



CONFLITO ENTRE A DIMENSÃO NEGATIVA DO DIREITO À MORADIA E O DIREITO À CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL: UMA SOLUÇÃO NÃO EXTRAÍVEL DOS MANUAIS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

THE CONFLICT BETWEEN THE NEGATIVE DIMENSION OF HOUSING RIGHT AND THE RIGHT OF MAINTENANCE OF HISTORICAL AND CULTURAL PROPERTY: A SOLUTION THAT CANNOT BE TAKEN FROM CONSTITUTIONAL LAW TEXTBOOKS

¹Fernanda Fortes Litwinski
²Flora Augusta Varela Aranha

RESUMO

O proprietário do imóvel afetado pelo tombamento fica responsável pela sua manutenção, sendo que qualquer reparo deve ter autorização prévia do IPHAN. A construção de obras novas também depende dessa autorização. Todavia, esse processo é bastante oneroso, tendo em vista a necessidade de contratação de engenheiro e arquiteto para a elaboração dos projetos exigidos. Assim, verifica-se, em alguns casos, um conflito entre os deveres decorrentes do direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e a dimensão negativa do direito à moradia. Os conflitos entre direitos fundamentais, de acordo com os Manuais de Direito Constitucional, são solucionados de acordo com o lecionado por Robert Alexy ou Ronald Dworkin. Contudo, a solução mais viável está em uma política pública, concernente na criação de Escritórios Públicos de Arquitetura e Engenharia. Nesse estudo foi utilizada como fonte primária a revisão bibliográfica, a legislação e os dados dos tombamentos. Ademais, foi realizada a análise desses dados através da confecção de gráficos.

Palavras-chave: Direito à moradia, Direito à conservação e utilização do patrimônio histórico cultural, Escritório público de arquitetura e engenharia

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, Sergipe (Brasil)
E-mail: nanda-kju@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA - Bahia (Brasil). Professora assistente pela Universidade Federal da Bahia, UFBA - Bahia (Brasil). E-mail: flora.augusta@gmail.com



ABSTRACT

The owner of a building affected by a heritage site is held responsible for its maintenance, and it means that any repair to be done has to have IPHAN's previous authorization. The construction of any sort depends on that authorization. However, this process is very expensive due to the fact that it requires the hiring of an engineer and an architect in order to elaborate the projects required. Thus, it is verified, in some cases, a conflict among the inherent duties of the right to conserve and the use of historical and cultural property and the negative dimension of the housing right. The conflicts between fundamental rights, according to some Constitutional Law Textbooks, are solved according to the statements by Robert Alexy or Ronald Dworkin. Nevertheless, the most viable solution is embedded in a public policy concerning the creation of Architecture and Engineering Public Offices. In this study, it was used a bibliographic review, the legislation and heritage sites data. Moreover, those data analysis was performed through the designing of a chart.

Keywords: Housing right, Right to maintain and use the historical and cultural property, Architecture and engineering public offices



1 Introdução

No final da década de 30, verificou-se uma preocupação crescente com a preservação do patrimônio histórico e cultural no Brasil. Tal afirmação é comprovada pela publicação do Decreto-lei nº 25/1937. O objeto desse é a organização e a proteção daquele patrimônio, sendo considerado o marco legal do fenômeno de *patrimonialização*. Todavia, a Semana de Arte Moderna de 1922 é considerada o marco do fortalecimento desses ideais preservacionistas no Brasil.

O referido Decreto-lei instituiu o tombamento que seria um instrumento utilizado na preservação dos bens materiais que fossem de interesse público. Ou seja, nesta época, não se considerava a proteção dos bens imateriais. O tombamento, sinteticamente, consiste na inscrição do bem em um dos livros do tomo, sendo que antes há uma avaliação técnica do bem pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. (IPHAN)

Essa política preservacionista possui amparo no direito coletivo à conservação e utilização do patrimônio histórico cultural. Com isso, fica vedado a qualquer pessoa, física ou jurídica, descaracterizar ou destruir os bens tombados, sendo que cabe ao IPHAN fiscalizar o respeito à tal vedação. Além disso, também fiscaliza se os proprietários de bens tombados ou inseridos no perímetro tombado estão diligenciando para a conservação dos seus bens, bem como a existência de qualquer obra nova na área tombada ou em seu entorno.

O IPHAN também é o responsável pela análise dos processos de solicitação de autorização para a intervenção na área tombada, de pintura até novas edificações, e no seu entorno. Essa autorização é obrigatória e prévia, assim mesmo o proprietário sendo o responsável pela manutenção do bem, ele só pode realizá-la depois de autorizado pelo IPHAN.

O grande problema é que a autorização apenas é analisada se forem juntados a sua solicitação todos os documentos exigidos pelo IPHAN. Esses vão desde cópia de documentos pessoais até projetos e levantamentos confeccionados por engenheiro e arquiteto. Desta maneira, antes do proprietário arcar com as obras de reparo, deverá suportar todos os gastos inerentes ao processo de autorização. Esse processo, em regra, costuma ser mais exigente que os referentes à concessão de alvarás de construção pelos municípios. Os documentos exigidos para a emissão desses têm relação apenas com o cumprimento das normas urbanísticas, não preservacionistas.

Com isso, verifica-se de antemão que os ônus inerentes à política preservacionista, atinente ao direito à conservação do patrimônio histórico e cultural, são um empecilho à

efetivação do direito à moradia. Todavia, apenas é possível verificar conflito entre direitos fundamentais no plano concreto, sendo assim necessário analisar as hipóteses em que os mesmos estariam em colisão.

Entretanto, como a efetivação da dimensão positiva do direito à moradia, assim como os demais direitos sociais, fundamenta-se em uma atuação estatal, dificilmente será verificado um conflito, pois os ônus impostos pelo Estado, na sua função fiscalizadora, seriam suportados pelo próprio Estado. Por essa razão, o objeto desse estudo serão os conflitos com a dimensão negativa daquele direito social.

Após elencar as hipóteses de conflitos, adentrar-se-á nas soluções propostas para a resolução dos mesmos nos Manuais de Direito Constitucional, com fim de averiguar se essas seriam eficazes nas hipóteses levantadas. Caso não sejam, buscar-se-á uma solução viável e eficaz que não esteja prevista nos manuais consultados.

Previamente, discorrer-se-á, sucintamente, sobre os direitos fundamentais em voga no plano abstrato e todos os ônus que a política preservacionista gera aos proprietários dos bens tombados ou no seu entorno. Tais ônus serão extraídos da legislação em vigor. Serão analisados também os dados referentes aos processos de análise e inscrição dos bens nos livros do tomo, com fim de averiguar se a política de tombamento está em declínio ou ascensão, se o fenômeno é variável ou estável.

Para tanto serão confeccionados gráficos, vez que possibilitam a análise dos dados através das suas linhas. Tais gráficos serão necessários também por causa da extensão do período a ser analisado- 1937 a 2015, sendo necessária a condensação dos dados. Tal análise é essencial para demonstrar a importância de implementação da solução proposta, tendo em vista que as hipóteses de conflito corriqueiramente serão visualizadas no plano concreto.

Utilizar-se-á a revisão bibliográfica, a legislação e os dados dos tombamentos como fontes primárias, sendo adotado o método indutivo. O marco teórico serão as ideias de Robert Alexy e Ronald Dworkin acerca da solução de conflitos entre direitos fundamentais, em razão do disposto nos manuais de Direito Constitucional, em regra, ser baseado naquelas.

Ressalva-se que não serão discutidos os tombamentos estaduais e municipais, vez que a regulamentação desses varia bastante, bem como os processos técnicos de análise dos bens. Não se discorrerá também sobre o patrimônio imaterial, vez que o foco do estudo são os bens imóveis tombados, os inseridos no perímetro tombado ou em seu entorno.



2 O Direito à moradia

O direito à moradia foi incluído de forma expressa no artigo 6º da Constituição Brasileira por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000. Todavia, este direito já estava de alguma forma tutelado constitucionalmente, em razão do inciso IV do artigo 7º da Constituição, o qual inclui a moradia entre as necessidades básicas a serem atendidas pelo salário mínimo. Ou seja, o Constituinte já tinha reconhecido a sua efetivação como necessária para a dignidade da pessoa humana, como uma condição material básica e vital. (BRASIL, 1988; SARLET, 2012, p. 67, 76, 334-335).

Ademais, em razão do próprio objeto de estudo, deve-se salientar que tem conteúdo diverso do direito de propriedade. Aquele tem a complexidade peculiar dos direitos fundamentais sociais, uma ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, refere-se a “disponibilidade de uma infra-estrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade”. (SARLET, 2012, p. 335). Assim, uma pessoa pode ser proprietária de um imóvel (terreno), mas não ter seu direito à moradia efetivado, por não possuir condições de realizar as obras necessárias.

O direito à moradia situa-se na segunda dimensão dos direitos fundamentais. Nesta estão inseridos os direitos econômicos, sociais e culturais. Sarlet ressalta que a “nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual”. Eles são direitos a uma prestação estatal. (2012, p. 47). O Estado deve atuar para garantir condições mínimas as pessoas.

Por óbvio que o direito à moradia, assim como os demais direitos sociais, não se resumem a uma prestação positiva do Estado, mas também abarca uma dimensão negativa. A moradia, como direito de defesa, é protegida de violações do Estado e de outros, sob o fundamento do direito da pessoa em não ser privada de uma moradia digna. Ressalva-se que o objeto desse trabalho é sua dimensão negativa, assim não irá esmiuçar o direito subjetivo à construção de uma moradia digna pelo Estado ou de fornecimento de material ou do recurso necessário para tanto.

3 O Direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural

O direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural pertence aos direitos da terceira dimensão, por ter como destinatário o gênero humano. Defende-se que esses têm caráter “preponderantemente defensivo”, sendo sua essência e sua estrutura jurídica

“de direitos de cunho excludente e negativo”. (SARLET, 2012, p. 48 e 50)

A Constituição Federal Brasileira dispõe:

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:

(...)

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

(...)

§ 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. (BRASIL, 1988)

Para Farena, a visão moderna de Meio Ambiente, não se restringe a natureza, mas engloba também um meio ambiente cultural, “que abrange as obras de artes, imóveis históricos, museus”. Esse direito, para ele, é um direito difuso que necessita de proteção pelo Poder Público e também de conservação. (2007, p. 538).

Essa inserção do meio ambiente cultural foi acolhida em nossa legislação pátria, como se comprova pela sistematização da Lei nº 9.805/1998. O seu capítulo cinco que trata dos crimes contra o meio ambiente é dividido em cinco seções, sendo que a quarta refere-se aos crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural. Assim, reconhecer-se-ia que o patrimônio cultural seria uma espécie pertencente ao gênero meio ambiente. (BRASIL, 1998).

3.1 O fenômeno da patrimonialização no Brasil dos bens materiais

A Semana de Arte Moderna de 1922 é considerada o marco no fortalecimento dos ideais de preservação do patrimônio histórico e cultural no Brasil. Assim, em 1936, Mário de Andrade foi encarregado pelo Ministro de Educação e Saúde Pública, Gustavo Capanema, para elaborar um projeto de implantação da política patrimonialista no Brasil. Ele apresentou “o barroco e as manifestações folclóricas como tradições capazes de manter a autenticidade brasileira diante da universalidade moderna, isto é, era como declarar ao mundo e, ao mesmo tempo, conscientizar o povo brasileiro de sua nacionalidade, etnia, arte e história”. (NOGUEIRA, 2006, p. 99)

Contudo, a ideia apresentada por Mário de Andrade, de um conceito amplo de arte como sendo o patrimônio histórico e artístico nacional, foi superada pela ideia de existência



de um objeto físico a ser preservado. Com isso, publica-se o Decreto-Lei nº 25/1937, com fim de organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Esse, em momento algum, ampara o patrimônio cultural imaterial e dispõe no seu artigo primeiro:

Art. 1º Constitui 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. (BRASIL, 1937b)

Todavia, mesmo que patente o interesse público na conservação do bem, este somente é considerado parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos em um dos quatro Livros do Tombo: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes; e Livro do Tombo das Artes Aplicadas. (BRASIL, 1937b, art. 4)

Assim, o tombamento seria um instrumento que buscava proteger o patrimônio histórico e cultural, sendo o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) a instituição responsável pelo mesmo. Esta foi criada pela Lei nº 378/1937, considerada uma instituição de educação extra-escolar, sendo a primeira do governo voltada para a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Sua criação teve por objetivo frear o desaparecimento e à destruição de obras de arte e monumentos históricos, através do tombamento. (BRASIL, 1937a)

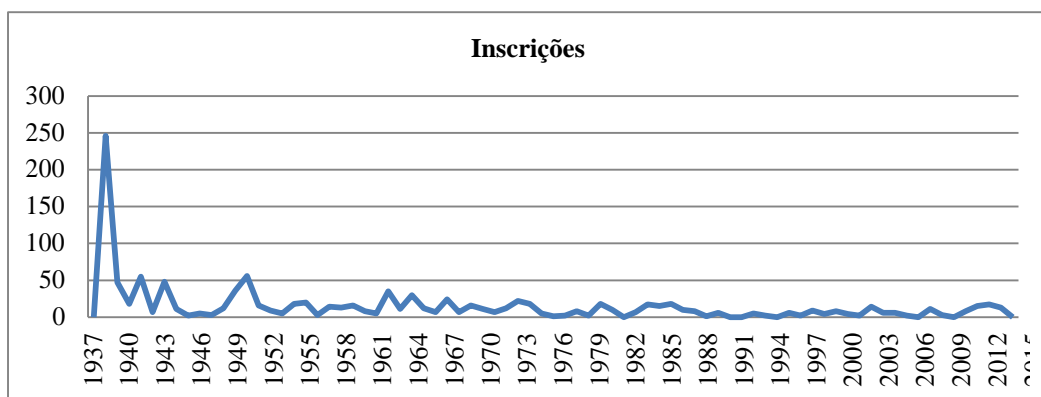
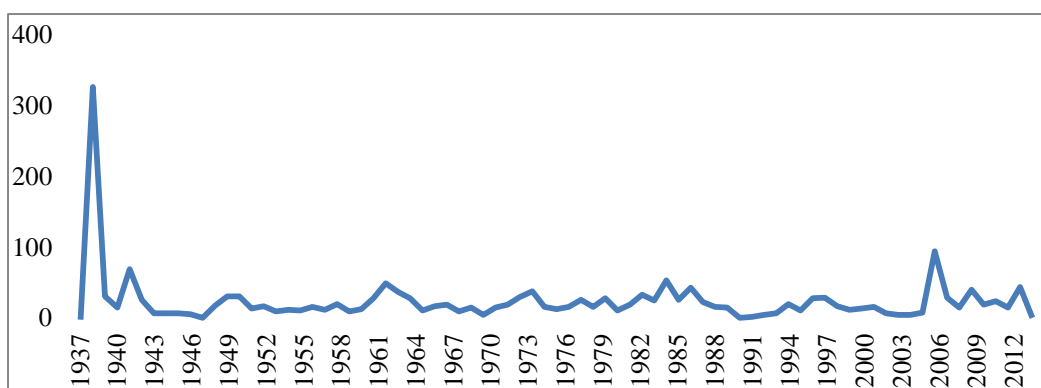
O instituto do tombamento foi utilizado predominantemente em elementos de arte e da arquitetura barroca e católica durante os primeiros trinta anos de existência do SPHAN. O barroco surge como uma “categoria simbólica”, não era apenas um estilo definido pela História da Arte, mas sim “um lugar de origem”¹. (SANTOS, 1996).

Outro critério utilizado para o reconhecimento de uma edificação como patrimônio histórico e cultural e, posterior, tombamento, era o critério de antiguidade, conforme exposto pelo primeiro diretor do SPHAN, Rodrigo Melo F. de Andrade, responsável por implantar este serviço, ao se pronunciar sobre prédios referentes ao Ciclo do Café do Estado de São Paulo. Já na década de setenta, quando o SPHAN passa a ser Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), houve uma ampliação da visão da instituição e uma preocupação com que os bens tombados não representassem somente a elite, mas também o

¹ Origem não no sentido de gênese, mas uma origem inventada devido à necessidade de se ter parâmetros que representassem um “salto” para novas experiências sociais, necessidade de “historicizar o tempo, para dar significado ao passado e inventar um futuro” (SANTOS, 1996, p.88).

povo de etnia negra e indígena. Com isso, passou a contar com nove Diretorias Regionais em todo território nacional. (NOGUEIRA, 2006, p.101)

Entretanto, apesar dessa ampliação, ao analisar os dados extraídos dos tombamentos de bens materiais, verifica-se que o grande pico da *patrimonialização* no Brasil foi entre 1937 e 1940. (BRASIL, 2015b). Nesse período tem-se um grande número de instauração de processos de análise de bens para tombamento, bem como inscrição de bens nos livros do tomo. Tais dados foram condensados nos gráficos abaixo:



Apesar de o maior pico ter ocorrido nos primeiros anos de funcionamento do IPHAN, isso não significa que houve um declínio nesse movimento de *patrimonialização*. Caso houvesse, ter-se-ia uma linha diagonal decrescente nos gráficos acima. Nestes é possível verificar vários movimentos crescentes. Por isso, há uma enormidade de cidades históricas brasileiras com bens e conjuntos arquitetônicos tombados pelo IPHAN. Em 2014 tinha-se um total de 1113 bens materiais tombados, sendo que 78 se referem a conjuntos urbanos, o que resulta em aproximadamente 70 mil imóveis tombados pelo instituto. (BRASIL, 2015a)

As atribuições do IPHAN não se restringem à identificação dos bens e o seu tombamento, após a análise de seus especialistas, mas também a vigilância permanente dos



bens tombados. Desde a sua criação, cabia-lhe também a implementação de uma política de restauração e conservação. Sua função fiscalizadora corresponde a vigilância para que não haja a destruição ou a descaracterização dos bens materiais tombados. No caso dos bens imóveis, qualquer obra de reparo, pintura, restauração, construção, necessita de uma prévia autorização especial daquele instituto. Essa autorização também é obrigatória no caso de construção na vizinhança da coisa tombada que lhe impeça ou reduza a visibilidade. (BRASIL, 1937b)

Ademais, em razão do disposto nos artigos 23, 24 e 30 da Constituição Federal Brasileira e a Lei 10.257/01, vários são os estados e municípios que realizam também o tombamento de bens, cuja preservação tenha importância histórica e cultural. (BRASIL, 1988; 2001) Contudo, como são várias as regulamentações desses e tendo em vista que seus efeitos são restritos ao seu âmbito de competência, o presente estudo não irá tratar dos tombamentos estaduais e municipais.

3.2 O processo de autorização para construção e reforma nos bens particulares

Como já mencionado acima, no caso dos bens particulares, os quais podem ser tombados inclusive compulsoriamente, o seu proprietário fica responsável pela sua manutenção, sendo que qualquer reparo, construção, pintura e reforma deve ter autorização prévia do IPHAN. Além disso, os proprietários de imóveis no entorno do bem ou da área tombada também devem solicitar autorização da referida instituição para execução de qualquer obra. (BRASIL, 1937b)

Para ser emitida essa autorização, em todas as categorias, exige-se previamente o preenchimento de formulário requerendo a autorização de intervenção; cópia do CPF do requerente e de documento que comprove a posse ou propriedade do imóvel pelo requerente. No caso, por exemplo, de uma restauração, bem como de uma reforma ou construção nova em bens tombados individualmente, o requerente deve entregar anteprojeto da obra, no mínimo, com planta de situação, implantação, plantas de todos os pavimentos, planta de cobertura, corte transversal e longitudinal e fachadas, discriminando o que será demolido, mantido e construído, conforme normas da ABNT. (BRASIL, 2010b, art. 5-6)

Além desse anteprojeto, deve entregar um levantamento de dados sobre o bem, com pesquisa histórica, levantamento planialtimétrico, levantamento fotográfico, análise tipológica, identificação de materiais e sistema construtivo; diagnóstico do estado de conservação do bem, com mapeamento de danos, análise dos materiais, do sistema estrutural

e dos agentes degradadores; e ainda memorial descritivo e especificações, bem como planta com especificação de materiais existentes e propostos. Saliente-se que em determinados casos também é obrigatória a apresentação de projeto executivo da obra. (BRASIL, 2010b, art. 6)

Já no caso de reforma ou construção nova no entorno, exige-se anteprojeto da obra, no mínimo, com planta de situação, implantação, plantas de todos os pavimentos, planta de cobertura, corte transversal e longitudinal e fachadas, diferenciando partes a demolir, manter e a construir, conforme normas da ABNT. (BRASIL, 2010b, art. 6)

Ou seja, o processo de autorização é bastante oneroso, pois é imprescindível a contratação de profissionais com formação em arquitetura e engenharia para a elaboração dos projetos exigidos pelo IPHAN. Ademais, em regra, os municípios exigem essa autorização para a emissão de alvará de construção, além de outras constantes no seu Código de Posturas ou Plano Diretor. Por essa razão, um fenômeno muito comum são as obras irregulares, ou seja, executadas sem as devidas autorizações.

Como já dito acima, a responsabilidade principal e direta pelo zelo e conservação do bem tombado é do proprietário do bem. Entretanto, o Decreto-lei nº 25/1937, dispõe no seu artigo 19, que se ele não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação necessárias, deve informar o fato ao IPHAN para que mande executá-las a expensas da União. (BRASIL, 1937b)

3.3 Os processos judiciais, embargos judiciais e administrativos pelo descumprimento

Em regra, para a emissão do alvará de construção pelo município; quando o imóvel é tombado, está no perímetro tombado ou no entorno deste; é imprescindível a autorização pelo IPHAN. Ademais, em grande parte dos municípios há uma cooperação entre o departamento de fiscalização municipal e os fiscais do IPHAN. Assim, em muitos casos o embargo administrativo da obra irregular é realizado pelo próprio município, bem como o ajuizamento de uma Ação Civil Pública.

Todavia, o IPHAN tem o poder de determinar o embargo de obra irregular em andamento ao constatar sua existência, devendo ser lavrado o respectivo Termo de Embargo. Em caso de resistência, o embargo poderá ser efetuado com requisição de força policial. Além disso, cabe ao IPHAN a aplicação da penalidade de multa, em razão das infrações administrativas. Por exemplo, se reparar a coisa tombada sem prévia autorização, a multa é de cinquenta por cento sobre o valor do dano e a reparação deste; se realizar, sem prévia autorização, construção no entorno da coisa tombada que lhe impeça ou reduza a visibilidade,



a multa é de cinquenta por cento sobre o valor da obra irregular e a demolição da mesma. (BRASIL, 2010a, art. 2-3, 15)

Saliente-se que o embargo não é só cabível na ocorrência de obras não autorizadas. Se após iniciada a obra de restauro, novos elementos aparecerem, o requerente deve apresentar ao IPHAN as especificações técnicas dos materiais que serão empregados, o cálculo de estabilização e de resistência dos elementos construtivos, desenhos de detalhes devidamente justificado; sob pena de embargo pelo IPHAN da obra, no caso de não apresentação. A obra fica paralisada até a satisfação dessa exigência. Também haverá o embargo, se as obras forem executadas em desacordo com o projeto aprovado pelo IPHAN. (BRASIL, 2010b, art. 25-26)

Em razão dessas infrações, é cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública, a qual é regida pela Lei nº 7.347/1985. Se o embargo administrativo não estiver sendo respeitado, em regra, será requerido liminarmente o embargo judicial da obra.

3.4 O Programa Monumenta

O Programa Monumenta tem como um de seus objetivos a melhoria e adequação das condições de habitabilidade das edificações existentes. Ele foi iniciado em 1999, sendo que encerrou no final de 2012 suas atividades. Atuou em 26 cidades brasileiras, como apoio técnico da Unesco e em razão de acordo de empréstimo entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Governo Brasileiro. No corrente ano foi lançada a versão de janeiro de 2015 do Manual de procedimentos para implementação do financiamento para a recuperação de imóveis privados. (BRASIL, 2015c) O presente item será baseado nas informações constantes neste Manual.

O Programa Monumenta é na realidade um financiamento disponibilizado aos moradores ou usuários de áreas urbanas tombadas em condições inexistentes no mercado financeiro, pois não há a incidência de taxas de juros remuneratórios sobre o valor emprestado, apenas atualização monetária com base no INPC, salvo os juros remuneratórios quando houver atraso no pagamento. Por isso, é caracterizada pelo IPHAN como um apoio financeiro subsidiado pelo Governo Federal.

Os municípios atuam como intermediários e o Banco do Nordeste como agência financiadora. Aqueles são responsáveis pela organização da seleção pública dos imóveis privados, com qualquer tipo de utilização, em áreas urbanas protegidas pelo IPHAN a serem recuperados, cujos moradores ou usuários serão beneficiados pelo financiamento.



Apenas são financiáveis as recuperações de fachadas e coberturas; a estabilização ou consolidação estrutural da edificação; as instalações elétricas, hidrossanitárias e de prevenção contra incêndio; os serviços para atendimento das normas e da legislação sanitária brasileira quanto à insolação, ventilação e instalações sanitárias; os serviços para atendimento das normas e da legislação brasileira quanto à acessibilidade; a recuperação de pisos, forros e revestimentos de paredes.

Ou seja, não são financiáveis obras novas e nem reformas internas no imóvel. Nessa última hipótese, apenas será financiável se o interessado tiver renda mensal inferior ou igual a três salários mínimos e se as obras de reforma no interior da edificação forem para a adequação do imóvel à geração de renda.

O procedimento inicia-se com a elaboração e o lançamento pelo Município do Edital de Seleção de Propostas para Recuperação de Imóveis Privados, sendo recomendado que um primeiro edital seja de parte da área tombada e após esgotada a demanda da área, lança-se outro edital até abarcar toda a área. Assim, somente não havendo mais demanda na área tombada, será lançado edital para a área de entorno, também de forma setorizada.

Ao final do processo de seleção, o município encaminha ao Banco do Nordeste e ao IPHAN as cópias das propostas e a lista de seleção para que os interessados sejam convocados para entregar os documentos exigidos para a análise das propostas. Essa análise tem por fim avaliar a viabilidade da concessão do financiamento e é realizada sobre três aspectos. O primeiro é o econômico-financeiro, em que o Banco do Nordeste analisa a capacidade de endividamento e a situação cadastral do interessado, sendo necessária a comprovação da renda declarada por este. O outro aspecto, também analisado pelo Banco do Nordeste, é o jurídico, que abrange a comprovação de propriedade ou utilização do imóvel e a avaliação da garantia, no caso de hipoteca e análise econômico-financeira do fiador.

Por último tem-se o aspecto técnico, em que analisa o atendimento pelo projeto das normas do IPHAN e do Município, ou seja, de preservação e urbanísticas; bem como o cronograma e orçamento. Verificam-se os itens elegíveis, a compatibilidade dos valores apresentados no orçamento com os valores de mercado e a adequação do cronograma físico-financeiro à execução da obra. Com isso, é condição imprescindível para a concessão do financiamento a aprovação dos projetos pelo IPHAN e pelo Município.

O beneficiário é o responsável pela aquisição de material, contratação de equipe para executar a obra, sendo que pode iniciar a mesma após a assinatura do contrato de financiamento e a transferência do recurso para a conta bloqueada em seu nome. Ele deve seguir o projeto e o cronograma físico-financeiro aprovados. Após a conclusão de cada etapa



da obra deve informar ao Município, solicitando a realização de vistoria para liberação da parcela correspondente à etapa executada.

A medição será realizada pela equipe técnica do Município e será verificada e aprovada pelo IPHAN. É obrigatória a execução da obra em total conformidade com o projeto e cronograma aprovados. Depois disso, será autorizada pelo Município a liberação do valor correspondente ao beneficiário pelo Banco do Nordeste. O beneficiário também deverá comunicar a finalização da integralidade da obra.

4 Conflitos entre a dimensão negativa do direito à moradia e o Direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural

O conflito, objeto desse estudo, ocorre entre a dimensão negativa do direito à moradia, ou seja, não se tratará aqui de qualquer prestação devida pelo Estado para a efetivação do direito à moradia. O objeto é justamente o direito que o proprietário ou possuidor de um bem tem de implementar esse seu direito sem qualquer intervenção prejudicial do Estado, como um direito de defesa e sob o fundamento do direito da pessoa em não ser privada de uma moradia digna.

No entanto, verifica-se ao tratar do direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, em especial aos deveres decorrentes deste impostos aos particulares que possuem um imóvel inserido em perímetro tombado ou no entorno do mesmo, que ele se torna um empecilho para a efetivação do direito à moradia em alguns casos, os quais serão tratados abaixo.

Assim, apesar da existência de previsão para a execução de reformas pela União no caso do proprietário não possuir condições para conservar o patrimônio tombado ou a de financiamento através do Programa Monumenta, ainda existem conflitos entre os dois direitos em comento.

4.1 Construções novas no perímetro tombado ou entorno

Como já demonstrado, o proprietário que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação necessárias, deve informar o fato ao IPHAN para que mande executá-las a expensas da União. (ver 3.2). Assim, fica excluída a hipótese da União arcar com as construções novas tanto na área tombada quanto no seu entorno, em razão da carência do proprietário. Além disso, o Programa Monumenta também não inclui entre os

itens financiáveis as construções novas. (ver 3.4). Ou seja, não há qualquer prestação do Estado que satisfaça a dimensão positiva do direito à moradia na seguinte hipótese.

Desta forma, iremos adentrar no conflito com sua dimensão negativa. Ora, como dito acima, no processo de autorização pelo IPHAN para a realização de construções novas são exigidos inúmeros documentos, entre esses, levantamentos, anteprojetos, plantas e projetos, os quais deverão ser confeccionados por profissional habilitado, sendo estes arquitetos e engenheiros. (ver 3.2)

Ou seja, o custo a ser suportado pelo requerente no processo de autorização é bastante elevado. Assim, caso não possua recursos financeiros suficientes para arcar com estes custos, não poderá executar qualquer obra, mesmo que seja para sua moradia, sob pena de estar infringindo a Portaria IPHAN nº 420/2010 e de serem-lhe aplicadas às penalidades dispostas na Portaria IPHAN nº 187/2010. Ademais, o requerente pode possuir recursos limitados que até possibilite-lhe arcar com os projetos, mas não sem afetar a execução das obras.

Assim, o direito à conservação estaria impedindo o direito à moradia do requerente. Vislumbrando-se um conflito entre esses direitos. Saliente-se que aquele direito também tem relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que as pessoas devem ter direito a um meio ambiente cultural preservado, bem como toda a coletividade.

4.2 Reformas internas para tornar a moradia mais digna

A hipótese de reforma interna não é abarcada também pelo Decreto-lei nº 25/1937, visto que a preocupação se restringe a restauração das fachadas do imóvel e a conservação do mesmo. O objetivo é assegurar o direito da coletividade ao patrimônio cultural e histórico, não de proporcionar condições dignas de moradia aos habitantes das áreas tombadas.

Ademais, a única hipótese prevista no Programa Monumenta para o financiamento de obras internas é se a reforma for para a adequação do imóvel à geração de renda. Ou seja, não é possível financiar, se o objetivo for tornar a moradia mais digna. Tal fato é bastante curioso, visto que o Programa afirma que um dos seus objetivos é a melhoria e adequação das condições de habitabilidade das edificações existentes. (ver 3.4)

Entretanto, nessa hipótese, apesar de não existir qualquer prestação do Estado que satisfaça a dimensão positiva do direito à moradia, também não há conflito entre sua dimensão negativa e o direito à conservação, vez que os ônus inerentes a este não são



impostos nos casos em que a reforma for apenas interna e sem qualquer influência estrutural no imóvel ou em sua fachada.

4.3 Inclusão no Programa Monumenta

Apesar do Decreto-lei nº 25/1937 dispor que a União arcará com as obras de conservação e reparo, no caso de hipossuficiência do proprietário, devendo as mesmas serem iniciadas dentro do prazo de seis meses, verifica-se que na prática tal disposição não é cumprida. (BRASIL, 1937b). Os motivos são vários, um deles é a própria desinformação dos proprietários.

Outro, é que há um grande número de monumentos e áreas urbanas tombadas, sendo que o movimento de tombamento é contínuo, sem qualquer interrupção, como se verificou nos gráficos acima (ver 3.1). Assim, não há recursos suficientes destinados pela União que possibilite desenvolver de forma satisfatória a preservação da demanda existente. Ademais, prioriza-se pela conservação dos bens imóveis públicos tombados, assim como monumentos, igrejas, paços, bustos etc. Salienta-se que a insuficiência de verba financeira impede a conservação e restauração de vários desses bens, os quais vão se deteriorando com a ação do tempo, das intempéries, das chuvas ácidas, da umidade, do calor e do próprio vandalismo. Com isso, faltam recursos para executar a conservação em imóveis particulares.

Esse é um dos motivos da criação do Programa Monumenta, fomentar a possibilidade do proprietário, o qual tem a responsabilidade principal e direta pelo zelo e conservação do bem tombado, realizar os reparos necessários no imóvel. Assim, ficaria a União, de certa forma, eximida de ter que arcar com os custos da reparação, ficando a mesma responsável apenas por subsidiar esse apoio financeiro atrelado ao Programa.

Contudo, é condição imprescindível para a concessão do financiamento a autorização do IPHAN, bem como a emissão de alvará pelo Município. Isso significa que apenas os proprietários que puderem arcar com os custos inerentes à contratação de profissionais de engenharia e arquitetura poderão ter seus imóveis selecionados. Com isso, mais uma vez, a autorização das obras pelo IPHAN é um empecilho para a plenitude do direito à moradia na sua dimensão negativa.

Ressalta-se que os projetos exigidos pelos municípios se atêm as questões urbanísticas, se a volumetria é adequada, se está em área *aedificandi*, se respeita o distanciamento exigido entre os imóveis vizinhos, se não há a invasão de área pública. Assim, não há, em regra, a exigência de confecção de muitos levantamentos e projetos, sendo

necessária a contratação apenas de um engenheiro. Por óbvio, que se a obra for realizada em imóvel em área de risco geológico, serão solicitados projetos complementares.

Outro ponto importante, é que se considera digna uma moradia não apenas pelo aspecto do seu interior, mas também da sua fachada, do seu telhado, bem como da parte estrutural da edificação. Assim, a exigência da apresentação da autorização é sim um empecilho, na presente hipótese, ao direito de moradia na sua dimensão negativa, vez que impossibilita a inserção do imóvel no Programa Monumenta.

5 Soluções comumente propostas pelos Manuais de Direito Constitucional para a colisão entre direitos fundamentais

Neste item, ter-se-á o condão de demonstrar as soluções comumente apresentadas nos Manuais de Direito Constitucional. Contudo, antes de adentrar no assunto em si, algumas ressalvas devem ser feitas. A primeira é que as afirmações serão baseadas nos manuais utilizados, os quais se encontram nas referências. Com isso, elas não terão a pretensão de serem absolutas, visto que não é possível analisar todos os manuais existentes.

Desta forma, mesmo as afirmações que induzam a uma generalização, deverão ser entendidas de forma relativizada. Outra, é que as soluções serão apresentadas de forma condensada, vez que não são o objetivo específico do estudo. Por fim, quando estiver escrito princípio, deve considerar ele não seu sentido amplo, inserindo os direitos fundamentais, tendo em vista a natureza destes.

Os Manuais de Direito Constitucional reconhecem que o conflito entre os direitos fundamentais apenas pode ser verificado no plano concreto. Ou seja, a colisão é visualizada quando um exercício de um direito gera um prejuízo a um bem também protegido constitucionalmente. Costuma-se também fazer um paralelo entre colisões aparentes e colisões reais, colisão de direitos fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito, separar em categorias as modalidades de colisão.

Ademais, eles se baseiam no proposto por Robert Alexy e/ou Ronald Dworkin, sendo que por vezes só alteram a nomenclatura de alguns termos. Ressalta-se que o critério de sopesamento de direitos de Alexy é o mais difundido.

Alexy discorre sobre a *Lei de Colisão*, defendendo que a tensão entre os princípios não pode ser solucionada sob o argumento de uma precedência absoluta de um deles. Assim, nenhum princípio ou direito fundamental goza “por si só, de prioridade”. Com isso, não há uma precedência incondicionada, ou seja, relações de precedências abstratas ou absolutas, vez



que um princípio não goza, em si mesmo, de precedência sobre outro. (ALEXY, 2008, p. 94-95, 97)

Ora, “os princípios isoladamente considerados levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si”. Dessa forma, a precedência deve ser condicionada, em miúdos, deve haver uma relação de precedência concreta ou relativa (ALEXY, 2008, p. 96-7)

Para Alexy, o conflito deve ser resolvido pelo sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse é definir qual dos interesses tem maior peso no caso concreto, visto que estão no mesmo nível. Assim, considera que “os princípios têm pesos diferentes” e “os princípios com o maior peso têm precedência.” Ele afirma que esse sopesamento é bastante comum no Tribunal Constitucional Alemão. (ALEXY, 2008, p. 94-95)

Desta forma, quando um princípio restringir as possibilidades jurídicas de realização do outro, não se resolverá tal tensão “com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico”. Nem mesmo solucionará “por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios”. Assim, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.” (ALEXY, 2008, p. 96)

Essa relação de precedência condicionada traduz-se “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”. (ALEXY, 2008, p. 96). Desta maneira, a solução para os conflitos entre direitos fundamentais só será visualizada no plano concreto, vez que é imprescindível analisá-los de forma relacional.

No que tange a máxima de proporcionalidade de Alexy, difundida como princípio da proporcionalidade, ela possuem três máximas parciais, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esta última refere-se ao mandamento do sopesamento propriamente dito. “A exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”. Essas possibilidades, por óbvio, dependem da existência de um direito fundamental antagônico. (ALEXY, 2008, p. 116-117)

Nesse sopesamento busca-se verificar a intensidade da restrição que o direito fundamental sofrerá em detrimento da importância de efetivação do direito fundamental conflitante, com fim de justificar a restrição que será sofrida. A proporcionalidade em sentido estrito pode ser resumida pela ideia de custo/benefício, ou seja, o ônus gerado a um direito fundamental não pode ser maior que o bônus gerado ao conflitante. (FERNANDES, 2011, p. 201 e 269)



As outras duas máximas “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”. A necessidade refere-se ao mandamento do meio menos gravoso. Ou seja, o objetivo não pode ser realizado de maneira diversa e menos gravosa ao indivíduo. Então, seria a única forma de alcançar o objetivo, em razão de não haver outro meio menos gravoso. (ALEXY, 2008, p.118-119)

A adequação corresponderia à razoabilidade, esta por vezes tratada como sinônimo da máxima da proporcionalidade que é muito mais complexa. Assim, quando uma medida não contribuir para fomentar o objetivo pretendido, ela será inadequada. Com isso, adequação significa que o meio deve ser apto ao fim visado. Pelo exposto, a adequação exige um exame absoluto dos atos enquanto a necessidade, um exame comparativo deles. (FERNANDES, 2011, p. 201)

Essas três máximas deverão ser observadas na seguinte sequência: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desta forma, a proporcionalidade em sentido estrito é o último passo a ser verificado, após verificar a adequação e a necessidade. Em miúdos, caso até o meio menos gravoso afete o outro direito, deve seguir ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o sopesamento. (ALEXY, 2008, p.120; FERNANDES, 2011, p. 200-201)

Já Ronald Dworkin defende que os direitos fundamentais abarcam um interesse universalizante, racionalmente aceito pelos membros da sociedade, por isso não sendo aceitáveis decisões que concedam apenas benefícios parciais. Defende a teoria do Direito como integralidade, sendo essencial a noção de sistema na sua teoria. Para ele, a noção de colisão é afastada pela de adequabilidade. (FERNANDES, 2011, p.273-274)

A integridade é alicerçada na ambição de ser uma comunidade de princípios. Em que há a promoção da “união da vida moral e política dos cidadãos”. Assim, quando houver qualquer conflito de interesses, deve o bom cidadão decidir como tratar o interesse conflitante ao seu, através da interpretação da “organização comum da justiça”, vez que em virtude da cidadania, estão comprometidos com aquela. Tem-se a comunidade como um agente moral. (DWORKIN, 2007, p. 230)

Em razão daquela ambição, o direito como integridade, exige que os juízes admitam que “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo”, sendo que as proposições jurídicas serão verdadeiras se derivarem desses princípios. Dworkin defende que estes garantem uma melhor interpretação construtiva. Ademais, na aplicação destes deve assegurar que “a situação de cada pessoa seja



justa e equitativa segundo as mesmas normas”. Para isso, os direitos e deveres legais devem ser identificados como sendo criados por um mesmo autor, a comunidade personificada, e expressando uma “concepção coerente de justiça e equidade”. (DWORKIN, 2007, p. 272 e 291)

Quando a sociedade aceita a integridade como virtude política, ela promove a sua autoridade moral. (DWORKIN, 2007, p. 228). O direito como integridade nega o traço convencionalista. Ele é reconhecido como um processo de desenvolvimento contínuo.

No que tange a diferença entre princípios e regras jurídicas, Dworkin afirma ela é de natureza lógica. Eles se diferenciam pela natureza da orientação que fornecem. As regras seguem o critério do “tudo-ou-nada”, sendo válidas se oferecem respostas ao caso concreto, e não válidas, se não contribuem em nada para a decisão. Já os princípios, mesmo os que se assemelham as regras, não apresentam consequências jurídicas automaticamente aplicáveis. (DWORKIN, 2002, p. 39-40)

Os princípios possuem uma “dimensão de peso ou importância”, dimensão esta que a regra não tem. Assim, se houver conflito entre aqueles, deve-se considerar a força relativa de cada um. Desta forma, incabível qualquer mensuração exata, sendo que um julgamento que considere um mais importante que o outro será controverso. (DWORKIN, 2002, p.42)

Não há a busca por um princípio com maior valor, mas um que responda as exigências do caso concreto de forma harmoniosa com o direito. Assim, não há contradições ou conflitos a serem resolvidos através de preferências, mas apenas a concorrência entre princípios para solução de um determinado caso. (FERNANDES, 2011, p.274-275)

Dworkin, em certos casos, utiliza o termo *princípio* de forma genérica, abarcando os termos princípios, políticas e outros tipos de padrões, tendo em vista que esses termos não são regras. Entretanto, ele estabelece uma distinção entre princípio e política. Essa se refere a um objetivo a ser alcançado, “em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Ele ressalva que há certos objetivos negativos que estipulam uma proteção a algum estado atual contra mudanças adversas. Já os princípios devem ser observados não para promover algo, mas sim por uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Assim, os direitos fundamentais estariam inseridos na espécie *políticas*, dentro do gênero *princípio em lato sensu*. Dworkin atribui primazia aos princípios em sentido estrito em relação à política, assim sempre aqueles devem prevalecer no caso de aparente conflito.

6 A solução mais viável para os conflitos em estudo

Em um dos polos do conflito está a dimensão negativa do direito à moradia, não sua dimensão positiva. Assim, nas duas hipóteses de conflito acima elencados entre o caráter negativo desse direito e o direito à conservação, verifica-se que foi ocasionado pela obrigatoriedade de autorização pelo IPHAN das obras a serem realizadas pelo proprietário. Ou seja, em razão dos deveres impostos pelo direito à conservação, o proprietário pode não conseguir implementar para si uma moradia digna.

Entretanto, a autorização é imprescindível, pois garante que as construções novas não irão descaracterizar o imóvel tombado, o perímetro tombado, ou, em sendo executada no entorno, prejudicar a visibilidade daqueles. Além disso, garante que os reparos e reformas não causem também a descaracterização.

Por fim, cumpre ressaltar que o presente trabalho não tem a intenção de questionar o instituto do tombamento, nem os ideais de preservação que embasaram sua criação, e muito menos a importância dos bens que se encontram protegidos pelo mesmo. Por outro lado, a moradia é essencial para a dignidade da pessoa humana.

Com isso, verifica-se que uma solução mais adequada para os conflitos em estudo não pode ser extraída do disposto nos Manuais de Direito Constitucional. Assim, a solução mais eficiente deve se dar através de políticas públicas. Isso não significa que deverá haver prestação do Estado na implementação do direito à moradia, arcando com a construção ou reforma de habitações, ou fornecendo recurso para tanto, tendo em vista o impacto orçamentário de uma medida desta. Ademais, o estudo intenta focar apenas na dimensão negativa desse direito.

6.1 Escritório Público de Arquitetura e Engenharia

Uma solução alternativa e viável para solucionar esses conflitos seria a criação de Escritórios Públicos de Arquitetura e Engenharia. Com isso, os municípios que demonstrassem a hipossuficiência econômica teriam seus projetos, levantamentos e plantas confeccionados pelo referido escritório, bem como o acompanhamento da execução das obras. Assim, não haveria mais conflito com a dimensão negativa do direito à moradia, visto que não haveria mais empecilhos ao mesmo, impostos pelo direito coletivo à conservação do patrimônio histórico cultural. Em miúdos, não seria obstaculizado pela enormidade de projetos exigidos pelo IPHAN que exigem a contratação de profissionais de engenharia e arquitetura.



Os recursos para o seu funcionamento poderiam ser tripartite, ou seja, oriundos do orçamento dos três entes federais, em uma sistemática orçamentária semelhante à praticada no Sistema Único de Saúde, sendo que haveria um fundo específico pra gerir seu orçamento. Isso se justificaria, visto que compete a todos os entes federais a proteção de bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como impedir a descaracterização ou destruição desses bens. (BRASIL, 1988, art.23 III, 216-A). A gestão do fundo ficaria a cargo do município, vez que é o ente que tem o contato mais imediato com os bens tomados e também por ser o responsável pelas questões urbanísticas.

Assim, o proprietário que não possua condições financeiras para arcar também com os projetos técnicos, apenas terá que adequar à edificação que intenta realizar a sua capacidade econômica, visto que os projetos serão confeccionados pelo Escritório Público. Desta forma, evitar-se-á que haja um conflito entre o direito à conservação e a dimensão negativa do direito à moradia.

Já no caso dos proprietários que não teriam acesso ao financiamento do Programa Monumenta, tendo em vista a obrigatoriedade de juntar à solicitação a autorização expedida pelo IPHAN e a sua incapacidade econômica para arcar com os custos da contratação de arquiteto e engenheiro para a confecção dos projetos necessários para a obtenção da autorização. Nesse caso, a implantação dos Escritórios Públicos também irá afastar a ocorrência do conflito em estudo.

Assim, ambos os conflitos hipoteticamente concretizados neste estudo serão solucionados, sem qualquer limitação a qualquer um dos direitos envolvidos nos mesmos ou relativização da sua disposição.

Um fator interessante, que vai além desse objeto de estudo, é que comumente quando se notifica, extra ou judicialmente, os executores de obras irregulares em perímetro tombado ou no seu entorno, estes alegam que não possuem condições financeiras para arcar com os projetos necessários, sendo que não se referem à execução da obra em si.

Além disso, quando há uma sentença judicial condenando o infrator a regularizar e o Município é autorizado a fazer as adequações a expensas dele, por causa da sua inércia, verificam-se dificuldades na regularização. Primeiro, dado que o município não possui um corpo técnico que possa confeccionar os projetos necessários, sendo que os seus arquitetos e engenheiros estão responsáveis pela análise dos pedidos de alvará, não pela lavra de projetos.

Ademais, mesmo que fosse realizado um processo licitatório com o referido objeto, em razão de na maioria das ações figurarem no polo passivo infratores hipossuficientes, seria inexecutável uma ação de ressarcimento. Além do que, são inúmeras as ações cujos objetos são obras irregulares. Por consequência, geraria um enorme impacto financeiro no orçamento municipal. Também não pode ficar a cargo do IPHAN esse ônus, já que cabe a esta instituição a fiscalização, não à confecção de projetos.

Desta maneira, por mais que não seja o objeto do estudo, verifica-se que os Escritórios Públicos podem solucionar mais que os conflitos em discussão. Na oportunidade, cumpre opinar que aos tombamentos estaduais e municipais, os quais apenas foram citados, não seriam em regra abarcados pelos Escritórios Públicos, com fim de tornar mais consciente os tombamentos realizados por estes entes, demonstrando que a responsabilidade do ente não se restringe à inscrição no livro do tomo, mas também em arcar com os ônus inerentes aos mesmos.

7 Conclusão

As hipóteses concretas de conflitos entre a dimensão negativa do direito à moradia e o direito à conservação do patrimônio histórico cultural elencadas neste estudo demonstram que nem sempre as soluções propostas pelo Manuais de Direito Constitucional são as mais viáveis no plano prático. Assim, através da análise detida dos conflitos pode-se extrair uma solução mais eficaz. Uma solução que tem como característica principal a não limitação ou relativização de qualquer dos direitos fundamentais colidentes.

Por óbvio, que coaduna com a ideia de que os conflitos apenas ocorrem no caso concreto. Todavia, esse fato não impede a criação de soluções prévias a novos conflitos, vez que são previsíveis e corriqueiramente visualizados.

Ora, como demonstrado pela análise dos gráficos confeccionados, o fenômeno da *patrimonialização* no Brasil não se encontra em declínio. De mais a mais, vários são os bens imóveis afetados pelo tombamento, e conseqüentemente seus proprietários e usuários, sendo que o grande óbice gerado à dimensão negativa do direito à moradia são os excessivos projetos e levantamentos exigidos no processo de autorização pelo IPHAN de qualquer reparo ou construção. Tal óbice figura até na inclusão em programas de financiamento com fins preservacionistas, como o Programa Monumenta.

Assim, ao negligenciar na fomentação de uma solução eficaz para as hipóteses de conflito entre aqueles direitos fundamentais, não apenas afetará a dimensão negativa do



direito à moradia, mas também provocará um prejuízo relevante na proteção dos bens tombados. Ora, nas cidades históricas comumente depara-se com a execução de obras irregulares, as quais costumam descaracterizar ou destruir completamente os bens tombados.

Ademais, em razão dos embargos administrativos ou judiciais são paralisadas, transformando-se em verdadeiras ruínas, extraindo do bem o seu valor histórico cultural.

No mais, o excesso de exigências também dificulta a realização até de reparos simples nesses imóveis, sendo que o passar dos anos os transformam em grandes obras de restauração. Por conseguinte, acaba-se verificando que o prejuízo resvala no próprio direito à conservação. Desta forma, torna-se imprescindível a criação dos Escritórios Públicos de Arquitetura e Engenharia, os quais ficariam responsáveis pela elaboração dos projetos e levantamentos exigidos quando o proprietário não tivesse condições de arcar com os seus custos. Assim, a solução desses conflitos não está na integralidade nem mesmo no sopesamento desses direitos, mas sim em uma política pública.

Por essa razão, não estaria o Poder Executivo, neste caso, impedido de atuar na resolução desses conflitos, podendo dispor sobre os eles mediante uma atividade normativa que teria por objeto um conflito entre direitos fundamentais. Com isso, não haveria uma exclusividade do Poder Legislativo, como previsto nos Manuais.

A singularidade desta solução não está apenas no fato de não constar em Manuais de Direito Constitucional, mas também em razão de não ter sido localizado qualquer estudo com proposta similar. Na realidade, o modelo de escritório público existente tem foco no aprendizado dos estudantes de arquitetura e engenharia, e estão vinculados à Universidade. Por óbvio, que o trabalho desenvolvido nestes tem uma consequência indireta na regulação urbana, apesar do pequeno impacto. Entretanto, assim como os Núcleos de Assistência Jurídica desenvolvidos pelas Universidades, o objetivo está centrado no aprendizado, não na resolução efetiva dos problemas sociais existentes.

A importância prática da proteção desse patrimônio para os municípios é, em inúmeros casos, a promoção de um desenvolvimento econômico alavancado pelo turismo cultural. Além do mais, o acompanhamento direto da execução das obras por um profissional habilitado influenciará na redução de obras irregulares, assim gerando uma maior possibilidade de planejamento urbano. Ademais, demonstrando a funcionalidade desses Escritórios Públicos poderá ser analisada a expansão dos mesmos para os demais municípios, visto que a regulação urbana é um problema vivenciado em todos.



8 Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 378, de 13 de janeiro de 1937. Dá nova organização ao Ministério da educação e Saúde Pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jan. 1937a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-378-13-janeiro-1937-398059-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 08 jul. 2015.

_____. Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 dez. 1937b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm. Acesso em: 08 jul. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 08 jul. 2015.

_____. Lei n. 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 08 jul. 2015.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. IPHAN. Portaria n. 187, de 11 de junho de 2010a. Dispõe sobre os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao patrimônio cultural edificado, a imposição de sanções, os meios de defesa, o sistema recursal e a forma de cobrança dos débitos decorrentes das infrações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 2010a. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_187_de_11_de_junho_de_2010.pdf. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. IPHAN. Portaria n. 420, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados para a concessão de autorização para realização de intervenções em bens edificados tombados e nas respectivas áreas de entorno. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2010b. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_420_de_22_de_dezembro_de_2010.pdf. Acesso em: 12 ago. 2015.



_____. IPHAN. Bens Tombados. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/126>. Acesso em: 09 ago. 2015a.

_____. IPHAN. Lista de Bens Tombados e Processos em Andamento (1938-2015). Disponível em:
http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista_Bens_Tombados_pelo_Iphan_%202015.pdf. Acesso em: 09 ago. 2015b.

_____. IPHAN. Manual de procedimentos para implementação do financiamento para a recuperação de imóveis privados. Versão 1/2015. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Manual%20de%20Procedimentos%20-%20FRIP%20-%202015%20-%20COM%20ANEXOS.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015c.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARENA, Duciran Van Marsen. Patrimônio cultural e a preservação de centros históricos: o caso de João Pessoa. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho. Política nacional de meio ambiente: 25 anos da Lei n. 6.938/81. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 537-552

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed., rev., ampl., atual. até EC n. 67/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GALINDO, Marcos. Patrimônio memorial e instituições públicas no Brasil. In: ESPINA BARRIO, Angel; MOTTA, Antonio; GOMES, Mário Hélio (org.). Inovação Cultural, Patrimônio e Educação. Recife: Fundação Editora Massangana, 2010. p. 251-264.

JEUDY, Henri Pierre. Espelho das Cidades. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2005.

LIMA, Francisca Helena Barbosa; MELHEM, Mônica Muniz; POPE, Zulmira Canário (org.). Bens móveis e imóveis inscritos nos Livros do Tombo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: 1938-2009. 5. ed., rev., atual.. Rio de Janeiro: IPHAN/COPEDOC, 2009.

NOGUEIRA, Adriana Dantas. Patrimônio Arquitetônico e História Urbana: Ensaio sobre o patrimônio arquitetônico de Sergipe e sobre a estruturação sócio-espacial de Aracaju. São Cristóvão: Editora UFS; Aracaju: Fundação Oviêdo Teixeira, 2006.

SANTOS, Mariza Velloso Motta. Nasce a Academia SPHAN. In: ARANTES, Antonio Augusto (org.). Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. n. 24. Rio de Janeiro: Serifa produções gráficas, 1996. p.77-95.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA. Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.



SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.