicial como outra forma de acautelamento e preservação do patrimônio cultural. Estes instrumentos imprescindíveis são a ação civil pública e a ação popular, que mais irão contribuir para atingir os fins para as quais foram concebidas se interpretadas pelos profissionais do Direito como o mesmo sentido de garantia de acesso à ordem jurídica justa que inspirou estas criações'.

Álvaro Luiz Valery Mirra: 'não há ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo quando impõe à Administração Pública o cumprimento de obrigações de fazer tendentes à supressão da omissão estatal lesiva ao meio ambiente, pois, na realidade, quem age em iniciativas dessa natureza é a própria sociedade, e o juiz, ao ser provocado, exerce sua atribuição precípua e específica de aplicar o direito aos casos concretos'

(...)

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE BEM DE VALOR CULTURAL PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. TOMBAMENTO. TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO DOS IMÓVEIS PELA AÇÃO DO TEMPO E HUMANA. NÃO CONFIGURADA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CONHECIDAS E DESPROVIDAS.1. O reconhecimento de bem, material ou imaterial, como pertencente ao patrimônio cultural não é ato exclusivo do poder legislativo ou do poder executivo. O Poder Judiciário pode declará-los,

determinando a inscrição no livro do tomo, mormente quando há omissão do Poder Público em tutelá-los.2. Não há de se falar em transgressão ao princípio da separação dos poderes, uma vez que administração pública não está isenta do controle judicial, sobretudo quando descumpre os deveres constitucionais a ela impostos.3. Os imóveis declarados na sentença como portadores de valor histórico e cultural, embora danificados pela ação do tempo e pela ação humana, não perderam sua carga valorativa, sendo passíveis de restauração. 4. Remessa necessária e apelação cível conhecidas e desprovidas. (TJGO; DGJ 437259-27.2008.8.09.0011; Aparecida de Goiânia; Relª Desª Elizabeth Maria da Silva; DJGO 16/12/2011; Pág. 223)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PORTO ALEGRE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL PARTICULAR. VALOR HISTÓRICO E CULTURAL. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL QUE INCLUA O BEM ENTRE O PATRIMÔNIO CULTURAL A SER PROTEGIDO. POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR A PRESERVAÇÃO DO IMÓVEL. PERIGO DE COLAPSO. INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO. O Poder Público, mesmo ausente lei municipal que estabeleça a preservação do imóvel constante da listagem de valor histórico cultural, pode determinar ao proprietário sua conservação. Além do valor artístico, histórico ou cultural que importem na sua preservação, cumpre atentar para a conservação estrutural, sob pena de se causarem danos a integridade e vida de pessoas. Agravo ministerial provido. Liminar confirmada (Ag. In. n. 599327285 – 4ª C. Cív. Do TJRS – Porto Alegre – Rel. Des. Vasco Della Giustina – J. 19.4.2000).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural – artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico – ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece que ‘o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.’ (art. 216, § 1º). (...) (Apel. Cív. n. 97.001063-0 – 3ª Câmara Cív. do TJSC – Criciúma – Rel. Des. Silveira Lenzi – J. 24.8.1999)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção (TJMG – Ag. 000.335.443-8/00 – 7ª Câmara Cív. – Rel. Des. Wander Marotta – J. 5.5.2003).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO. PILARES DE ESTRADA DE FERRO. PERÍCIA. (...) A ausência de prévio tombamento, ou outro ato oficial de preservação, não impede a tutela jurisdicional voltada à proteção do patrimônio cultural. Prova que pode ser determinada de ofício, torna irrelevante o prazo para o seu requerimento. (...) Negado provimento ao recurso, com observação, cessado o efeito suspensivo. (AG. In. n. 292.905-5/5-00 – 8ª Câmara de Dir. Público do TJSP – Sorocaba – Rel. Des. Teresa Ramos Marques – J. 12.2.2003 – unânime).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Tombamento e preservação de imóvel. Valor histórico e arquitetônico. Interesse da comunidade, no sentido de resguardar-se a arquitetura local. Reconhecimento de sua existência que pode ser efetivado pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo. Recurso não-providos (Apel. Cív. n. 19.539-5 – Capivari – 1ª Câmara De Direito Público – Rel. Scarance Fernandes – 19.5.1988 – v. u.).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obrigação de não fazer. Preservação da construção de edifício. Valor histórico e arquitetônico. Lei a respeito não aprovada. Irrelevância. Interesse Público que pode ser defendido como realidade social. Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo. Sentença anulada. Prosseguimento do feito ordenado. Recurso Provido (RJTJESP 114/38)” (Possibilidade de Tombamento pelo Poder Judiciário, disponível em <https://direitosurbanos.wordpress.com/2013/04/22/possibilidade-de-tombamento-pelo-poder-judiciario/>, acesso em 22/12/2015)

Em síntese, a concepção acerca do interesse histórico sobre um bem pode resultar de uma declaração judicial, como anteriormente demonstrado, porque quem deve decidir acerca desse interesse é também a sociedade civil.

Por outro lado, tratando-se de proteção à visibilidade dos bens tombados, não se pode reduzir a vontade do Poder Constituinte – que se irradia pela obra do legislador, passando a exigir acerca da lei uma interpretação conforme a Constituição – ao limite de uma poligonal, olvidando o objetivo material de sua proteção contra alterações nas vizinhanças que afetem o direito à contemplação.

c) Da alegada falácia de se considerar que todo e qualquer imóvel localizado nas proximidades da coisa tombada está sujeito aos efeitos do tombamento.

Faltou a esse argumento uma consideração desse efeito do tombamento à luz do princípio da proporcionalidade.

A propósito, é evidente que diversos efeitos do tombamento, a exemplo de submissão do imóvel a uma determinada fachada, exigência de aprovação de um projeto de reforma pelo IPHAN, etc., em princípio não obrigam quem está fora da poligonal. O mesmo, contudo, não se pode dizer de uma alteração que vai modificar sua largura ou altura, porque isso pode acarretar uma ofensa à visibilidade dos bens tombados, de sorte que sua aprovação necessita de um sinal verde do IPHAN.

Com efeito, a interpretação formalista acatada pelo acórdão, diz, no fim das contas, o seguinte: a Lei e a Constituição protegem a visibilidade dos bens tombados desde que o impedimento ocorra no âmbito da poligonal, mas em nada obriga o bem situado fora dos seus limites, que desse modo pode impedir ou reduzir essa visibilidade.

Isso tem razoabilidade? Evidente que não.

A propósito, as contrarrazões ao Recurso de Apelação deram uma importante contribuição para aclarar a situação, a saber:

Essa área envoltória que circunda o bem tombado é conhecida como entorno. Ao estudar o conteúdo do artigo acima reproduzido, Hely Lopes Meirelles destaca que **o conceito de redução de visibilidade, para fins do Decreto-Lei n. 27/37, 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”.

Em igual sentido, pontua a professora Sônia Rabelo de Castro:

“É interessante ressaltar que a visibilidade do bem tombado exigida pela lei (Decreto-Lei nº 25/37) tomou, hodiernamente, interpretação menos literal. Não se deve considerar que prédio que impeça a visibilidade seja tão somente aquele que, fisicamente, obste, pela sua altura ou volume, a visão do bem; não é somente esta a hipótese legal. Pode acontecer que prédio, pelo tipo de sua construção ou pelo seu revestimento ou pintura, torne-se incompatível com a visão do bem tombado no seu sentido mais amplo, isto é, a harmonia da visão do bem, inserida no conjunto que o rodeia. Entende-se, hoje, que a finalidade do art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37 é a proteção da ambiência do bem tombado, que valorizará sua visão e sua compreensão no espaço urbano”.

Forçoso reconhecer que “o entorno do monumento mantém com ele uma relação essencial”. A retração da área tida como de entorno impacta o valor paisagístico do bem tombado, cuja imagem ora é turbada, diminuída, ora torna-se visível apenas por frestas ou com esforço. Os entraves, que dificultam ou impedem o olhar do bem protegido, subtraem, senão diminuem, o convite à história que este pretende contar.

Todavia, como visto, não só obstáculos que obnubilam, parcial ou completamente, a visão do bem tombado reclamam a necessidade de proteção do entorno, como também construções que, embora sem criar impedimento ao olhar, contrastam com a área protegida.

Exige-se dos prédios vizinhos que “não perturbem a visão de bem tombado, seja pelo seu volume, ritmo da edificação, altura, cor ou outro elemento arquitetônico”. Transformações mal planejadas em paisagens urbanas em cujo contexto aparecerem bens tombados acabam por carcomer a própria identidade do bem protegido. A área de entorno é quem infunde coerência entre o monumento e a ambiência que o envolve, garantindo-lhe a legibilidade.

Por sua vez, cartas e convenções internacionais voltam-se à preservação *in situ* do bem cultural por meio do entorno, com destacada atenção à harmonia e à ambiência.

De partida, convém não deslembrar da Carta de Veneza, de maio de 1964:

“Artº 6º- A conservação de um monumento implica a conservação de um enquadramento à sua escala. Quando subsiste o enquadramento tradicional, este deverá ser conservado, e qualquer construção nova, qualquer distribuição e qualquer arranjo susceptível de alterar as relações de volume e cor, devem ser prescritos”.

Didática, a Recomendação de Nairóbi de 1976 apregoa que se deve imprimir uma zelosa atenção no controle das novas construções:

“para assegurar que sua arquitetura **se enquadre harmoniosamente nas estruturas espaciais e na ambiência dos conjuntos históricos.**

Para isso, uma análise do contexto urbano deveria preceder qualquer construção nova, não só para definir o caráter geral do conjunto, como para analisar suas dominantes: **harmonia das alturas, cores, materiais e formas, elementos constitutivos do agenciamento das fachadas e dos telhados, relações dos volumes construídos e dos espaços, assim como suas proporções médias e a implantação dos edifícios.** Uma atenção especial deveria ser prestada à dimensão dos lotes, pois qualquer modificação poderia resultar em um efeito de massa, prejudicial à harmonia do conjunto.” (grifos acrescentado).

À moda do exposto, a Carta de Burra de 1980 preconiza:

“Art. 8º. **A conservação de um bem exige a manutenção de um entorno visual apropriado, no plano das formas, da escala, das cores, da textura, dos materiais etc.**

Não deverá ser permitida qualquer nova construção, nem quaisquer demolições ou modificações suscetíveis de causar prejuízo ao entorno. A introdução de elementos estranhos ao meio circundante, que prejudiquem a apreciação ou fruição do bem, deve ser proibida”. (grifos acrescentados).

Nessa senda, a “Declaração de Xi'an sobre a conservação do entorno edificado, sítios e áreas do patrimônio cultural”, de 21 de outubro de 2005, assinala:

“O entorno de uma edificação, um sítio ou uma área de patrimônio cultural se define como o meio característico seja de natureza reduzida ou extensa, que forma parte de - ou contribui para - seu significado e caráter peculiar.

(...)

As silhuetas, os panoramas e as distâncias adequadas, entre qualquer novo projeto público ou privado e as edificações, os sítios e as áreas do patrimônio, são fatores fundamentais a serem considerados para evitar distorções visuais e espaciais ou usos inadequados em um entorno repleto de significados. (grifos acrescentados).

Como se vê, sob todas as luzes, não apenas obstruções à miragem do bem tombado, quanto construções destoantes com a área em que este se localiza, umas e outras podem comprometer a fruição do bem naquilo que lhe imprime valor cultural.

Em verdade, o entorno somente pode ser definido a partir da análise fática. **Ele não se cifra e se exaure numa linha imaginária e inflexível. É identificado em atenção às singularidades então existentes: não se desvanece pela imposição de uma demarcação apriorística; transige ao fenômeno existencial que lhe imprime sentido. De há muito se tem em mente que a área de entorno não é delineada rigidamente.** Ulpiano Toledo Bezerra de Meneses adjetiva de “inteligente e eficiente” a diretiva do legislador brasileiro. E arremata. O estabelecimento prévio de cifras, além de ser arbitrário, geraria problemas do tipo: seria a ambiência sempre uma área circular? Por que não observar a irregularidade geométrica que envolve a maioria dos entornos? Como calcular tal distância nesses casos? “E quando houver descontinuidade espacial embora haja continuidade conceitual, histórica, estilística, etc.?”

À semelhança, Édis Millaré sentencia que é preferível deixar para o caso concreto a definição da área envoltória, porquanto um critério rígido, escolhido aleatoriamente, pode revelar-se inadequado.

Agiu bem o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao assim decidir:

“PATRIMÔNIO HISTÓRICO. CIDADE DE SABARÁ/MG. ACRÉSCIMO DE UM PAVIMENTO A ANTIGO EDIFÍCIO. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PELO

IPHAN. VIZINHANÇA DE PRÉDIO ESPECIFICAMENTE TOMBADO (IGREJA DE NOSSA SENHORA DAS MERCÊS). DEMOLIÇÃO E RESTITUIÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS ANTERIORES. DETERMINAÇÃO PELA SENTENÇA. APELAÇÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. 1. Trata-se de ação civil pública intentada pelo INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN com a finalidade principal de 'condenar o réu na obrigação de fazer consistente na demolição do segundo pavimento, bem como à colocação de cobertura em telhas de barro, tipo capa e canal, sobre o primeiro pavimento, de modo a atender às normas objetivas fixadas pelo IPHAN para a preservação do patrimônio histórico de Sabará/MG', assim como determinar ao réu que promova a compensação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes das obras mencionadas que sejam irrecuperáveis, conforme for apurado por meio de prova pericial'. 2. Na sentença, foi julgado 'procedente o pedido inicial para determinar aos requeridos Lúcio Olmar Lourenço e Sonia Sonel Lourenço que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, promovam a demolição do segundo pavimento do imóvel de sua propriedade, situado na Rua da Intendência, nº 136, na cidade de Sabará, MG, bem como providenciem a colocação de cobertura de telhas de barro, tipo capa e canal, sobre o primeiro pavimento, sob pena de sujeitarem-se ao pagamento de multa diária no importe de 1/30 do salário mínimo vigente'. 3. De acordo com o **art. 18 do Decreto-Lei n. 25/1937**, sem prévia autorização do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto'. 4. De acordo com a sentença, o alcance do referido artigo deve ser considerado de forma mais ampla do que o simples significado literal das expressões 'impedir' e 'reduzir' nele constantes, devendo ser entendido como a própria incompatibilidade entre a obra e o entorno do bem tombado. **A proteção do entorno tem por finalidade harmonizar as construções modernas com o espaço urbano no qual está localizado o monumento objeto de proteção especial – tombamento, evitando-se qualquer tipo de obra que, pelo seu estilo, característica ou altura, promova a quebra do equilíbrio do conjunto arquitetônico**'. 5. Essa premissa está baseada no **laudo pericial, segundo o qual o conceito de vizinhança imediata não apresenta definição exata e matemática através do qual seria possível dimensionar o espaço do entorno, entretanto, no caso da arquitetura e urbanismo, a ambiência do espaço e o campo visível do conjunto urbano é parte integrante da fundamentação e conceituação deste espaço**'. 6. De acordo, ainda, com o laudo pericial, 'o objeto da ação, localiza-se em um dos mais antigos logradouros da cidade de Sabará e com importante valor histórico e cultural para a mesma e na qual encontra-se conjunto homogêneo de casario de um pavimento, além de pertencer à vizinhança imediata a bem (imóvel) com tombamento isolado pelo IPHAN, conhecido e denominado Igreja de Nossa Senhora das Mercês. 7. É incontroverso que o acréscimo ao edifício foi feito sem autorização do IPHAN, aliás, contrariando indeferimento expresso de autorização, de modo que a discussão se prende apenas ao conceito (indeterminado) de vizinhança. 8. Desde a contestação, os réus insistem em que a obra não está na vizinhança imediata (grifei) da coisa tombada (repetem, na apelação, a mesma argumentação), mas a citada norma não exige essa qualidade específica. Fala apenas em vizinhança. Além disso, a concepção sistêmica que advém do meio ambiente, incluído e especialmente o meio ambiente arquitetônico, recomenda afastar o caráter de imediatidade ou, pelo menos, dar-lhe compreensão elástica. 9. Negado provimento à apelação" (TRF-1 – AC: 128734020054013800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 27/08/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 03/09/2014). (grifos acrescentados). Decerto, a área de entorno, demonstrou-se alhures, tem um desígnio próprio que, de resto, a justifica. Ela não é, severa e implacavelmente, adrede "murada"; **inflexivelmente** cravada em lindes, mas detectável a partir de uma situação tangível. Não circunvaga em torno de uma abstração, mas se prende e se detém à hipótese concreta, de cuja análise resulta o reconhecimento de sua existência em concreto.

De todo modo, mesmo que se forceje em circular a área de entorno, este há de submeter-se à realidade fática, que, aliás, o define à força do escrutínio da visibilidade e da ambiência dos bens culturais, cuja leitura e fruição visa a assegurar. Fora daí, a linha – gizada a priori – pode se transformar, como aqui se convola, numa raia que **subtrai, em parte, a própria razão de ser da área de entorno**.

Ainda que o IPHAN, para fins de racionalizar o trabalho, delinhe e estabeleça, a partir de uma certa distância do bem tombado, um marco após o qual seria desnecessário esquadrihar toda e qualquer obra comum, iguais a outras tantas, construídas dentro de um parâmetro de feição e gabarito não destoante do espaço em que se acham, mesmo assim, ao tomar conhecimento de que ali, na vizinhança imediata, se pretende edificar empreendimento portentoso, com flagrante potencial de afetar o entorno do bem tombado, a autarquia não pode se furtrar a agir, valendo-se de uma “régua” a medir, milimetricamente, se a linha que “riscou” (polígono) foi ou não ultrapassada; o entorno existe por si, e não em virtude desta.

A legislação federal brasileira optou **por não** predefinir distâncias mínimas para o delineamento do entorno. De toda sorte, ainda que se busque defender a conveniência do estabelecimento de uma poligonal a pretexto de segurança (em prol do patrimônio) ou de facilitação da atividade fiscalizadora, mesmo quem advoga essa tese (ênfatize-se) reconhece ser descabida a “prefixação **absoluta** da poligonal de entorno, pois essa jamais irá dispensar uma análise casuística”. Daí arrematar Ana Maria Moreira Marchesan: “[m]esmo com uma poligonal definida em ato administrativo vinculado ao tombamento, afigura-se possível, com base no plano fático, uma avaliação de possíveis danos à ambiência”.

Com efeito, **tratando-se de construção de elevador porte situada na vizinhança dos bens tombados, não pode a autarquia preservacionista eleger a opção de ignorar a obra**, negando-se a apreciar o projeto construtivo. Não se lhe outorga a faculdade de decidir se vale a pena ou não agir, se é conveniente ou não pronunciar-se.

É lamentável que um trabalho da qualidade e da cientificidade deste produzido pelo eminente Procurador da República EDSON VIRGÍNIO CAVALCANTI JÚNIOR tenha sido solenemente ignorado pela decisão, na medida em que analisa e comprova a impossibilidade de se estabelecer, pelo menos no que pertine à contemplação de monumentos tombados, uma poligonal rígida, tornando sem efeito aquilo que ficou estabelecido pelo Poder Constituinte e que gerou imediata eficácia sobre a interpretação do art. 18 do Decreto-lei nº 25/37.

Por fim, àquele que se julgar prejudicado a Constituição Federal garante o direito abstrato de ação, questionando eventual limitação administrativa imposta pelo IPHAN, que inclusive pode verificar a realidade do prejuízo através de perícia, o que impede que todo bem contíguo aos monumentos tombados seja considerado sujeito a todas as normas decorrentes do tombamento.

É preciso despojar a decisão do caso concreto de um efeito típico daqueles que rejeitam a existência de direitos difusos, submetendo-os aos interesses individuais dos que sofrem os efeitos de uma limitação administrativa.

d) Da síntese demonstrativa da violação ao art. 18 do Decreto-lei nº 25/37.

As conclusões resultantes de tudo isso levam ao seguinte: – a proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional tem natureza de interesse difuso, de sorte que está garantida pela proteção jurisdicional; – a consideração formalista de que os atos de proteção ao referido patrimônio têm natureza discricionária, além de neutralizar os efeitos constitucionais de uma consideração material de tais bens no interesse da sociedade, afasta a vinculação de todo Poder Público à satisfação de um direito que passa por todos os cidadãos, como detentores do direito à memória e tradição daqueles que formaram a nação; – a poligonal que define a área de proteção aos bens tombados, pelo menos no que tange à sua visibilidade, não pode ter o caráter rígido que lhe emprestou a decisão, sob pena de se anular um direito difuso preconizado pela própria Constituição, do mesmo modo como não submete, exceto nesse ponto, a princípio, os bens que estão fora dela aos efeitos do tombamento, mesmo porque o cidadão que se julgar prejudicado tem o direito de buscar a proteção jurisdicional contra eventuais abusos.

3 – Pelo exposto, requer esta PRR-5ª Região seja o presente recurso conhecido e provido, para o fim de ser restaurada a decisão do primeiro grau de jurisdição.

Nestes termos,
pede deferimento,

Recife-PE, 09 de agosto de 2019.

Domingos Sávio Tenório de Amorim
Procurador Regional da República