IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE CONDUTAS DE VIOLAÇÃO POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS, ASPECTOS JURISDICIONAIS E PERFIS DAS RESPONSABILIDADES

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE CONDUTAS DE VIOLAÇÃO POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS, ASPECTOS JURISDICIONAIS E PERFIS DAS RESPONSABILIDADES

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático

de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo “Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – “TTMMs”, o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

O MEIO AMBIENTE E O IMPACTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE ALHEIA: TOMBAMENTO

THE ENVIRONMENT AND THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE ADMINISTRATIVE ACTIVITY OF INTERVENTION ON THE PROPERTY ALHEIA: TIPPING

Carolina Ângelo Montolli [1]
Carla Fernanda Da Cruz [2]

Resumo

O trabalho visa demonstrar, no Estado Democrático de Direito, toda modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada encontra seu fundamento e limites nos direitos fundamentais. Desse modo, analisou-se o impacto dos direitos fundamentais na atividade administrativa de intervenção na propriedade privada. Assim, realizou-se estudo à luz da Constituição, acerca das atribuições da Administração Pública para promoção da tutela do patrimônio histórico cultural e sobre o instituto do tombamento. Por fim, foi avaliada a constitucionalidade do tombamento provisório, seu enquadramento jurídico-legal, bem como, as possibilidades e limites do seu emprego.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Tombamento, Patrimônio histórico-cultural, Meio ambiente, Intervenção do estado

Abstract/Resumen/Résumé

The work aims to demonstrate, in the Democratic State of Law, any modality of State intervention in private property finds its foundation and limits in fundamental rights. In this way, the impact of fundamental rights in the administrative activity of intervention in private property was analyzed. Thus, a study was carried out in the light of the Constitution, about the attributions of the Public Administration to promote the protection of historical cultural heritage and the institute of tipping. Finally, the constitutionality of the provisional overturning, its juridical-legal framework, as well as the possibilities and limits of its employment were evaluated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state of law, Tumbamento, Historical-cultural heritage, Environment, State intervention

[1] Pós-Doutora em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires. Pós-Doutora em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino.

[2] Mestranda Ciências Criminológica-Forense (Universidad de La Empresa) (Uruguai). Docente da Academia da PMMG. Coordenadora Núcleo de Estudos Virtuais e Presenciais do Instituto Brasileiro de Estudo e Pesquisa em Direito Militar.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal adequar o emprego do tombamento provisório às premissas do atual marco constitucional para que aplicação do instituto não se converta em prática abusiva de intervenção do Estado na propriedade privada e contrária ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

No sistema jurídico brasileiro, o art. 10 do Decreto-lei nº 25/1937 instituiu a figura do tombamento provisório. Trata-se de medida de acautelamento por meio da qual o poder público promove a proteção do bem dotado de valor histórico cultural, cujo processo administrativo de identificação não foi concluído. O tombamento provisório é configurado a partir da deflagração do processo administrativo de tombamento, por meio da notificação do proprietário do bem.

Conforme será demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro praticamente equiparou por completo os efeitos do tombamento provisório aos do tombamento definitivo. Desse modo, o proprietário do bem sobre qual recai a medida de acautelamento e os proprietários de imóveis vizinhos estão sujeitos às mesmas limitações caso fosse concluído tombamento definitivo.

Todavia, não raras as vezes, o poder público deixa de concluir o processo, estendendo o tombamento provisório por significativo lapso temporal. Tal prática constitui o emprego abusivo do tombamento provisório pelo poder público, o que desnatura a finalidade acauteladora e provisória do instituto. Afinal, aquilo que fora instituído em função de sua natureza provisória pretende alcançar o *status* de tombamento definitivo ao arrepio da observância do devido processo legal, violando direitos fundamentais dos cidadãos.

O trabalho busca avaliar a recepção do instituto do tombamento provisório pela ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988. A pesquisa, de tipo jurídico-propositivo, tem natureza dogmática, tendo sido utilizadas fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais. Para construção, buscou-se como referencial teórico utilizar a construção do instituto do Tombamento, bem como, a ideia de Intervenção do Estado no direito de propriedade. Para tal, se utilizou de uma abordagem caracterizada como exploratório.

Quanto à natureza, o artigo apresentou-se com uma abordagem qualitativa, em que se buscou um a sustentação teórica, ou seja, análise acerca do tema supracitado utilizando embasamentos teóricos para explicar a pesquisa. Ainda, o presente estudo baseou-se, fundamentalmente, em dois procedimentos técnicos, a saber: documental e bibliográfico,

para construção do objeto de estudo, embasando-se na doutrina, artigos científicos extraídos de periódicos e revistas jurídicas.

Nesse diapasão, parte-se da hipótese de que a qualificação de bem como patrimônio histórico cultural por meio de instituição de tombamento provisório sem a efetiva conclusão do processo de tombamento, configura desvio de finalidade e violação às garantias do devido processo legal, duração razoável do processo e ao direito de propriedade do particular - todos eles tomados como direitos fundamentais dos cidadãos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A intervenção do Estado na propriedade privada alinhada aos direitos fundamentais

No processo de transição do Antigo Regime para o Estado de Direito, foi forjada a noção de supremacia geral do Estado para justificar as intervenções do soberano na propriedade e na liberdade dos particulares. Naquele período, as ações de intervenção do Estado na propriedade privada eram fundamentadas em prerrogativas natas da autoridade estatal que eram tomadas em nome da segurança e da ordem social.

No atual marco constitucional, a intervenção estatal na propriedade alheia não pode encontrar respaldo em fórmulas elásticas ou em poderes metajurídicos e naturalizados da Administração Pública. Pelo contrário, a intervenção do Estado na propriedade privada encontra fundamentos e limites na própria ordem jurídica, tratando- se, portanto, de um poder legal, isto é, como conjunto de competências da Administração Pública constituído, organizado e legitimado por normas do direito positivo.

Nesse cenário, a legalidade administrativa é fonte de legitimidade e condição de possibilidade das atividades de intervenção do Estado na propriedade privada. No Estado Democrático de Direito, a atividade de intervenção do Estado na propriedade privada deve passar pelo filtro dos direitos fundamentais. Nesse quadro, os direitos fundamentais assumem papel garantista e é desempenhado, sobretudo, pelo princípio da legalidade administrativa, que assegura que as ações de intervenção devem encontrar prévio fundamento no ordenamento jurídico (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 72).

Os direitos fundamentais também desempenham o papel de estabilizar expectativas e assegurar condições para o convívio social. Nesse sentido, os direitos fundamentais são o próprio fundamento de legitimidade para as ações de intervenção do

Estado na propriedade. Afinal, a intervenção na propriedade alheia tem como foco neutralizar condutas de sujeitos (particulares e o próprio Estado) que colocam em perigo o desfrute de direitos fundamentais de outros membros do corpo social. Dito de outra forma, por meio da intervenção do Estado na propriedade alheia busca-se resguardar a própria fruição de direitos fundamentais de terceiros (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 72-73). Além de tais papéis, os direitos fundamentais exercem outras funções, impondo ao poder público a observância do processo administrativo, dos comandos do princípio da proporcionalidade e do controle jurisdicional de legalidade (SCHMIDT- ASSMANN, 2003, p. 73).

A garantia fundamental do devido processo legal inscrita no art. 5º, LV, do texto constitucional estabelece que toda atuação interventiva observe procedimento cujas etapas estejam previamente prescritas em lei. Nesse sentido, a atuação procedimental assegura ao cidadão maior controle e calculabilidade da atividade administrativa. Ademais, a cláusula do devido processo legal, em sentido formal, consagra direitos subjetivos procedimentais , assegurando o exercício do contraditório e da ampla defesa, a participação de terceiros interessados na decisão administrativa, a motivação das decisões administrativas, a duração razoável dos processos administrativos etc.

Na dimensão substantiva, a cláusula do devido processo legal impõe a adequação da decisão administrativa ao ordenamento jurídico e caso concreto, de modo a prescrever solução apta a concretizar o interesse público com a menor intensidade interventiva sobre os direitos fundamentais do cidadão. Trata-se, portanto, da manifestação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais também expressam a garantia de controle jurisdicional dos atos de poder de polícia, nos moldes do art. 5º, XXXV, do texto constitucional. Independentemente de configurar hipótese de exercício de competência discricionária, as decisões administrativas estão sujeitas ao controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário, para verificar se o ato representa violação da integridade da ordem jurídica, ameaça ou ofensa a direito subjetivo ou institui intervenção gravosa na propriedade que transcende os motivos que justificaram sua prática. A internalização dos direitos fundamentais nas modalidades de intervenção do Estado na propriedade fornece os subsídios jurídico-constitucionais necessários para avaliação da legitimidade da aplicação do instituto do tombamento provisório.

2.2 Considerações sobre a tutela do patrimônio-histórico cultural brasileiro

A Constituição da República de 1988 consagra expressamente a proteção do patrimônio histórico-cultural como dever da coletividade e do poder público e, ainda, prevê institutos voltados à sua promoção. A maior contribuição da Constituição de 1988 sobre o tema consiste no estabelecimento de conceito jurídico de patrimônio histórico cultural, nos moldes do Art. 216:

> 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:
> I - as formas expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
> § 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, 2017)

A definição constitucional de patrimônio cultural baseia-se em concepção ampla de bem, que abarca bens móveis e bens imóveis, bens materiais e bens imateriais e bens coletivos e singulares. O texto constitucional rompe com concepção que tendia a qualificar como patrimônio histórico cultural tão-somente bens materiais ligados a fatos e eventos oficiais da narrativa histórica. O constituinte valorizou os bens de natureza prevendo de forma expressa, que formas de expressão e modos de criar, fazer e viver podem ostentar a qualificação de patrimônio histórico cultural e estar sujeito aos processos de identificação e proteção. Ademais, o constituinte promoveu a abertura da noção de patrimônio histórico cultural aos bens que tenham referência aos diversos grupos sociais ligados ao processo de conformação da multifacetada sociedade brasileira.

Segundo o texto constitucional, para que um bem ostente a qualificação de patrimônio histórico-cultural dois requisitos devem ser concomitantemente observados: (a) o bem deve encerrar correlação direta com a identidade, ação ou memória dos múltiplos grupos que compõem rico processo de formação da sociedade brasileira e (b) o bem deve ser, formalmente, qualificado como patrimônio cultural pelo poder público, por meio de registro, tombamento e inventário.

Nesse sentido, José Afonso da Silva explica que o legislador, ao definir o conceito jurídico de patrimônio cultural, delimitou o espectro de bens que podem ostentar

essa condição jurídica e, por consequência, receber os influxos de um regime jurídico especial de proteção.

O Brasil tem utilizado sempre o método da classificação, a partir de sua categorização genérica. [...] aí, nessa categorização conceitual, tem-se aquilo que a Constituição agora chama de "bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira".

Portanto, para que o bem integre o patrimônio cultural é impostergável a existência de ato administrativo que assim o reconheça. O reconhecimento do bem como integrante do patrimônio histórico cultural deve ocorrer no bojo de processo administrativo, orientado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, devendo estar, motivadamente, demonstrado o nexo de causalidade entre as caraterísticas do bem e o processo de conformação da sociedade nacional.

Tais exigências encontram amparo na conjugação do art. 5º, LV, art. 37, *caput*, com a norma inscrita artigo 216, § 1º, Constituição que atribui ao Poder Público competência para "promoção" e "proteção" do patrimônio cultural. Por meio de tais comandos, o constituinte estabelece que a atuação do Poder Público em relação aos bens culturais desdobra-se nas seguintes vertentes complementares: (a) o reconhecimento e identificação dos bens que integram o patrimônio histórico-cultural, por meio de processos administrativos; (b) a vigilância permanente desses bens, por meio do exercício do poder de polícia; (c) a adoção de políticas públicas voltadas à preservação do patrimônio histórico-cultural. As medidas de identificação referem-se aos processos administrativos de consagração do bem como patrimônio público, que são formalizados por meio dos institutos do tombamento, inventário e registro.

A exigência constitucional de reconhecimento formal do bem como patrimônio cultural ampara-se nos princípios da segurança jurídica e da publicidade. Na medida em que o bem qualificado como patrimônio histórico cultural está sujeito a regime jurídico diferenciado, composto por inúmeras normas limitadoras do exercício do direito de propriedade, é preciso que o proprietário e o corpo social tenham ciência prévia da condição especial desse bem para evitar prejuízos à sua integridade.

Conforme será exposto, a disciplina jurídica do tombamento acolhe a lógica acima descrita. Segundo o Decreto-lei nº 25/37, os efeitos do tombamento, que traduzem limitações impostas ao proprietário e aos vizinhos do bem acautelado (não demolir, não alterar as características do bem, suportar vigilância do poder público, não comprometer a visibilidade do bem etc.) -, somente incidem se o bem já fora objeto de tombamento,

portanto, consagrado como patrimônio histórico. Logo, tais limitações não podem ser impostas ao proprietário e aos vizinhos do bem que ainda não fora identificado pelo poder público como bem dotado de valor histórico-cultural, mesmo que de forma provisória.

Ademais, no sistema jurídico brasileiro, a descaracterização de bem reconhecido com patrimônio histórico cultural importa responsabilização nas esferas civil, administrativa e penal. Desse modo, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, é imprescindível, para fins de responsabilização em qualquer das esferas, que o bem modificado tenha sido reconhecido pelo poder público como patrimônio histórico cultural.

Em recente decisão proferida no bojo da Apelação Cível nº. 2004.33.01.001274-2, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região sedimentou o entendimento de que somente é cabível responsabilização civil por descaracterização de bem dotado de valor histórico cultural, quando o poder público, por meio de ato formal, consagra o bem como patrimônio histórico cultural.

Na oportunidade, a Quinta Turma Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou que não poderia ser responsabilizado o Município de Ilhéus pela realização de festas juninas em Praça que guarda material arqueológico ainda não reconhecida pelo poder público como sítio arqueológico.

Verifica-se, portanto, a necessidade de prévia identificação do bem como patrimônio histórico cultura pelo poder público para incidência de regime especial de proteção e para fins de responsabilização nas esferas civil, administrativa ou penal, em casos de descaracterização.

2.3 O tombamento como instrumento de tutela do patrimônio histórico-cultural

O direito positivo brasileiro, por meio do Decreto-lei nº 25/37, atribuiu ao tombamento a dimensão de instrumento jurídico voltado para identificação e proteção de bem dotado de valor histórico-cultural. Nesse sentido, tombamento equivale a "[...] colocar sobre abrigo e tutela pública os bens que, pelas suas características históricas, artísticas, naturais e arqueológicas, merecem integrar patrimônio cultural do país" (TELES, 1992, p. 13).

Tombar tem origem etimológica na palavra o latim *tumulum*, que significa arquivo, depósito. O emprego do vocábulo tombamento, pelo direito positivo brasileiro, resulta de influência da tradição portuguesa que efetuava o registro e o inventário dos bens da coroa em Arquivo Real, instalado no Castelo de São Jorge, em Lisboa, por determinação de

D. Fernando I. A torre do referido castelo ficou conhecida como Torre do Tombo por guardar os tombos (registros) dos bens do Estado (TELES, 1992, p. 20-21). A edição do Decreto-Lei nº 25/37 apoiou-se no art. 10, III, da Constituição de 1934 que autorizava a limitação do direito de propriedade para tutela das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico ou artístico.

O art. 216 da Constituição de 1988 conferiu estatura constitucional ao tombamento como mecanismo de qualificação e tutela do patrimônio histórico cultural. A promulgação da Constituição de 1988 impôs a adequação da disciplina do tombamento às premissas normativas constitucionais, sobretudo, no que concerne a definição de patrimônio histórico cultural. Para além da adequação ao conceito amplo de patrimônio histórico cultural, a disciplina e aplicação do instituto do tombamento pressupõe ainda ajustamento às garantias fundamentais consagradas pela Constituição de 1988. Nesse quadro, destacam- se a reafirmação da natureza procedimental do instituto, a necessidade de avaliação da possibilidade de indenização do particular titular do bem tombado, tendo-se em vista o princípio da repartição dos ônus sociais, as possibilidades e os limites do controle jurisdicional do processo administrativo de tombamento.

O tombamento é modalidade de intervenção na propriedade privada caracterizada por duas características principais. A primeira delas refere-se à finalidade de promover a tutela do patrimônio histórico cultual. A segunda característica refere-se ao fato de que a instituição do tombamento impõe restrições parciais ao exercício do direito de propriedade, não aniquilando por completo os direitos inerentes ao domínio. Ademais, as restrições parciais instituídas pelo tombamento devem encontrar assento normativo nos artigos 11 a 20 do Decreto-lei nº 25/37.

Prevalece entendimento de que o tombamento constitui modalidade *sue generis* de intervenção do Estado na propriedade privada, sendo efetuado por meio de devido processo administrativo cujas regras principais estão dispostas pelo Decreto-lei nº 25/37. O rito pode ter variações a depender da modalidade do tombamento. Mas, em todas as hipóteses, o procedimento é informado por parecer órgão técnico vinculado à esfera federativa que promove o tombamento.

O tombamento de ofício recai sobre bem público. Inicialmente, órgão técnico manifesta-se acerca do valor histórico-cultural do bem, na sequência, a entidade titular do bem é notificada, e, finalmente, o bem é inscrito em um dos livros do tombo. O tombamento voluntário é processado quando o proprietário requer ou anui com a realização do tombamento em bem de sua propriedade. Pode ser deflagrado por meio de pedido

formalizado pelo proprietário ao poder público, diante de avaliação do órgão técnico que reconheça o valor histórico-cultural do bem realiza avaliação do bem, é promovida a inscrição do bem no livro do tombo. O tombamento voluntário pode ser iniciado por meio de notificação do poder público sobre a intenção de realização do tombamento do bem, e, mediante a anuência do proprietário é promovida a inscrição do bem no livro do tombo.

No tombamento provisório não há anuência do proprietário na realização do tombamento. No âmbito federal, é composto pelas seguintes etapas: (a) manifestação do órgão técnico sobre o valor histórico-cultural do bem; (b) notificação do proprietário, para se manifestar sobre a realização do tombamento; (c) apresentação de impugnação pelo proprietário; (d) manifestação do proprietário acerca das razões apresentadas pelo proprietário; (e) decisão administrativa sobre a procedência ou não da realização do tombamento; (f) se a decisão for favorável ao tombamento, o Ministro da Cultura aprecia a decisão, podendo chancelá-la ou revogá-la; (g) havendo anuência do Ministro da Cultura, é realizado o tombamento definitivo do bem por meio da inscrição no livro do tombo.

Nos moldes da disciplina do art. 13 do Decreto nº 25/37, a averbação do tombamento na matrícula do bem no Registro de Imóveis não constitui etapa do processo de tombamento, pois entende-se que sua ausência não altera ou condiciona a incidência dos efeitos do tombamento (DI PIETRO, 2013, p. 149).

Diante da análise do devido processo, verifica-se que a partir da notificação do proprietário do bem são deflagrados todos os efeitos do tombamento, estando formalizado o tombamento provisório. Os efeitos do tombamento estão dispostos nos artigos 11 a 20 do Decreto-Lei nº 25/37. O proprietário do bem fica sujeito aos seguintes condicionamentos principais: (a) realizar obras de conservação necessárias à preservação do bem e se não tiver condições deve comunicar o órgão competente; (b) não destruir, demolir ou mutilar o bem; (c) não realizar intervenções ou reformas sem prévia autorização o do órgão competente; (d) suportar vistorias do poder público.

O tombamento gera para os proprietários de imóveis do entorno servidão administrativa, proibindo-os de realizar obra ou instalar bem que comprometa a visibilidade do bem tombado, nos moldes do art. 18 do Decreto-lei nº 25/37. Para resguardar terceiros de boa-fé, o poder público deve delimitar a área de influência do bem tombado, promover averbação no Registro de Imóveis da área afetada pelo tombamento. Além disso, Di Pietro propõe a notificação dos Municípios para que não outorguem alvarás de construção em desacordo com as limitações instituídas pelo tombamento (DI PIETRO, 2013, p. 152).

O tombamento gera para o poder público os deveres de: (a) realizar ações fiscalizatórias sobre o bem tombado; (b) executar as obras de conservação, quando o proprietário não puder fazê-lo; (c) providenciar a transcrição do tombamento no Registro de Imóveis.

Todos os efeitos elencados são comuns ao tombamento provisório e ao tombamento definitivo. A rigor, até a edição do novo Código de Processo Civil (Lei nº. 3.105/2015), em relação aos efeitos, a única diferença existente entre o tombamento provisório e o tombamento definitivo restringia-se ao fato de que somente quando realizada a inscrição do bem no livro do tombo surgia em favor do poder público o direito de preferência para aquisição do bem quando o proprietário desejasse aliená-lo. Em suma, no tocante aos efeitos, no tombamento provisório, inexistia direito de preferência do poder público para adquirir o bem, nos moldes do art. 22 do Decreto-lei nº 25/37.

O art. 1.072 do novo Código de Processo Civil revogou expressamente o art. 22 do Decreto-lei nº 25/37, extinguindo o direito de preferência do poder público para adquirir o bem tombado definitivamente, igualando, *in totum*, quanto aos efeitos o tombamento provisório ao tombamento definitivo.

Cabe o registro de que o art. 889, VIII, e 892, § 3º, do novo Código de Processo Civil dispõem que União, Estados e Municípios serão notificados com antecedência de 5 (cinco) dias, nas hipóteses de alienação de bem tombado e que, no caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios têm, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta.

O novo Código de Processo Civil, portanto, extingue a figura do direito de preferência aplicável nas hipóteses de alienação extrajudicial do bem tombado. Demonstrada a equiparação quanto aos efeitos do tombamento provisório ao tombamento definitivo, verifica-se que as duas modalidades diferenciam-se em relação à conclusão do devido processo legal para instituição das restrições na propriedade privada.

A rigor, a diferença precípua entre as referidas modalidades de tombamento reside na natureza de medida administrativa cautelar do tombamento provisório. O intuito de atribuir ao tombamento provisório os efeitos do tombamento definitivo justifica-se na necessidade de o poder público evitar que o proprietário ou terceiros realizem atos de descaracterização do bem enquanto não ultimado o processo de tombamento. Trata-se, portanto, de medida de salvaguarda que visa o perecimento das caraterísticas do bem que fundamentam a instituição do tombamento.

O tombamento provisório constitui ato administrativo dotado de exigibilidade, uma vez que é tomado independentemente da vontade do particular e de prévia autorização do Poder Judiciário, no bojo de processo administrativo de tombamento, que tem como escopo impedir atos descaracterização do bem objeto de tombamento até a conclusão do devido processo administrativo, cujos efeitos equiparam- se ao tombamento provisório.

O tombamento provisório insere-se no contexto do exercício do poder geral de cautela do administrador público, que, no âmbito da administração pública federal, está consagrado pela cláusula geral consubstanciada no art. 45 da Lei nº 9.784/99, segundo a qual: "Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado. " (BRASIL, 1999)

O poder geral de cautela da Administração Pública é caracterizado pela expedição de atos administrativos dotados de exigibilidade, expedidos em situações de risco potencial e que têm finalidade evitar o perecimento do direito ou do interesse público tutelado no caso concreto. O exercício do poder geral de cautela está condicionado a dever de motivação e sujeito ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, nos moldes delimitados pelo art. 5º, XXXV, do texto constitucional. Ademais, por envolver situações de risco e/ou urgência, os atos instituidores de medidas acauteladoras são expedidos sem a observância do devido processo administrativo, que, necessariamente, deve ser concluído.

A partir de tais premissas chega-se à conclusão parcial de que a provisoriedade é ínsita à natureza dos atos administrativos instituidores de medidas de acauteladoras. Isso significa que o ato e os respectivos efeitos não podem se tornar definitivos sem a conclusão do devido processo administrativo. Portanto, tais atos devem ter eficácia por prazo limitado, sendo salutar que o próprio direito positivo preveja o lapso temporal de eficácia da medida.

Na inexistência de previsão normativa, compete à própria Administração Pública fixar o prazo de validade dos efeitos do ato administrativo que cria medidas acauteladoras, mercê dos princípios da publicidade, segurança jurídica e duração razoável do processo administrativo.

A Lei nº 9.985/2000, que disciplina o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, prevê medida acauteladora que pode ser instituída pelo poder público antes da criação da Unidade de Conservação em propriedade privada, para evitar que o proprietário do bem onde a futura limitação será instituída aniquile as características ambientais que justificam a criação da unidade.

A criação de unidade de conservação ocorre por ato do poder público federal, estadual, distrital ou municipal. A criação pode ser formalizada por lei ou decreto. A

legislação regente prevê, como regra, que a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade. Nesse contexto, o poder público é obrigado a fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas.

O art. 22-A da Lei nº 9.985/2000 estabelece que, ressalvadas as atividades agropecuárias e outras atividades econômicas em andamento e obras públicas licenciadas, na forma da lei, o poder público pode instituir por meio de decreto limitações administrativas provisórias ao exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental, para a realização de estudos com vistas na criação de Unidade de Conservação, quando, a critério do órgão ambiental competente, houver risco de dano grave aos recursos naturais ali existentes.

Ainda, o § 1º do mesmo dispositivo ainda prevê que sem prejuízo das restrições estipuladas pela limitação administrativa, na área afetada não são permitidas atividades que importem em exploração a corte raso da floresta e demais formas de vegetação nativa. Por fim, a norma inscrita no art. 22-A, § 2º, da Lei n º 9.985/2000 dispõe que a sujeição do bem privado à limitação administrativa limita-se ao prazo de 7 (sete) meses, improrrogáveis. Portanto, uma vez transcorrido o referido prazo, fica extinta a limitação administrativa.

O modelo de instituição de medida acauteladora consagrado pelo art. 22-A da Lei nº 9.985/2000 adere ao modelo proposto no presente trabalho, na medida em que compatibiliza a tutela do interesse público (meio ambiente) e os direitos fundamentais do proprietário do bem sobre o qual pode ser instituída medida de limitação da propriedade.

A estipulação de prazo para conclusão do processo de criação da unidade de conservação gera para o poder público o dever promover de forma eficiente as ações e estudos técnicos necessários para fundamentação da criação da unidade. Por outro lado, gera para o particular o direito subjetivo público de fazer uso pleno de todas as faculdades inerentes ao domínio quando findo o prazo, mesmo se o poder público ainda não tem decisão conclusiva acerca da criação da unidade de conservação. A subordinação da validade da medida acauteladora por prazo determinado tende a inibir que o poder público procrastine, indefinidamente, as limitações administrativas e deixe de concluir o processo de criação da unidade de conservação.

Conclui-se, portanto, que as medidas administrativas acauteladoras tomadas por prazo indeterminado são ilegais e configuram desvio de finalidade, sobretudo, por violação

das garantias fundamentais do devido processo legal, da duração razoável do processo e da segurança jurídica.

A medida acauteladora que se procrastina indeterminadamente pelo tempo configura desvio de finalidade, pois sua instituição justificou-se para assegurara de forma provisória o interesse público enquanto não concluídas todas as etapas do devido processo administrativo. A medida administrativa acauteladora com duração indefinida subverte a finalidade que justificou sua criação. Ademais, por meio dela, a Administração Pública consegue alcançar os efeitos que adviriam de decisão administrativa precedida de devido processo legal, tolhendo o particular das garantias procedimentais das quais faria jus caso o processo administrativo tivesse sido observado.

Nesse cenário, cabe recordar que a figura do desvio de poder está configurada sempre que o agente administrativo, embora competente, pratica determinado ato mediante o uso dos seus poderes legais para fim diverso daquele em virtude do qual lhe foram concedidos (TÁCITO, 1975, p. 73). O administrador, ao violar a finalidade legal, passa a representar desrespeito ao ordenamento jurídico e desvirtuamento da prática administrativa de sua função de promover o bem coletivo.

Jean Rivero (1981) identifica o abuso de poder em duas situações: "prossecução pelo autor do *acto* de um fim *alheio ao interesse geral*" e "quando o fim prosseguido, se bem que de interesse geral, não é *o fim preciso que a lei atribuía ao acto*", incluindo na segunda hipótese o desvio de procedimento. Segundo o autor, o desvio de procedimento ocorre quando a Administração, que dispõe de um procedimento legal, visando a um determinado fim, pretende atingi-lo por outro procedimento destinado a um fim diferente, mas que ela julga mais prático no caso concreto (RIVERO, 1981, p. 290-291).

Para Marceau Long, Prosper Weil e Guy Braibant, em comentário ao *Arrêt Pariset* (1875), defendem que no desvio de procedimento (*détournement de procédure*), "[...] no qual a administração, dissimulando o conteúdo real de um ato sob falsa aparência, recorre a procedimento reservado por lei a fins diversos, a fim de elidir certas formalidades ou de suprimir certas garantias" (LONG; WEIL, BRAIBANT, 1965, p. 22).

A medida administrativa acauteladora de duração indefinida configura hipótese de desvio de procedimento, podendo ser objeto anulação por provimento jurisdicional. Caio Tácito adverte que a garantia legal contra o desvio de poder não configura mero tecnicismo jurídico, nem intromissão judicial nos critérios políticos da administração. Para ele**,** o desvio de poder previne ou intercepta o divórcio entre a lei e o fenômeno social, preservando a conexão que associa a regra do direito e o seu endereço original (TÁCITO, 1975, p. 70).

Cabe ponderar que o processo administrativo de reconhecimento do bem como patrimônio histórico cultural pode ser demasiadamente moroso, podendo comprometer a conservação do bem ainda não identificado por meio de decisão administrativa definitiva. Para evitar o perecimento do bem, em processo de identificação, o administrador pode utilizar seu poder geral de cautela e efetuar o reconhecimento provisório do bem como patrimônio cultural, vedando prática de atos de descaracterização, sob pena de tripla responsabilização.

No que tange a tutela dos bens materiais, o art. 10 do Decreto-lei nº 25/37 instituiu a figura do tombamento provisório. O tombamento provisório fica configurado a partir da deflagração do processo administrativo de tombamento, por meio da notificação do proprietário do bem acerca do respectivo valor histórico-cultural.

Conforme será explorado, atualmente, o tombamento provisório equipara-se em todos os efeitos ao tombamento definitivo, o que significa que o proprietário do bem e os proprietários de imóveis vizinhos encerram estão sujeitos às mesmas limitações instituídas pelo tombamento definitivo, em que pese a não conclusão do devido processo legal.

Todavia, não raras as vezes, o poder público deixa de concluir o processo de tombamento, estendendo por significativo lapso temporal o tombamento provisório. Nesses termos, a procrastinação de estado inconclusivo, por considerável período, configura desvio de finalidade e violação às garantias do devido processo legal, duração razoável do processo e ao direito de propriedade do particular.

Além da privação das garantias inerentes ao devido processo administrativo e da violação à garantia da duração razoável do processo, caso o tombamento não se concretize ao final, o proprietário sofre ilegítimas limitações de faculdades inerentes ao domínio, que inclusive podem dar causa a significativos prejuízos econômicos. Por exemplo, a instituição de tombamento provisório quando restringe o potencial construtivo do bem imóvel pode inibir a alienação do bem a terceiros para realização de empreendimentos imobiliários.

Diante de tal cenário, medida que pode contribuir para o emprego legítimo do instituto do tombamento provisório, que impediria a desnaturação de sua natureza de medida administrativa acauteladora, é o condicionamento de sua vigência a lapso temporal determinado.

Como a legislação regente não condiciona o emprego do tombamento provisório a prazo específico propõe-se a aplicação analógica do prazo de 7 (sete) meses previsto pelo art. 22-A da Lei nº 9.985/2000, para a instituição das limitações administrativas acauteladoras que antecedem a criação de unidade de conservação. A aplicação analógica do referido dispositivo justifica-se, sobretudo, em razão da natureza acauteladora do

tombamento provisório e a limitação administrativa que precede a criação da unidade de conservação, bem como em função das similitudes existentes entre tutela do patrimônio histórico cultural e a tutela do meio ambiente.

Nesses termos, compreende-se que o condicionamento a lapso temporal predeterminado é medida que viabiliza a aplicação conforme à Constituição do instituto do tombamento provisório, promovendo-se a tutela do bem em processo do tombamento e resguardando o direito de propriedade do particular, a duração razoável do processo, a segurança jurídica e as garantias inerentes à cláusula do devido processo legal.

3 CONCLUSÃO

O presente ensaio teve como escopo demonstrar que, no atual marco constitucional, a intervenção do Estado na propriedade pressupõe a compatibilização da tutela do interesse público legalmente consagrado com o devido resguardo dos direitos fundamentais do proprietário.

O tombamento provisório enquadra-se com medida administrativa acauteladoras que tem como finalidade precípua evitar a descaraterização do bem cujo processo de tombamento ainda não foi concluído. O emprego legítimo do tombamento provisório pressupõe motivação, publicidade e duração por prazo determinado.

O condicionamento do emprego do tombamento a prazo determinado visa assegurar que o processo de tombamento seja concluído segundo a garantia da duração razoável do processo, bem como impedir sua aplicação abusiva pela Administração Pública. A estipulação de prazo de vigência visa evitar que o poder público deixe de concluir o processo de tombamento, estendendo os efeitos do tombamento provisório por período temporário indeterminado, tolhendo o proprietário das garantias inerentes ao devido processo legal.

Considerando-se que o Decreto-lei nº 25/37 não condiciona o emprego do tombamento a prazo temporal algum, propõe-se a aplicação analógica do prazo de 7 (sete) meses previsto pelo art. 22-A da Lei nº 9.985/2000, para a instituição das limitações administrativas acauteladoras que antecedem a criação de unidade de conservação.

A procrastinação dos efeitos do tombamento provisório por prazo indeterminado configura desvio de procedimento e violação às garantias do devido processo legal, duração razoável do processo e ao direito de propriedade do particular. Nesses termos, o particular ou terceiro prejudicado por tombamento provisório instituído por período superior a 7 (sete)

meses encerra o direito subjetivo público de requerer a anulação da medida à própria Administração Pública, no exercício da autotutela administrativa, ou ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da auto-executoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. **Constituição da República** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.784/1999.** Disciplina o processo administrativo em âmbito federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível. Processo nº 0001341-48.2004.4.01.3301**, AC 2004.33.01.001274-2 / BA;, Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, 06/08/2015 e-DJF1 p. 2993. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 206**. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 15 jan. 2018.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Tombamento de imóveis urbanos e indenização: estudo das tendências contemporâneas a partir da jurisprudência. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Coord.). **Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel.** Bel Horizonte: 2010, p. 183-220.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. *Les grands arrets de la jurisprudence administrative*. 4. éd. Paris: Sirey, 1965.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1981.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. ***La teoria general del derecho administrativo como sistema.*** Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 809-811.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1975.

TELLES, Antonio Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 20-21.