



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

JOYCE DE OLIVEIRA LESSA

**O TOMBAMENTO COMO PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL:
análise do caso Hotel Reis Magos à luz dos parâmetros de interpretação do Direito Público
contemplados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**

**NATAL/RN
2020**

JOYCE DE OLIVEIRA LESSA

O TOMBAMENTO COMO PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL:
análise do caso Hotel Reis Magos à luz dos parâmetros de interpretação do Direito Público
contemplados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB

Monografia apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte, como requisito parcial para
a obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo.

Orientador: Prof. Me. Ricardo César Ferreira
Duarte Júnior

NATAL/RN
2020

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Lessa, Joyce de Oliveira.

O tombamento como proteção jurídica do patrimônio cultural: análise do caso Hotel Reis Magos à luz dos parâmetros de interpretação do Direito Público contemplados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB / Joyce de Oliveira Lessa. - 2020.

69f.: il.

Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, 2020.

Orientador: Prof. Me. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior.

1. Direito Administrativo - Monografia. 2. Patrimônio cultural - Proteção - Monografia. 3. Tombamento jurídico - Monografia. 4. Direito Público - Brasil - Monografia. I. Duarte Júnior, Ricardo César Ferreira. II. Título.

RN/UF/CCSA

CDU 342

JOYCE DE OLIVEIRA LESSA

O TOMBAMENTO COMO PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL:
análise do caso Hotel Reis Magos à luz dos parâmetros de interpretação do Direito Público
contemplados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB

Monografia apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte, como requisito parcial para
a obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo.

Aprovada em: 25/03/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior
Presidente

Prof. Dr. Vladimir da Rocha França
Membro

Prof. Me. Adolpho Salim Simonetti Jamaledine
Membro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O TOMBAMENTO COMO LIMITAÇÃO DO PODER PÚBLICO SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR	8
2.1 ASPECTOS GERAIS DO TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	8
2.2 LEGISLAÇÃO DO TOMBAMENTO NOS ÂMBITOS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL	15
2.3 PRESERVAÇÃO DA CULTURA E DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR	24
3 A LEGISLAÇÃO DO TOMBAMENTO À LUZ DAS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018 À LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB).....	29
3.1 DAS ALTERAÇÕES NA LINDB REFERENTES ÀS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO	29
3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO DO TOMBAMENTO FRENTE À INTERPRETAÇÃO DADA PELA LINDB	36
3.3 A LINDB E AS INTERVENÇÕES DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE TOMBAMENTO	42
4 O CASO HOTEL REIS MAGOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA LINDB E AS FRONTEIRAS DO TOMBAMENTO	48
4.1 O CASO HOTEL REIS MAGOS À LUZ DAS ALTERAÇÕES INSERIDAS NA LINDB	48
4.2 DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO NA NORMATIZAÇÃO DO TOMBAMENTO	56
5. CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS	66

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise sobre a necessidade de atualização da legislação de Tombamento no sentido de proporcionar maior eficácia às normas que organizam a proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos âmbitos federal, estadual e municipal, à luz das alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, a qual inseriu novos parâmetros para interpretação e aplicação das normas de Direito Público no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (“Lei de Introdução às Normas do Direito Público Brasileiro”). Para ilustrar no plano prático os efeitos de tal proposta, optou-se, com base em pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial, pelo estudo do caso de desfecho recente envolvendo a instauração de processo de tombamento temporário que se prolongou por seis anos e culminou com decisão judicial que concedeu alvará para demolição do Hotel Reis Magos, então localizado na orla da cidade de Natal, capital do Rio Grande do Norte.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Patrimônio Cultural. Tombamento. LINDB.

ABSTRACT

The present work proposes an analysis on the need to modernize the Recording legislation in order to provide greater effectiveness to the rules that organize the protection of the Brazilian cultural heritage, at the federal, state and municipal government levels, according to the changes introduced by Law nº 13.655/2018, which inserted new parameters for interpretation and application of Public Law in Decree-Law nº 4.657/1942 (“Introduction to the Rules of Brazilian Public Law”). The case study chosen to illustrate on a practical level the effects of such proposal, based on doctrine, legislation and case law research, was the recent outcome involving the establishment of a temporary cultural heritage recording procedure that lasted for about six years and culminated with a court decision that granted a permit to demolish the Reis Magos Hotel, formerly located in the seaside area of Natal, capital of Rio Grande do Norte.

Keywords: Administrative Law. Cultural Heritage. Recording. LINDB.

1 INTRODUÇÃO

A proteção do patrimônio cultural brasileiro foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 como garantia diretamente decorrente do direito fundamental ao acesso à cultura. A preocupação com a preservação da cultura, por sua vez, está diluída em dispositivos diversos do diploma constitucional, englobando desde a conceituação do que se considera patrimônio cultural, a instituição de instrumentos jurídicos de defesa, até disposições sobre a competência concorrente entre os entes federativos nesse intuito.

O robusto arcabouço garantista trazido pela Constituição de 1988 recepcionou o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza até os dias de hoje a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. No Rio Grande do Norte, também é anterior à Constituição Federal a legislação de defesa do patrimônio estadual, fixada pela Lei nº 4.775, de 3 de outubro de 1978. Quanto à capital potiguar, só bem mais recentemente a proteção foi regulada no âmbito da cidade do Natal, com a Lei Municipal nº 5.191, de 16 de maio de 2000. Os referidos diplomas legais dispõem, entre outros aspectos, sobre o processo administrativo de tombamento dos bens em cada esfera, que possuem competência concorrente por mandamento constitucional para legislar e atuar na defesa do patrimônio nacional, regional e local.

Entre similaridades e diferenças no procedimento adotado, que consiste em forma de limitação imposta pelo poder público ao direito de propriedade do particular, constata-se que a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do tombamento não tem sido suficiente para assegurar a tutela do patrimônio cultural para uma resposta efetiva na resolução de conflitos nessa seara.

Um exemplo marcante é o da celeuma que envolveu o destino do Hotel Reis Magos, antes localizado na orla da capital potiguar. O imóvel, que se manteve em situação de abandono desde o ano de 1995, quando encerrou definitivamente suas atividades, foi alvo de polêmica que se tornou acirrada a partir do ano de 2013. À época, o grupo empresarial proprietário do bem anunciou a intenção de demolir a estrutura em processo de deterioração para a construção de um novo empreendimento no local. A partir de então o poder público foi provocado, por iniciativa de associação ligada à área da cultura, nas instâncias federal, estadual e municipal, a instaurar processo de tombamento para garantir a preservação da obra considerada de notória inspiração na arquitetura moderna. Ocorre que, apesar de inicialmente deferido o tombamento provisório pelo Estado, o antigo hotel seguiu em estado de degradação e sem manutenção. Em

consequência, tais circunstâncias implicaram ao longo dos anos em insegurança constante para os habitantes do entorno e desvalorização da área, resultando em sérios prejuízos sociais e econômicos. Enquanto isso, a questão se arrastou por mais de seis anos com uma série de demandas levadas ao Judiciário, findando com o deferimento de um pedido de liminar que autorizou a demolição do prédio.

Diante de tal cenário, questiona-se a eficácia do instituto do tombamento, e de que forma ele poderia ser melhorado como meio de proteção sustentável do patrimônio cultural. É nesse contexto que entram as modificações inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/1942) pela Lei nº 13.655/2018, que em muito poderiam contribuir oferecendo apoio como ponto de partida para eventuais propostas de atualização normativa. As alterações propõem uma reforma na interpretação do Direito Público de forma a estimular um novo olhar que confira às práticas dos agentes públicos maior segurança jurídica por meio da busca por decisões mais justas baseadas na razoabilidade, proporcionalidade, concretude e previsibilidade, sempre visando à realização do melhor interesse público.

Sobre a problemática ora levantada, cabem os seguintes questionamentos: o tombamento se apresenta como um instituto eficaz para a proteção do patrimônio histórico? O procedimento adotado garante uma resposta em tempo hábil a indicar a solução que melhor atenda ao interesse público? Uma vez tombado, é assegurada de fato a proteção do bem pelo Poder Público ou há omissão? O tombamento pode servir de obstáculo em vez de solução para a proteção do patrimônio? É possível conciliar interesses públicos e privados dentro das dimensões culturais, sociais e econômicas que envolvem esses casos? Em que as novas disposições trazidas pela Lei nº 13.655/2018 poderiam contribuir para tal debate?

O estudo em comento terá como objetivos, portanto, a partir de uma reflexão acerca das perguntas de pesquisa levantadas, estudar o tombamento como limitação do poder público sobre o direito de propriedade do particular; examinar a legislação do tombamento à luz das inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB); e, por fim, analisar o caso Hotel Reis Magos com esteio na LINDB e na premência de uma revisão no instituto do tombamento.

Para tanto, o trabalho partirá da apresentação de aspectos gerais do tombamento para expor um panorama da legislação aplicada nos âmbitos federal (Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937), estadual (Lei nº 4.775, de 3 de outubro de 1978, do Rio Grande do Norte) e municipal (Lei nº 5.191, de 16 de maio de 2000, do Município de Natal/RN), e, em seguida, explorar o contraponto entre a preservação da cultura e o direito de propriedade do particular.

A seguir, se passará a tratar da legislação do tombamento à luz das inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), notadamente no que se refere às alterações referentes às interpretações das normas de Direito Público, à legislação do tombamento frente à LINDB, bem como questões referentes às intervenções do Legislativo e do Judiciário em matéria de tombamento. Ao final, será examinada a jurisprudência que envolveu o caso Hotel Reis Magos à luz das alterações inseridas na LINDB, seguida de uma reflexão sobre a necessidade de atualização na normatização do tombamento com base nesses parâmetros.

A pesquisa justifica-se pela importância do reconhecimento do que se entende por patrimônio cultural para a memória e identificação de um povo como construção histórica e social, bem como pela urgência na proteção de tais bens, em geral frágeis pelo desgaste próprio do decurso do tempo, no intuito de se estimular que se busquem meios sustentáveis de se evitar perdas que impliquem em prejuízos à cultura – não se deixando de lado a racionalização na tomada de decisões por parte do poder público para equilíbrio entre a ampla gama de interesses da coletividade e os interesses individuais privados, notadamente os econômicos, visto tratar-se o tombamento de limitação ao direito de propriedade do particular.

Buscará ainda o presente estudo contribuir para os estudos atuais e locais sobre o tema, hoje relativamente escassos.

Aplicou-se ao trabalho o método dedutivo, partindo-se do estudo do instituto do tombamento por meio de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial para se chegar à análise do imbróglio envolvendo o caso Hotel Reis Magos. Entre as fontes consultadas para o presente levantamento de dados estão livros, artigos científicos, legislação, jurisprudência, bem como o noticiário local.

Cabe enfim, como se passará a demonstrar, maior atenção a estudos e debates relativos à questão da preservação do patrimônio cultural de forma a se buscar as melhores e mais eficazes formas de se equilibrar interesses para melhor atender ao interesse público.

2 O TOMBAMENTO COMO LIMITAÇÃO DO PODER PÚBLICO SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR.

2.1. Aspectos gerais do tombamento como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural; 2.2 Regime jurídico do tombamento nas esferas federal, estadual e municipal; 2.3 Preservação da cultura e direito de propriedade do particular.

2.1 ASPECTOS GERAIS DO TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Tombamento é uma das formas de intervenção da Administração Pública no direito à propriedade visando à *proteção do patrimônio cultural*, a qual encontra fundamento constitucional nos art. 5º, LXXIII; art. 23 III, IV; 24, VII; art. 30, IX ; art. 215; e art. 216, todos da Carta Magna. Nomeadamente, em seu art. 216, §1º, a Constituição Federal de 1988 fixa que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, entre outras formas de acautelamento e preservação.

Segundo o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que no âmbito federal organiza o patrimônio histórico e artístico nacional, em seu art. 1º, *caput*, por patrimônio histórico e artístico nacional entende-se o conjunto de bens, sejam móveis ou imóveis, existentes no país, e cuja conservação seja de interesse público em razão de vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. São equiparados a tais bens e também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana, conforme fixa o §2º do mesmo dispositivo.

Importante salientar que o termo “patrimônio histórico e artístico”, cunhado pelo Decreto-Lei nº 25/1937 em sua concepção original, tornou-se mais dotado de completude¹ com

¹ “Patrimônio cultural é expressão mais adequada e mais abrangente que patrimônio histórico e artístico. Menos adequado, embora não menos abrangente, é falar-se em patrimônio histórico, artístico ou cultural, porque o “cultural” já inclui o “histórico” e o “artístico”; por isso a Constituição andou bem empregando a expressão sintética “patrimônio cultural”, no art. 216, embora já não o tenha feito tão bem quando se refere a bens de valor histórico, artístico ou cultural, nos arts. 23, III, IV, e 24, VII. A terminologia ainda imprecisa é responsável por essas vacilações no texto constitucional. O que se tem, como vimos, são bens culturais históricos, bens culturais artísticos, bens culturais arqueológicos, paleontológicos, etnográficos, folclóricos, paisagísticos – porque todos

a leitura dada pela Constituição Federal de 1988, passando a ser denominado simplesmente como *patrimônio cultural*. É o que se depreende do *caput* do art. 216, CF/1988, que define como integrantes do patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Aí são incluídos, em lista não taxativa², as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ainda no tocante à previsão constitucional, José Afonso da Silva atenta para a contextualização do instituto do tombamento como um entre outros instrumentos de preservação do patrimônio cultural³:

... hoje, o tombamento é apenas uma das formas possíveis de proteção do patrimônio cultural. Modernizam-se e ampliam-se, portanto, os meios de atuação do poder público na tutela do patrimônio cultural. Sai-se também do limite estreito da terminologia tradicional, para utilizarem-se técnicas mais adequadas, ao falar-se em patrimônio cultural, em vez de patrimônio histórico, artístico e paisagístico, pois há outros valores culturais que não se subsumem nessa terminologia antiga.

O termo *tombamento*, originário do português arcaico conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, provém de “tombo” no sentido de “inventário autêntico dos bens”⁴, e, em alusão etimológica ainda mais remota, ao latim *tumulus*, como alteamentos de terra que demarcavam limites, conforme destacam outros autores⁵. Há ainda referências na doutrina à antiga Torre do Tombo da Coroa Portuguesa, local que servia de arquivo e onde era guardado o Livro do Tombo – instrumento em que era registrado o inventário de bens sob proteção especial do Poder Público naquele país⁶. Tem-se que tombar, enfim, passou a significar o

são manifestações de cultura”. In: SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 100.

² Art. 216, I a V, CF/1988.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 621.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 939.

⁵ Cf. citação de Pontes de Miranda *apud* MATOS em DUARTE JUNIOR, Ricardo. A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados. In: CONPEDI. (Org.). **A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI. p. 13122.

⁶ Nesse sentido, Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2015. p. 216; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 944; e CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 50-68, out. 1973. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910>. Acesso em: 06 Mar. 2020.

lançamento nos chamados Livros do Tombo, documentos em que se assentam nome, situação e limites dos bens sob a preservação da Administração Pública.

Note-se que, conforme assinala o art. 1º, §1º, do Decreto-Lei nº 25/1937, somente se consideram parte integrante do patrimônio cultural nacional os bens a que se referem o presente artigo após inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que tratam o art. 4º do referido diploma. A inscrição, por sua vez, pressupõe a existência de um processo administrativo prévio, com posterior homologação por parte das autoridades previstas em lei, como se verá mais adiante.

No Brasil, a origem do tombamento está diretamente relacionada com anseios de redescobrimento e ressignificação da cultura brasileira provenientes das classes intelectuais e artísticas manifestamente ligadas ao Modernismo⁷, à época, preocupadas sobretudo com o destino de obras de potencial valor cultural que se encontravam nas mãos de proprietários privados⁸.

Não por acaso, o texto do projeto que deu origem ao Decreto-Lei nº 25/1937 contou como elaborador com Mário de Andrade, um dos expoentes do movimento que teve em meio a suas repercussões um destacado papel na disseminação da ideia de necessidade de desenvolvimento de mecanismos legais de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional⁹. Assim, na esteira do conhecido discurso de caráter “antropofágico” e transgressor, no sentido de se destruir o posto para se redescobrir e reconstruir a identidade nacional a partir de um olhar mais consciente de suas próprias raízes, o referido escritor assim se refere ao Modernismo já na década de 40, numa fase mais madura de reflexão acerca de uma corrente de pensamento em torno do tema¹⁰:

... o movimento modernista foi o prenunciador, o preparador e por muitas partes o criador de um estado de espírito nacional. A transformação do mundo

⁷ Movimento artístico surgido na primeira metade do século XX, que, no país, eclodiu com a Semana de Arte Moderna em 1922 e teve auge em três gerações que se desenvolveram e se entrelaçaram marcadamente entre as décadas de 1920 e 1940. Cf. ANDRADE, Mário de. **O movimento modernista**. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1942.

⁸ FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15.

⁹ A esse respeito, Portilho Matos complementa que ... “o movimento brasileiro em prol da preservação do patrimônio cultural, em seus primórdios, teve a sua atenção voltada estritamente para a preservação da representação do passado, mesmo porque ele se mostrava esquecido naquele momento do início do século XX. Para se entender o ideal de futuro proposto pela nova ordem modernista era fundamental, então “entender o Brasil”, a identidade nacional, estabelecendo vínculos com as manifestações culturais produzidas até ali.” Cf. MATOS, Liana Portilho. Patrimônio cultural e cultura patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 431.

¹⁰ ANDRADE, Mário de. **O movimento modernista**. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1942. p. 13.

com o enfraquecimento gradativo dos grandes impérios, com a prática européia de novos ideais políticos, a rapidez dos transportes e mil e uma outras caudas internacionais, bem como o desenvolvimento da consciência americana e brasileira, os progressos internos da técnica e da educação, impunham a criação de um espírito novo e exigiam a reavaliação e mesmo remodelação da inteligência nacional.

É portanto num contexto de mutação política e social atravessado no mundo, fortemente marcado pela agitação de um período notadamente situado entre as duas Grandes Guerras Mundiais, e no Brasil, na transição entre a República Velha e a Era Vargas, com a ascensão do Estado Interventor, que ganha corpo a ideia de tombamento no país. E é justamente em 30 de novembro de 1937, poucos dias após iniciado o período do Estado Novo, que Getúlio Vargas aprova o Decreto-Lei nº 25/1937, entre seus primeiros feitos no novo regime Integralista. Este que teve, para além do caráter autoritário, entre suas características, a inspiração ultranacionalista, em sintonia com outros regimes castrenses da época, o que teria de certa forma acabado por proporcionar um ambiente favorável para o desenvolvimento de uma estrutura de organização do patrimônio cultural.

Essa institucionalização se deu, em especial, com impulso do então Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), hoje Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) – órgão esse, conforme lembra Miguel Reale, já preexistente, criado por meio da Lei Federal nº 378/1937¹¹. Tal conjuntura, e de que forma ela teria propiciado a sua manutenção no ordenamento jurídico até os dias de hoje, será brevemente retomada mais adiante em análise mais detida acerca de considerações sobre o cabimento de tais dispositivos do diploma legal em apreço no contexto dos dias de hoje.

Em se tratando de conceituação doutrinária, observa-se marcante divergência jurídica, notadamente no que se refere à natureza jurídica do instituto do tombamento.

¹¹ “Todo esse longo processo normativo remonta à Lei no 378, de 13 de janeiro de 1937, que, dando nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública, criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Sphan) com esta dupla função: a de tomar os bens de interesse histórico, artístico e cultural, e, ao mesmo tempo, a de conservá-los. Para o exercício dessas duas áreas de competência, foi criado no referido Serviço um Conselho, denominado Conselho Consultivo, constituído pelo diretor do Sphan, pelos “diretores dos museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, e mais dez membros, nomeados pelo Presidente da República”. (REALE, Miguel. Tombamento e preservação do patrimônio artístico e cultural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 255-266, set. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/articleiew/8857/7679>. Acesso em: 02 Mar. 2020). José Afonso da Silva, por sua vez, lembra que o órgão já chegou a ser denominado Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IBPC), retornando à atual denominação de IPHAN desde a Medida Provisória 610, de 8 de setembro de 1994, fato que o referido doutrinador lamenta, “porque IBPC era denominação muito mais adequada e mais afinada com a Constituição”. In: SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 158.

Para alguns, trata-se de forma de servidão administrativa, na lição de Diógenes Gasparini¹²:

O tombamento, que pode incidir sobre um bem móvel ou imóvel, é servidão administrativa (...) dotada de nome próprio, instituída sempre que o Poder Público deseja preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Tal entendimento quanto ao tombamento como servidão era o mesmo adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que mais recentemente passou a designar o instituto simplesmente como “intervenção administrativa na propriedade pela qual o Poder Público assujeita determinados bens à sua perene conservação para preservação dos valores culturais ou paisagísticos neles encarnados”, considerando¹³:

Distinguem-se os institutos do tombamento e da servidão em que: a) a servidão é um direito real *sobre coisa alheia* ao passo que o tombamento também pode afetar um bem próprio e ser satisfeito mesmo quando o bem de terceiro é expropriado, sem que com isto se extingam os gravames inerentes ao tombamento, não vigorando o princípio de que *nemini res sua servit*; b) a servidão não impõe ao titular do bem tombado o dever de agir, pois não se lhe exige um *facere*, mas tão só um *pati*, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias; c) demais disto, as servidões só oneram bens imóveis e o tombamento tanto pode se referir a bens imóveis quanto a bens móveis, como quadros, estatuetas, joias e outros objetos de interesse cultural. (Grifos no original)

Já para Di Pietro, tombamento é procedimento administrativo, uma vez que se não se daria por meio de um só, mas por uma série de atos que se aperfeiçoam apenas por meio do ato final¹⁴:

O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico. É procedimento administrativo, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo.

¹² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 651.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 939-940.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017. p. 217.

Outra parte da doutrina considera o tombamento como ato administrativo de caráter constitutivo e vinculado, que demanda a existência de lei anterior para lhe dar validade. Nesse sentido, Valle Figueiredo¹⁵:

Tombamento, de maneira singela, é o ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro do Tombo. Necessita, pois, por ser ato administrativo, de lei anterior a validá-lo (...). Sob esse aspecto, é ato vinculado. Em outro falar, sem a existência de determinados pressupostos fáticos explícitos na lei, e sem obediência rigorosa ao devido processo legal, não se poderá verificar.

Em sentido semelhante, é definido como uma declaração que passa a valer ao fim de um procedimento administrativo próprio com o ato de inscrição no Livro do Tombo, como ensina Hely Lopes Meirelles¹⁶:

Tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com inscrição em livro próprio. (...) realiza-se através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo.

Por seu turno, também considerando o tombamento como ato administrativo, José Afonso da Silva:

O tombamento, para nós, é ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade.

Para efeito de análise no presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto e filiando-se ao entendimento que se apresenta a princípio como o majoritário¹⁷ na doutrina clássica, considerar-se-á o tombamento como ato administrativo.

A despeito de não haver conceituação legal de tais atos expressa em lei, pois, assim como o tombamento, há divergências doutrinárias quanto à própria conceituação de atos administrativos, para fins de deslinde da pesquisa em questão, e por adequar-se ao que a legislação dispõe sobre a finalidade e efeitos do tombamento, filiamo-nos ao conceito do

¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 314-315.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 584.

¹⁷ FERNANDES, Edésio. Do tombamento ao planejamento territorial e à gestão urbana. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 28.

professor Bandeira de Mello, o qual define o ato administrativo como uma *declaração do Estado*, “no exercício de suas prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”¹⁸. Em complemento, oportuna ainda a conceituação de Vladimir da Rocha França, ao acrescentar no mesmo sentido que se tratam de atos jurídicos do Estado expedidos em posição de supremacia, com vistas à realização do interesse público no caso concreto¹⁹.

Vislumbram-se, portanto, no tombamento, todas as características inerentes a um ato administrativo, por tratar-se de *declaração jurídica* capaz de produzir efeitos de direito, *proveniente do Estado*, que a exerce no uso de suas *prerrogativas de supremacia e autoridade* manifestadas por meio de seu poder de polícia, consistente em *providências jurídicas complementares* da lei e excepcionalmente da própria Constituição, e *sujeita a controle de legalidade pelo Judiciário*²⁰.

Acompanhamos ademais em regra geral a José Afonso da Silva²¹, que, citando posicionamentos de Cretella Jr. e Pontes de Miranda, entende o tombamento como ato unilateral, constitutivo e discricionário, uma vez que parte por determinação do Poder Público implicando em obrigações de diversas ordens, tais como as relacionadas à preservação e conservação do bem, tanto a entes públicos como aos particulares. Reveste-se ainda o instituto de discricionariedade diante do fato de que, conforme se retomará mais adiante, além de depender de homologação ministerial ou de secretariado, a palavra final quanto ao tombamento pode vir a caber ao chefe do Poder Executivo, a quem é conferido o poder de promover o cancelamento do ato.

Quanto aos efeitos enquanto ato administrativo voltado para a preservação do patrimônio cultural, é pelo tombamento que se reconhece o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, cultural, arquitetônico de bens conforme as características indicadas no livro próprio, sendo seu principal efeito a *imodificabilidade*, bem como, a depender do caso, limitações quanto à destinação e alienabilidade²².

Em regra, os bens tombados se mantêm na posse dos particulares, porém sua utilização se torna limitada a partir do ato que institui o tombamento, podendo haver imposição de

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

¹⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007. p. 55.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 381.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 159-160.

²² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 345.

servidões e limitações aos imóveis da vizinhança, bem como direito de preferência à aquisição do bem tombado em favor da Administração²³. É possível ainda a decretação, a qualquer tempo, da desapropriação, caso não observadas as imposições da Administração Pública para a conservação do bem, bem como, justificado, o direito à indenização do particular – que a jurisprudência tem reconhecido principalmente em casos de comprovada falta de recursos, por parte do particular proprietário, para a manutenção da coisa tombada²⁴.

O alcance desses efeitos, a sua relação com a função social da propriedade e como eles afetam os direitos dos proprietários, sobretudo os particulares e seu direito de propriedade sobre os bens tombados, serão temas tratados mais adiante.

O processo de tombamento se dá na forma dos art. 4º a 10 do Decreto-Lei nº 25/1937, servindo como norma geral a que dão seguimento semelhante as normas estaduais e municipais, conforme se verá mais detalhadamente no tópico a seguir.

2.2 LEGISLAÇÃO DO TOMBAMENTO NOS ÂMBITOS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL

Conforme mencionado alhures, é o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que disciplina o tombamento em âmbito nacional, complementado, no Rio Grande do Norte, pela Lei Estadual nº 4.775, de 3 de outubro de 1978, bem como pelas leis locais de cada municipalidade, vigendo, na capital, a Lei Municipal nº 5.191, de 16 de maio de 2000. Na esfera federal, é o Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) a entidade à qual se incumbem os processos de tombamento. No Estado, tal competência é da alçada da Fundação José Augusto, e, nos municípios potiguares, dos respectivos órgãos instituídos tendo esta entre suas atribuições, a exemplo da Fundação Capitania das Artes, em Natal.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro. 2014. p. 551.

²⁴ STJ. ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO ÁREA SERRA DO MAR - INDENIZAÇÃO - REVISÃO OU REAVALIAÇÃO DA PROVA - OMISSÃO DO TRIBUNAL. 1. **A jurisprudência desta Turma, bem assim da Primeira Turma, é no sentido de admitir indenização de área tombada, quando do ato restritivo de utilização da propriedade resulta prejuízo para o dominus.** (...). 4. Recurso do ESTADO DE SÃO PAULO provido, não conhecido o primeiro recurso especial dos autores e prejudicado o segundo. (STJ. REsp. 401.264/SP. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 05/09/2002. DJ: 30/09/2002, p. 243). (Grifo nosso).

O Decreto-Lei 25/1937, que já data de mais de 80 anos e tendo conquistado o feito de ter atravessado uma série de ordens constitucionais, foi recepcionado pela Constituição vigente sem maiores embaraços, conforme inclusive já assentado na jurisprudência pátria²⁵.

O referido diploma é festejado por parte da doutrina especializada no tema por, em teoria, se manter atual, com larga aplicação até os dias de hoje e servindo de norma geral para as normas estaduais e municipais mesmo após tantos momentos de instabilidade enfrentados no ordenamento jurídico brasileiro. Para Sonia Rabello, “é, ao mesmo tempo, tão antigo e tão moderno, como o próprio patrimônio cultural brasileiro”²⁶, considerando que o Decreto nunca foi substancialmente modificado, com exceção do Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, que dispõe sobre o cancelamento do tombamento pelo presidente da República; e pela Lei 6.292, de 15 de dezembro de 1975, o qual passou a prever que dependerá de homologação do Ministro de Estado a quem couber a pasta da Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo. Acrescente-se ainda a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, que revogou a possibilidade de exercício do direito de preferência anteriormente previsto no Decreto-Lei nº 25/1937 em seu art. 22.

Outra parte da doutrina, mais contemporânea, sobretudo em artigos dedicados ao tema, é mais crítica ao Decreto-Lei em exame, no sentido de se levantar a necessidade de atualização das normas referentes ao tombamento diante do decurso do tempo que fez surgir ou potencializar uma série de tipos de conflitos não vislumbrados à época da aprovação do referido diploma.

É bem verdade que, apesar de ser o principal, o Decreto-Lei nº 25/1937 não é a única norma federal que disciplina a proteção do patrimônio cultural. A Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, por exemplo, dispõe especificamente sobre a guarda e proteção dos monumentos arqueológicos e pré-históricos existentes no território nacional. Pode-se acrescentar ainda ao rol de normas relacionadas, entre outras, um outro texto legal mais recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro que vem ajudando a promover a integração da questão da preservação do patrimônio cultural mais conjuntamente com o Direito Urbanístico, qual seja, a

²⁵ STF. “A proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 216 da CRFB/1988). A ordem constitucional vigente recepcionou o DL 25/1937, que, ao organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabeleceu disciplina própria e específica ao instituto do **tombamento**, como meio de proteção de diversas dimensões do patrimônio cultural brasileiro.” (STF. ACO 1.966 AgR/AM. Relator Min. Luiz Fux. Pleno. Julgado em: 17/11/2017. DJe: 27/11/2017). (Grifo do autor)

²⁶ RABELLO, Sonia. **O Estado na preservação dos bens culturais**: o tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. p. 17.

Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – o chamado Estatuto da Cidade, que, entre outras disposições, estabelece diretrizes gerais de política urbana.

O que talvez explique ter se perpetuado por tanto tempo seja a estrutura simples e generalista do Decreto-Lei nº 25/1937, que se dedica basicamente a dispor sobre o que se considera patrimônio cultural, sobre procedimento e efeitos do tombamento, bem como suas disposições gerais, tudo resumido em 30 artigos²⁷.

Em seu Capítulo I, artigos 1º a 3º, o Decreto-Lei nº25/1937 trata do patrimônio histórico e artístico nacional. Além de conceituar quais bens poderão ser considerados objeto de tombamento, há previsão de aplicabilidade da lei tanto para coisas pertencentes a pessoas naturais quanto a pessoas jurídicas de direito público e privado. São excluídas do patrimônio histórico e artístico nacional as obras estrangeiras referidas na forma do art. 3º do Decreto-Lei. Aqui cabe lembrar que, diferentemente do conceito abrangente de patrimônio cultural previsto pela Constituição Federal de 1988, o diploma em comento restringe a bens protegidos como patrimônio histórico e artístico os *móveis* e os *imóveis*. A lei portanto não compreende bens compreendidos como imateriais.

A seguir, o Capítulo II discorre especificamente sobre o procedimento para o tombamento, em seus artigos de 4º a 10. No art. 4º estão previstos os quatro tipos de Livros do Tombo²⁸, podendo cada um deles conter vários volumes.

Quanto ao procedimento, o tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do IPHAN, devendo no entanto ser notificado à entidade a quem pertencer ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, para que possa produzir efeitos. Em se tratando de particulares, sejam elas pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado, o Decreto-Lei prevê que o tombamento poderá se fazer de forma voluntária ou compulsória.

O tombamento voluntário se procederá a pedido do proprietário, verificados os requisitos necessários para que o bem possa ser considerado parte do patrimônio histórico e artístico, a juízo do Conselho Consultivo, ou mediante a anuência por escrito do particular à notificação do órgão competente para inscrição em um dos Livros do Tombo. Em caso de recusa do proprietário, se dará o tombamento compulsório, que se fará na conforme o processo previsto

²⁷ Dos quais apenas o art. 22 se encontra revogado, por tratar do já aludido direito de preferência que foi abolido pelo Código de Processo Civil de 2015.

²⁸ São eles (I) o *Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*, referente às coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular; (II) o *Livro do Tombo Histórico*, no qual são inscritas as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; (III) o *Livro do Tombo das Belas Artes*, relativo às coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira; e (IV) o *Livro do Tombo das Artes Aplicadas*, no qual constam as obras que se incluem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

no art. 9º. A princípio, no prazo de quinze dias a contar do recebimento da notificação, o particular poderá oferecer impugnação dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação. Não sendo impugnada a notificação, sem possibilidade de prorrogação do prazo, o diretor do órgão competente procederá à inscrição da coisa no Livro do Tombo por simples despacho. Havendo impugnação dentro do prazo, deverá ser dada resposta por parte do órgão de iniciativa do tombamento em até quinze dias, com remessa independente de custas ao Conselho Consultivo para decisão, em sessenta dias contados do recebimento.

Aqui cabe um breve aparte quanto ao tombamento como ato administrativo discricionário. Se por um lado a observância ao devido processo administrativo na forma do art. 9º do Decreto-Lei nº 25/1937 resultando numa decisão favorável implicaria na inscrição no Livro do Tombo como um ato vinculado, a previsão de homologação por parte do Ministro da Cultura, conforme previsão da Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, passou a envolver de discricionariedade o ato do tombamento. O mesmo se pode dizer sobre o Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, que passou a dispor, contrariando o previsto no art. 9º, 3, do Decreto-Lei nº 25/1937, que o Presidente da República, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, o cancelamento do tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado. Tem-se, portanto, conforme observa José Afonso da Silva, que “o tombamento, como ato administrativo de conteúdo cultural, é anulável, por ilegalidade, e revogável, por inoportunidade de sua realização”²⁹.

Ainda quanto a espécies de tombamento, além de voluntário ou compulsório, poderá ainda ser considerado provisório ou definitivo a depender do estágio do processo, se iniciado pela notificação ou concluído com a inscrição das coisas no referido Livro do Tombo, sendo o provisório equiparado ao definitivo.

Os efeitos do tombamento são tratados no Capítulo III do Decreto-Lei nº 25/1937, em seus artigos de 11 a 21. Quanto aos bens públicos pertencentes à União, Estados ou Municípios, em razão de sua inalienabilidade, a transferência somente se dará entre os referidos entes, com imediata comunicação ao IPHAN. Quanto aos bens de propriedade particular, haverá transcrição em livro do registro de imóveis, com averbação ao lado da transcrição do domínio. Em caso de transferência de bens, o Decreto-Lei obriga sob pena de multa que a faça constar do registro, ainda que judicial ou *causa mortis*, em até trinta dias. Se forem deslocados, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, os bens deverão ser inscritos no registro do local para onde forem destinados. É necessária ainda a comunicação ao IPHAN da transferência, por

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 167.

parte do adquirente, e da deslocação, pelo proprietário, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena de multa.

Há limitação também quanto ao deslocamento das coisas tombadas para fora do país, o que apenas poderá se dar em caso de curto prazo, sem transferência de domínio e, a juízo do Conselho Consultivo, para fins de intercâmbio cultural. Em caso de tentativa não autorizada de retirada para fora do país, haverá sequestro da coisa tombada pela União ou pelo Estado em que se encontrar, só podendo esta ser resgatada com o pagamento de multa fixada após apuração de responsabilidade do proprietário, que poderá também incorrer em crime de contrabando. Havendo reincidência, a multa será aplicada em dobro.

Casos de extravio ou furto de objeto tombado deverão ser comunicados pelo proprietário ao IPHAN em até cinco dias, sob pena de multa.

O principal e mais conhecido efeito do tombamento consta no art. 17, o qual prevê que coisas tombadas “não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado”. Se públicos os bens tombados, o Decreto-Lei prevê que incorrerá na multa a autoridade responsável pela referida infração.

Outro efeito de grande repercussão diz respeito às limitações ao entorno do bem tombado dispostas no art. 18, o qual fixa que sem prévia autorização do IPHAN, e sob pena de multa, “não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto”.

Em caso de impossibilidade financeira para a manutenção de preservação da coisa tombada, o proprietário deverá levar ao IPHAN a necessidade das obras, sob pena de pagamento de multa no dobro do valor necessário para cobrir o dano sofrido pela coisa não reparada. Constatando a necessidade da obra, mesmo sem a comunicação do proprietário, estas serão executadas com recursos da União em até seis meses, ou se procederá à desapropriação do bem. Em caso de omissão do órgão público, o proprietário poderá requerer o cancelamento do tombamento, observada a necessidade de homologação por parte do Ministro da Cultura conforme previsão do parágrafo único, art. 1º, da Lei ° 6.292/1975.

Ainda quanto aos efeitos, as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do IPHAN, não podendo proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção a qualquer tempo por parte do referido órgão, sob pena de multa. Por fim, os atentados cometidos contra os bens tombados são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Nas disposições gerais do Decreto-Lei nº 25/1937, compreendidas entre o art. 23 ao 30, são basicamente tratadas providências relativas à iniciativa para políticas públicas para promoção, proteção e conservação do patrimônio cultural, tanto autônomas por parte do Poder Executivo Federal, como em colaboração com setores da sociedade civil organizada, tais como autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas físicas ou jurídicas, e outros entes da federação. Quanto à cooperação com as demais entidades federativas, o art. 23 prevê que o Executivo Federal providenciará a realização de acordos entre a União e os Estados, visando à melhor coordenação e desenvolvimento de atividades de preservação do patrimônio cultural, bem como a uniformização da legislação estadual complementar sobre o mesmo assunto.

No Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Estadual nº 4.775, de 3 de outubro de 1978, que “dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico do Estado e dá outras providências” é bem reduzida em relação ao Decreto-Lei nº 25/1937, bem como às legislações correlatas dos demais estados do Nordeste³⁰, sendo composta por 13 artigos corridos, sem divisão por capítulos. Segundo a referida lei estadual, em seu art. 1º, o Patrimônio Histórico e Artístico do Estado é constituído pelos bens situados em seu território que, por seu valor histórico, arqueológico, científico e cultural ou artístico, mereçam a proteção especial do poder público.

Quanto à estrutura organizacional³¹, no Estado é formada por Chefe do Poder Executivo (a quem cabe a autorização para tombamento de bens do domínio do Estado, bem como o seu cancelamento), Secretaria de Cultura e Educação (órgão central de direção, coordenação e controle), Conselho Estadual de Cultura (órgão consultivo) e Fundação José Augusto (entidade executora).

Há expressa previsão no art. 3º da Lei Estadual nº 4.775/1978 no sentido de que a regulação se dará conforme disposto na legislação federal, respeitada a competência dos órgãos estaduais, no que diz respeito ao processo do tombamento e sua transcrição e averbação no Registro Público; às restrições decorrentes do tombamento em relação ao uso, ao gozo e à alienação dos bens tombados³²; às obrigações impostas aos proprietários desses bens e a

³⁰ Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto; FERREIRA NETO, José Olímpio. Análise comparativa do instituto do tombamento presente nas leis estaduais da Região Nordeste do Brasil. In: **I Encontro Internacional de Direitos Culturais**, 2012, Fortaleza. Encontro Internacional de Direitos Culturais. Fortaleza: UNIFOR, 2012. Disponível em: <http://www.direitosculturais.com.br/ojs/index.php/articles/article/view/87/72>. Acesso em: 08/03/2020. p. 4-5.

³¹ Ver art. 2º, I a III, c/c art 4º, *caput* e §3º, da Lei Estadual nº 4.775/1978.

³² Garantida ao Estado a preferência para a sua aquisição, salvo quando o adquirente for a União Federal (art. 3º, II, da Lei Estadual nº 4.775/1978).

terceiros, ou interesse do patrimônio histórico e artístico do Estado; e às sanções aplicáveis aos infratores da legislação protetora do patrimônio.

Outrossim a lei estadual ainda traz algumas diferenças em relação ao Decreto-Lei nº 25/1937. Uma delas é a ausência de disposição acerca de tratamento quanto a bens estrangeiros, bem como de referência a classificações quanto a tipos de tombamento, do que se subentende que seguem aplicáveis quanto a essas questões as previsões federais. Outra distinção é com relação à previsão, em vez dos quatro da norma federal, de três Livros do Tombo³³. Há ainda direito de preferência para aquisição de bens tombados por parte do Estado, exceto quando a adquirente for a União, e previsão expressa da necessidade de autorização para tombamento de bem estadual, bem como para cancelamento de tombamento³⁴.

Outra diferença é quanto ao tratamento dado às desapropriações. Enquanto a lei federal somente se refere à possibilidade de desapropriar em seu art. 19, §1º, ao tratar das hipóteses em que o proprietário não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação, o diploma estadual considera integrantes do patrimônio histórico e artístico do Estado em seu art. 1º, §1º tanto os bens submetidos ao regime de tombamento quanto os a ele incorporados por desapropriação.

Entre as semelhanças, além das expressas no art. 3º da lei estadual, há ausência de previsão expressa quanto à participação de outros setores da sociedade, bem como a disposições para uma proteção específica de zonas urbanas³⁵. O foco maior de ambas as leis é notadamente nos aspectos históricos, artísticos e paisagísticos dos bens, embora a lei estadual já tenha trazido um pequeno avanço ao prever menções ao valor científico e cultural para especial proteção do poder público³⁶. Ambas as leis trazem ainda preocupações com aspectos paisagísticos em seus arts. 1º, §2º, muito embora caiba notar que a preocupação à época era mais voltada ao valor monumental dos cenários que a uma preocupação ambiental, esta última somente acentuada anos mais tarde com a Constituição Federal de 1988, que passou a destacar também em seu art. 216, V, a importância ecológica da proteção cultural.

³³ Quais sejam, (I) o *Livro do Tombo Histórico*, para coisas de interesse da História, da Etnografia e da Arqueologia; (II) o *Livro de Tombo Artístico*, para as obras de interesse da Arte e da Literatura; e (III) o *Livro de Tombo Paisagístico*, para monumentos naturais, sítios e paisagens de singular beleza ou de interesse turístico.

³⁴ Previsões ausentes no texto do Decreto-Lei nº 25/1937 e somente inseridas no ordenamento jurídico posteriormente por meio do Decreto-Lei nº 3.866/1941 e da Lei Federal nº 6.292/1975.

³⁵ O que é compreensível, uma vez que tais preocupações de inspiração essencialmente democrática vieram a ganhar maior relevo com a Constituição Federal de 1988, enquanto tanto o Decreto-Lei nº 25/1937 quanto a Lei Estadual nº 4.775/1978 são anteriores à ordem constitucional em vigor.

³⁶ Enquanto a lei federal foca nos aspectos históricos e artísticos, “quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (art. 1º, *caput*, Decreto-Lei nº 25/1937), a lei estadual é um pouco mais abrangente ao considerar os bens “por seu valor histórico, arqueológico, científico, cultural ou artístico” (art. 1º, *caput*, Lei Estadual nº 4.775/1978).

No que se refere à *legislação municipal*, tomada aqui para análise a da capital do Rio Grande do Norte (Lei Municipal nº 5.191, de 16 de maio de 2000), por ser bem mais recente, já se apresenta um pouco mais extensa que os diplomas federal e estadual e com alguns avanços em sintonia com novos conceitos introduzidos ou expandidos pela Constituição de 1988, contando com 39 artigos divididos entre cinco capítulos. No capítulo I, que cuida do patrimônio histórico e cultural municipal, a redação é muito próxima do Decreto-Lei nº 25/1937, e a ele é feita citação expressa, quanto aos bens excluídos da órbita da proteção do município (art. 3º). O art. 1º faz referência à Lei Orgânica Municipal ao dispor que constituem Patrimônio Histórico e Cultural Municipal as obras, objetos, documentos, móveis e imóveis de valor histórico, cultural, paisagístico, ecológico e arquitetônico, paleontológico, social e científico de Natal³⁷.

Ao tratar dos órgãos e suas competências, em seu capítulo II, são apresentados os papéis dos órgãos a quem caberão a proteção e o tombamento dos bens considerados de valor cultural³⁸. No capítulo III, que trata do tombamento em espécie, são detalhados Livros do Tombo, aqui em número de três³⁹, bem como os passos do processo de tombamento, de forma semelhante, porém bem mais pormenorizada que a da legislação federal⁴⁰. Importante salientar aqui que diferentemente do caso federal e estadual, ao Conselho Municipal de Cultura é conferida ampla autonomia para decidir em matéria de tombamento, como se pode constatar dos artigos 8º a 18 da lei do Município. O art. 19 contudo prevê que com relação ao tombamento de conjuntos urbanísticos, para dar-lhes o caráter de monumento histórico, o processamento se dará pela Semurb, dependendo porém de lei a sua efetivação.⁴¹ O capítulo IV trata dos efeitos do bem tombado, do art. 20 ao 34, também de forma mais extensa que o Decreto-Lei nº 25/1937, distanciando-se aqui da redação mais generalista da normativa federal para tornar-se mais específica conforme a realidade local.⁴²

³⁷ Com referência à Lei Orgânica Municipal, art. 116, II.

³⁸ Sendo eles a Fundação Cultural Capitania das Artes (Funcart), a Secretaria Especial de Meio Ambiente e Urbanismo (Semurb), como instâncias competentes para a aplicação da lei, bem como o Conselho Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente (Conplam). Há também previsão de participação em caráter consultivo e deliberativo do Conselho Municipal de Cultura, vinculado à Funcart.

³⁹ Quais sejam, (I), o *Livro de Tombo Histórico*, para as coisas de interesse da História, da Etnografia e da Arqueologia; (II) o *Livro de Tombo Artístico*, para as obras de interesse das Artes Visuais e da Literatura; e (III) o *Livro de Tombo Arquitetônico e Paisagístico*, para os monumentos naturais, sítios e paisagens de singular e notório valor cênico-paisagístico.

⁴⁰ Inclusive com indicações de documentos que deverão instruir o pedido de tombamento, a exemplo do art. 12 da mesma lei.

⁴¹ Como se verá mais adiante, a intervenção de outros poderes em matéria de tombamento é matéria polêmica, o que poderia se levar ao debate quanto à constitucionalidade de tal dispositivo que condiciona a uma lei a efetivação do tombamento de um conjunto urbanístico.

⁴² Nos artigos seguintes prevê a proibição da descaracterização, proibição da desapropriação, exceto que se mantenha o tombamento; restrições ao entorno; determinação para execução de obras, por parte da Semurb, para execução de obras de conservação, podendo ser cobrado o valor empregado ao proprietário caso executadas pelo poder público municipal, podendo o bem ser dado em pagamento; possibilidade de pleito de linhas de crédito junto

Com redação semelhante à previsão constitucional do art. 216, CF/88, *caput*, seu art. 20 prevê a participação dos cidadãos em geral em colaboração com o poder público para a proteção e conservação dos bens tombados. Por fim, o diploma municipal dispõe em seu Capítulo V sobre infrações e penalidades, ao discorrer sobre a apuração de responsabilidades e a aplicação de sanções administrativas aos infratores, sem prejuízo da responsabilização criminal.

Feitas tais considerações, temos que, conforme ensina Hely Lopes Meirelles⁴³, a proteção estética da cidade e de seus arredores enseja as mais diversas formas de limitações, compreendendo forma, altura e disposição das edificações, bem como a aparência de fachadas e a elevação de muros estão adstritas a imposições edilícias para fins de harmonização das construções, e aqui se incluem, entre outros instrumentos de direito urbanístico tais como o plano diretor, também o tombamento. Temos portanto nos âmbitos regional e local, a importância na revisão dessas normas, que ainda são competências a serem conciliadas à competência federal de proteção do patrimônio cultural, conforme explica a professora Sonia Rabello. Para ela, sobretudo no que se refere aos municípios, o Estatuto das Cidades é um caminho nesse sentido, vez que em seu art. 4º, V, *d*, refere-se ao tombamento expressamente, não perdendo de vista que, embora a categoria jurídica do tombamento continue sendo um instrumento próprio para a preservação cultural, pode também ser usado como instrumento de planejamento urbano.⁴⁴

Outra missão das leis estadual e municipal seria tornar mais próximas da realidade regional e local disposições que foram assentadas de forma genérica na lei federal. A questão do entorno do bem tombado, por exemplo. Como lembra Nathalia Guimarães Arruda, o Decreto-Lei nº 25/1937 não prevê casos de indenização ou perímetros de proteção dos monumentos tombados, mas as legislações estadual e municipal poderão fazê-lo.⁴⁵

Logo, temos que a Lei Federal necessita de atualização em razão do decurso do tempo, uma vez que deixou de prever situações que hoje formam lacunas que se repetem, ou não são supridas a contento pelas normas estaduais e municipais, e na maioria das vezes acabam se prolongando em questões sem solução ou que somente são resolvidas quando levadas ao Poder

a instituições financeiras por parte do Município para financiar a obra de responsabilidade do proprietário; direitos e obrigações de proprietários e terceiros no uso do bem tombado, semelhantes aos do Decreto-Lei nº 25/1937 e outros mais específicos do poder de polícia municipal, tais como aquilo que se refere a licenças, alvarás e outras autorizações; bem como instituição de benefícios fiscais.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 576.

⁴⁴ RABELLO, Sonia. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 47-48.

⁴⁵ GUIMARÃES, Nathalia Arruda. O tombamento de bens móveis: apontamentos e os valores do tombamento de bens imóveis na atualidade e a proteção do entorno via legislação especial e urbanística: uma abordagem comparada à legislação brasileira e da portuguesa. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211.

Judiciário, como por exemplo no tocante à já mencionada falta de previsão de hipóteses claras, expressas e justas para o cabimento de indenizações. Assim, as legislações estaduais e municipais, por acompanharem o já defasado Decreto-Lei nº 25/1937, também precisam de mudanças no sentido de dispor de forma mais específica de maneira a atender ao previsto na Constituição Federal e ao melhor interesse público regional e local – em particular no que se refere à Lei Estadual, que com reduzidos artigos, em vez de ser mais específica, acaba por se apresentar mais limitada que a Federal, trazendo poucas inovações necessárias a uma gestão regional do patrimônio cultural.

2.3 PRESERVAÇÃO DA CULTURA E DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR

Somando-se à desapropriação, à ocupação temporária, à requisição, servidão e limitações administrativas, tombamento é considerada modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada, tomada neste estudo como modalidade autônoma. Foi a primeira forma de materialização legislativa do princípio constitucional da função social da propriedade, já reconhecido desde a Constituição Federal de 1934, e hoje consagrado entre os direitos e garantias fundamentais expresso no art. 5º da Constituição de 1988.⁴⁶

Isto posto temos que, se de um lado a proteção do patrimônio cultural, por seu interesse público, é dever do Estado, por outro é importante salientar que tal interesse é passível de conflito com outros de equivalente relevância – entre eles o direito de propriedade do particular. É o que observa Di Pietro, a qual considera que um deles terá que ser sacrificado, a critério da autoridade a quem foi conferido por lei o poder de decisão⁴⁷. Cumpre notar que, na lição de Juarez Freitas, não se trata de simples adequação meio-fim, nem de mera vedação de excessos, mas na obrigação do administrador público em sacrificar um mínimo de forma a se resguardar o máximo de direitos.⁴⁸

O direito de propriedade, na lição de José Afonso da Silva, se apresenta como imputação jurídica de uma coisa a um sujeito, denotando “relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal, integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo,

⁴⁶ FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15. Cf. o art. 113, 17, da CF/1934 e art. 5º, XXIII, da CF/1988.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 225.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39.

abstraindo-se de violá-lo”⁴⁹. Já a função social, conforme explica Fonseca Pires, representa “um dever, imposto ao proprietário, de orientar o uso e fruição de sua propriedade de forma a amparar, em alguma medida, o interesse da coletividade”.⁵⁰ Veio como uma forma de contrastar a orientação do Estado liberal que garantia o direito de propriedade irrestrito, de maneira a proporcionar adequação e justiça às políticas urbana e rural, como acrescenta João Bosco Leopoldino da Fonseca.⁵¹ Cabe ademais salientar que a própria Constituição impõe como limite ao direito à propriedade o cumprimento de sua função social, estando ambos inscritos inclusive entre os princípios que regem a ordem econômica em nosso ordenamento (art. 170, II e III, CF/1988). A função social, por sua vez, deverá atender ao *interesse público*.

Nesse sentido, cabe o questionamento à visão das chamadas “pedras de toque” do Direito Administrativo, quais sejam, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Em que pese o clássico princípio da Supremacia do Poder Público que é evocado quando se fala em limitação do direito de propriedade dos particulares, importante para efeito deste estudo se atentar para as novas fronteiras do Direito Administrativo e ressignificações do conceito de interesse público. Ocorre que o “interesse público” é expressão aberta, em que podem incidir zonas de certeza linguística negativa, positiva e de penumbra, de preenchimento difícil, porém, não impossível, visto que diante do caso concreto sempre será definível, e de necessária delimitação por meio de clara motivação, dentro de tal universo plurissignificativo – logo, para se chegar a uma conclusão acerca da incidência de interesse público no contexto das colaborações do poder público com o setor privado, “é preciso que a administração atue para encontrar a melhor resposta para o caso”, conforme observa Mariana de Siqueira, sobretudo hoje diante do conceito de juridicidade, que engloba o ordenamento jurídico como um todo oferecido como um contraponto à legalidade⁵², estando esta contida naquela. Assim, um caminho alternativo sugerido às pedras de toque, fugindo da questão dos princípios como absolutos, seria a um juízo de ponderação orientado pela proporcionalidade conforme sugerido por Humberto Ávila, com “critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação”, tais como análise da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito⁵³, que no caso

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 271.

⁵⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 126.

⁵¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 128.

⁵² SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 146-150.

⁵³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e do “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 03/02/2020. p. 7-12.

da função social da propriedade deverá atender ao melhor interesse para a coletividade conforme o caso concreto.

Para além do conflito de direitos temos ainda a questão dos limites. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, cabe salientar que no Estado de Direito, tanto a noção de ato administrativo quanto sua estrutura e pressupostos de validade, para além de suas prerrogativas públicas, determinados limites, de onde resultam os direitos dos administrados⁵⁴. No mesmo esteio Cretella Júnior⁵⁵ ressalta que, anteriormente segundo uma concepção predominantemente civilista, o direito de propriedade foi passando a integrar os interesses do direito administrativo, com a interferência do poder público por meio do seu poder de polícia, que tem a prerrogativa discricionária de limitar ou restringir todo e qualquer exercício do direito de propriedade que se choque com outro exercício dominial paralelo privado ou com o interesse do Estado, encontrando tal atuação limites frente ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional. É de onde o autor conclui que para se impor limites ao direito de propriedade, a Administração Pública deverá levar em conta os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas pelo ordenamento jurídico⁵⁶.

Ricardo Duarte Júnior⁵⁷ faz uma relação pertinente ao equiparar o proprietário privado de bem tombado a um agente público no exercício de função pública, ao passar a assumir obrigações e responsabilidades para a guarda e preservação da coisa a partir da inscrição num dos Livros do Tombo:

Podemos dizer que o Decreto-lei n° 25/137 conferiu ao proprietário do bem tombado uma função pública. Desse princípio derivam as competências previstas no Direito Administrativo, que devem ser utilizadas com objetivo de atingir a finalidade pública, a qual aquela função está adstrita. Ora, a diferença entre a função pública (do Direito Público) e a autonomia da vontade é exatamente que naquela não há vontade, mas sim um dever-poder de atingir determinado fim. Assim, qualquer atuação que vise fim diverso consistirá em vício de competência e desvio de finalidade. Como decorrência do fato de particulares, ao terem seus bens tombados, passarem a exercer uma função pública, podemos concluir, também, que, enquanto exercitarem essa função, aqueles são considerados agentes públicos. Tal raciocínio decorre da compreensão de que a partir da Constituição Federal de 1988 a expressão “agentes públicos” pode ser considerada de forma muito mais ampla, passando

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. IX.

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 50-68, out. 1973. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910>. Acesso em: 06 Mar. 2020. p. 51-52.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ DUARTE JÚNIOR, Ricardo. A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados. In: CONPEDI. (Org.). **A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI. p. 13129.

a albergar todas aquelas pessoas que, a qualquer título, exerçam uma função pública como prepostos do Estado. Em síntese, quem desempenhar função estatal, enquanto as exercer, pode ser considerado um agente público.

Temos assim, que diante de uma condição imposta ao proprietário do bem que chega a possibilitar sem previsão de contrapartida que este seja identificado como agente público, cabe questionar se lhe são asseguradas prerrogativas e garantias suficientes para tanto, para além do previsto no art. 19, *caput* e §1º do Decreto-Lei nº 25/1937⁵⁸. Fernandes e Alfonsin chamam atenção para o fato de que, embora o tombamento seja um gravame *parcial* ao bem, não restando completamente exaurido o conteúdo econômico do bem tombado, muitos proprietários têm questionado a ausência de previsão de indenização para os imóveis privados tombados, em razão do aumento progressivo de preços no contexto da urbanização rápida do país, diante das possibilidades de uso econômico pouco significativas, o que estaria nestas condições imprimindo um alegado caráter punitivo para o setor no atual contexto de mercado.⁵⁹ A esse respeito, complementa Fernandes que a valorização dos imóveis dentro do contexto da especulação imobiliária tem aumentado a resistência ao tombamento com pressão para demolição ou exigência de medidas compensatórias para mantê-lo, o que na prática tem resultado em abandono e descaracterização de imóveis tombados.⁶⁰

O autor prossegue nessa esteira sugerindo como alternativas para a solução do impasse uma diferenciação entre a “mera conservação” (cuidados típicos de manutenção doméstica) que seria dever do proprietário; as ações de “restauração, recomposição e intervenção” (obras e serviços especializados) que o Estado se obrigaria a financiar e executar, tendência no sentido da municipalização de políticas de proteção; democratização dos processos decisórios; compreensão do papel central do urbanismo; adoção de medidas compensatórias; e formulação de uma política articulada de proteção, e não mais meramente o uso isolado do instituto de tombamento. A adoção de tais medidas, lamenta, encontra barreiras de ordem prática que estariam contribuindo para o esvaziamento do instituto no tocante à falta de recursos dos órgãos técnicos, falta de fiscalização e polícia administrativa, poucas sanções, falta de utilização de critérios técnicos consistentes pelos órgãos competentes, bem como o pouco cuidado jurídico-

⁵⁸ Preveem a obrigação do proprietário, quando não dispuser de recursos financeiros para tanto, de levar ao conhecimento do órgão competente a necessidade de obras de conservação e restauração da coisa tombada, para que se proceda aos reparos a expensas do poder público.

⁵⁹ FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 16-17.

⁶⁰ FERNANDES, Edésio. Do tombamento ao planejamento territorial e à gestão urbana. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33.

formal no encaminhamento dos procedimentos administrativos, e falta de soberania dos conselhos, que têm sofrido pressões políticas.⁶¹

Outro autor que chama atenção para a questão do aumento da pressão para que se considere expropriatória a proteção dos bens culturais incidente em propriedades com grande valor econômico é Daniel Gaio, considerando que é difícil, hoje, delimitar em que situações o tombamento estaria visando à realização da função social da propriedade e quando o instituto apresentaria um viés expropriatório. Segundo Gaio, tendo em vista as realidades fáticas desiguais, que vão desde os interesses do mercado imobiliário até a proteção e acesso das comunidades carentes aos equipamentos culturais, o poder público deve diferenciar a função social de cada propriedade urbana de forma a definir o aproveitamento urbanístico de acordo com a vocação de cada fração territorial, tratando-se, em observância ao princípio da isonomia, os desiguais na medida de sua desigualdade de forma a se promover uma justa repartição do ônus.⁶²

Aqui, retomam-se as considerações de Fernandes, o qual lembra que em países em que a cultura da preservação é consolidada, o tombamento ou outras formas de acautelamento do patrimônio não implicam em diminuição, mas sim em aumento da valorização econômica de um bem, concluindo a seguir que apenas a adoção de políticas de proteção inclusivas, educativas e valorizadoras da cultura em suas diversas expressões, conduzidas de maneira democrática com todos os grupos e comunidades envolvidas, o tombamento cumprirá de fato a sua função social.⁶³ Deve-se, assim, buscar construir, em uma eventual reforma normativa do tombamento, preferencialmente de forma participativa, o melhor interesse público, de forma a se contemplar a realização da função social da propriedade e a preservação do patrimônio cultural, conciliando interesses na medida do possível.

⁶¹ FERNANDES, Edésio. Do tombamento ao planejamento territorial e à gestão urbana. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33.

⁶² GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-98.

⁶³ FERNANDES, Edésio. op. cit., p. 23-35.

3 A LEGISLAÇÃO DO TOMBAMENTO À LUZ DAS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018 À LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO

BRASILEIRO (LINDB). 3.1 Das alterações na LINDB referentes às normas de Direito Público: concretude, consequências práticas, dever de motivação, responsabilização, revisão, consulta pública e segurança jurídica; 3.2. Legislação do Tombamento frente à LINDB; 3.3 Devido Processo Legal e controle à discricionariedade da Administração Pública pelo Poder Judiciário em matéria de Tombamento.

3.1 DAS ALTERAÇÕES NA LINDB REFERENTES ÀS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO

Antigamente conhecido como “Lei de Introdução ao Código Civil” (LICC), o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, sofreu alterações nos últimos anos no sentido de se ampliar o alcance de sua aplicação como uma norma orientadora de interpretação para todo o ordenamento jurídico e não só vinculado à seara civilista. Uma mudança simples, porém de notável significado simbólico nesse sentido, foi a redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, que alterou a ementa da então LICC para se fazer constar doravante denominada a nomenclatura de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (LINDB). Segundo Irene Nohara, tal alteração surgiu em primeiro lugar da compreensão mais contemporânea de que a hermenêutica não deveria se restringir a uma abordagem limitada ao campo do Direito Privado, sendo assim aos poucos deslocada para a área da Teoria Geral do Direito, mudança que para a autora teve grande influência das contribuições dos estudos pós-positivistas⁶⁴.

Outra inovação significativa e recente inserida na LINDB no ano de 2018 foram novos parâmetros voltados para a interpretação e aplicação do Direito Público, com o acréscimo dos artigos de 20 a 30. Elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, o PLS nº 349/2015, de iniciativa do senador Antonio Anastasia, teve como objetivo principal incluir na LINDB disposições para aumentar os índices de segurança jurídica e eficiência na criação de normas e aplicação do Direito Público.

As diretrizes elaboradas pelos referidos professores foram propostas com o objetivo de se “neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública”, resultando em propostas que buscaram combater as seguintes distorções identificadas na

⁶⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público.** Curitiba: Juruá, 2018. p. 18-19.

atuação do fazer jurídico da Administração Pública, segundo consta na justificativa do mencionado projeto de lei⁶⁵:

- O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;
- Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);
- O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública.

Como se verá mais adiante, algumas passagens sofreram vetos, a exemplo do art. 25, que foi integralmente suprimido. Porém, para efeito de análise no alcance dos objetivos desta pesquisa, serão examinados apenas os dispositivos que se encontram em vigor.

Entre as críticas a que faz referência Irene Nohara está o fato de que as alterações não oferecem soluções para os problemas a que fazem alusão e nem viabilizam uma transformação do estado de coisas, considerando-se dessa forma inócuas normas que se pretendam a controlar o intérprete diante das peculiaridades que se apresentam no caso concreto⁶⁶. Por outro lado, importa ressaltar a posição de outra parte da doutrina a exemplo de Edilson Nobre Júnior, que considera que, embora não representem novidade no sistema jurídico, as novas regras inseridas na LINDB têm o seu mérito por se proporem a oportunizar uma mudança de cultura na análise da atuação da Administração Pública, oferecendo um norte para a relação jurídico-administrativa de forma a se alcançar o interesse público⁶⁷.

Passando-se a uma breve análise dos dispositivos, assim dispõe o art. 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁶⁵ SUNDFELD e MARQUES NETO em Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1567532405298&disposition=inline>, com acesso em 07/02/2020.

⁶⁶ NOHARA, Irene. **LINDB**: Lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros do direito público. Curitiba: Juruá, 2018. p. 62-64.

⁶⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de introdução ao direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 34.

Neste dispositivo, o legislador direciona ao administrador, aos agentes de controle e ao Poder Judiciário a necessidade de afastamento dos conceitos abstratos para que se busque vislumbrar as consequências dos atos quando da tomada de decisão no caso concreto, com destaque para o dever de motivação e exame de proporcionalidade diante de diferentes cenários possíveis de escolha. Marçal Justen Filho faz referência a norma de natureza semelhante que consta no art. 489, §1º, do CPC/2015, cuja existência, apesar da já possível aplicação subsidiária aos processos administrativos, não retira a utilidade e relevância da norma do art. 20 da LINDB, por reforçar a busca pela observância à segurança jurídica na tomada de decisões administrativas como um todo no intuito de se reduzir os muitos casos de indeterminação e superficialidade que maculam o dever de transparência, proporcionalidade e concretude imperioso no fazer da Administração Pública.⁶⁸

A proposta da norma em questão é coerente com a perspectiva de Dimoulis e Martins para a proporcionalidade, os quais consideram fundamental evitar que a proporcionalidade se limite a uma mera figura retórica, dispersa em meio a um conceito generalista de ponderação⁶⁹.

Ainda tratando da segurança jurídica nas decisões administrativas, o art. 21 volta-se especificamente às decisões que tratem de invalidação, *verbis*:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Defendendo o incentivo do consequencialismo jurídico trazido pelas alterações na LINDB em contraposição ao que chama de uma deficiente “cultura do hipercontrole público”, José Vicente Santos de Mendonça afirma que as consequências a que se referem o art. 21 sejam admissíveis pela Constituição de 1988, bem como exequíveis; certas e prováveis; imediatas ou imediatamente futuras, jamais remotas; e dotadas de base lógica ou empírica de evidênciação

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em: 28 Feb. 2020.

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 190.

para que se confira eficácia ao dispositivo⁷⁰. Em suma, o dispositivo e seu parágrafo único tratam da aplicação da razoabilidade e proporcionalidade nesse intento, de forma a se evitar a imposição de encargos excessivos sobre os administrados.

No art. 22, ainda versando sobre a questão da segurança jurídica, é colocada ainda mais ênfase sobre a necessidade de observância da concretude quando da interpretação das normas administrativas sobretudo no que se refere ao controle dos atos do gestor público:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O dispositivo lança luz à necessidade de se observar os impasses no dia a dia do administrador, que vão desde a insuficiência de recursos materiais ou mesmo práticos e políticos que impactam no fazer da gestão. Edilson Nobre Júnior destaca que a previsão é voltada tanto para situações de apuração de responsabilidade dos agentes públicos como para o seu desempenho no tocante à eficiência, fazendo referência aos reflexos em determinadas situações, tais como frente às infrações previstas na Lei de Improbidade Administrativa, e a releitura do federalismo, levando-se em conta as diferentes realidades enfrentadas por cada ente federativo em seus diversos contextos⁷¹.

O art. 23 dispõe sobre o regime de transição que deve se prever em caso de nova interpretação ou orientação em se tratando de norma ou conteúdo indeterminado, o que é mais uma vez louvável, tanto do ponto de vista da busca por uma melhor adaptação com vistas a eficiência da administração pública quanto pelo apeço à segurança jurídica:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

⁷⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em: 28 Fev. 2020.

⁷¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 84-86.

Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos autores do projeto de lei que deu origem às alterações da LINDB em análise, chama atenção neste dispositivo para se equilibrar “a necessária dinâmica de alterações de padrões hermenêuticos”, sendo o próprio direito um sistema dinâmico sujeito a revisões e mudanças, que deve estar preparado para contemplar estratégias que garantam a previsibilidade e plausibilidade no fazer administrativo.⁷²

O art. 24 trata da aplicabilidade da segurança jurídica no tocante à revisão, com previsão de irretroatividade de efeitos às situações plenamente constituídas:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Aqui Jacintho Arruda Câmara faz um alerta ao esclarecer que com este dispositivo a lei não visou a evitar a revisão em qualquer caso, devendo, para que se proceda de fato à vedação à anulação das deliberações administrativas, a verificação de fato de mudança em algo que se considere “orientação geral” pela sociedade – e nesse diapasão, uma crítica do autor é quanto ao conceito de “orientação geral”, que para ele não se encontra suficientemente claro e ainda pode levantar dúvidas que prejudiquem a plena aplicação deste dispositivo.⁷³ O que, diga-se de passagem, vai de encontro ao que a lei visa combater no que se refere a conceitos genéricos que provoquem interpretações com viés subjetivo.

Com o veto integral do art. 25, passamos diretamente aos comentários referentes ao art. 26, que trata da celebração de compromisso com intuito de dirimir situações de irregularidade, incerteza ou conflito, inclusive com participação popular:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>. Acesso em: 09 Mar. 2020. p. 111.

⁷³ CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 113-134, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77652/74315>. Acesso em: 09 Mar. 2020. p. 131.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Nesse dispositivo o legislador consagrou o incentivo à negociação e celebração de acordos no âmbito da Administração Pública, observados os requisitos presentes no §1º. Anteriormente considerada unilateral, em típica característica do Estado Liberal de Direito, hoje há uma tendência para a separação entre administrador e administrado, com tendência à colaboração entre as partes visando à democratização da atividade do Poder Público, e é nessa direção que aponta o art. 26.⁷⁴

No art. 27, há previsão de compensação em reparação às perdas advindas de processo ou determinada conduta nas relações administrativas, devidamente motivada, e com possibilidade de acordo entre as partes:

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

A esse respeito, Sundfeld e Voronoff chamam atenção para a importância das discussões que versem sobre formas de responsabilização em se tratando de direitos e competências de caráter processual, sendo o art. 27 um importante passo nesse sentido, no dizer dos autores, “não com o objetivo de enfraquecer os processos, mas para revigorar sua funcionalidade, hoje afetada por desvios, por custos e por externalidades a que não se tem dado a devida importância”.⁷⁵ O dever de motivação e a previsão de colaboração das partes com possibilidade de celebração de compromisso, questões previstas nos §§ 1º e 2º, realçam o disposto nos arts. 20, 21 e 26 da LINDB, aqui podendo-se observar o diálogo e a coerência entre as diferentes disposições.

⁷⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 137.

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 171-201, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654/74317>. Acesso em: 09 Mar. 2020. p. 198.

O art. 28, que teve seus três parágrafos vetados, é um desdobramento do dispositivo anterior, visando à responsabilização do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

A esse dispositivo, Gustavo Binbenojm e André Cyrino se referem como “cláusula geral do erro administrativo”, a qual, além de proteger o agente público bem intencionado, gera estímulos para a capacitação e a inibição de corrupção, fraudes, entre outros casos de infrações graves.⁷⁶

A seguir, a LINDB traz mais uma possibilidade de participação popular, aqui voltada para contribuição nos casos de edição de atos normativos, com requisitos complementares anteriormente expressos em dois parágrafos, tendo sido o §2º vetado, restando a normativa na seguinte forma:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.
 § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Aqui cuidou o legislador de excluir as normas de mera organização interna e de deixar uma margem de discricionariedade ao gestor para decidir sobre a viabilidade de consulta pública. É o que observa Nobre Júnior, complementando que, em se optando pela consulta, é recomendado que as contribuições sejam disponibilizadas para a população com amplo acesso à informação não como forma de interferir no juízo de valor da decisão final, que continua se mantendo dentro da margem discricionária do administrador, mas simplesmente por serem essas informações de interesse público no acompanhamento das ações da Administração⁷⁷.

Por fim, o art. 30 dispõe nomeadamente sobre a atuação das autoridades públicas no sentido de se promover a segurança jurídica em sua atuação, em um reforço arrematador que prevê ainda, em seu parágrafo único, o caráter vinculante dos instrumentos aos quais se refere, quais sejam:

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>. Acesso em: 09 Mar. 2020. p. 221.

⁷⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 214-216.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira assinalam que este artigo vem para dar sustentáculo aos demais dispositivos de direito público presentes na lei, ao tornar expresso o dever de incrementar a segurança e a estabilidade necessárias ao Estado de Direito, bem como ao fixar a “Administração autovinculante” como forma de legitimar suas decisões.⁷⁸

Por tudo exposto, conclui-se que, embora ainda passíveis de críticas isoladas em alguns pontos que podem ser melhor desenvolvidos após uma mais detida verificação de como se aplicam as normas no caso concreto (o que ainda pode levar algum tempo, levando-se em conta a novidade do tema), as alterações na LINDB vieram com o propósito de inaugurar, ou acelerar mudanças necessárias para se estimular um novo proceder na aplicação do Direito Administrativo ao compilar uma série de disposições que, embora já previstas em outras partes do ordenamento jurídico, devem ganhar força ao se apresentarem reunidas em um diploma geral de interpretação das normas do Direito pátrio. Se a iniciativa surtirá efeito a curto ou longo prazo ainda é cedo para se dizer, mas sem dúvida o que se espera é uma mudança para melhor que influencie, mesmo que reflexamente, a atuação de uma Administração Pública mais eficiente e que tenha condições de oferecer sempre mais segurança jurídica.

3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO DO TOMBAMENTO FRENTE À INTERPRETAÇÃO DADA PELA LINDB

Vistas as breves considerações em relação às mudanças na LINDB para a interpretação e aplicação do Direito Público, cabe aqui uma rápida reflexão acerca da importância da hermenêutica antes que sejam retomadas outras considerações a respeito do Tombamento.

Tércio Sampaio de Ferraz Júnior fala em *função social da hermenêutica* ao colocá-la como forma de enfraquecimento de tensões e neutralização de conflitos, tornando-os “definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis”, e assim criando

⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>. Acesso em: 09 Mar. 2020. p. 270.

condições para a decisão a partir da compreensão do sentido do comportamento social à luz da incidência normativa.⁷⁹

É em sentido semelhante que se pode entender alguns dos novos dispositivos da LINDB, como o que prevê, em seu art. 20, que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, sendo salientado o dever de motivação para demonstração da necessidade e adequação da medida imposta, *inclusive em face das possíveis alternativas*. O art. 26, que incentiva a negociação e os acordos no âmbito da Administração Pública, bem como o art. 29, que alude à participação popular, são outros exemplos dados de elementos palpáveis postos à mesa para um processo decisório mais justo e razoável de forma a dirimir conflitos e facilitar a resolução de *hard cases* por meio da realização do que se pode considerar uma função social hermenêutica.

Quanto ao que se propõe dentro da ideia de um novo olhar sobre o Direito Administrativo, importante também o reforço sobre uma visão técnica no processo de exegese, baseada mais na concretude da consideração de diferentes cenários devidamente motivados, com observância dos princípios fundamentais aplicados no caso concreto, e menos em subjetivismos e que interfiram na segurança e eficácia da decisão. A esse respeito, oportunas as considerações de Juarez Freitas:⁸⁰

... não se deve descurar da elaboração de uma nova maneira de compreender o sistema jurídico, que ultrapasse, de um lado, os passivismos e os emotivismos, e, de outro, que estimule, numa era de indeterminações exarcebadas, a vinculação do intérprete menos ao texto legislado fulgês e episódico, mais aos princípios fundamentais do ordenamento (...). A esse propósito, imperativo reexaminar a própria tarefa da exegese, sob o prisma de alcançar o irrenunciável *melhor* significado a partir de uma dada escolha axiológica, lidando com princípios, normas em sentido estrito (ou regras) e valores, devidamente hierarquizáveis (...) estando o intérprete presumivelmente atento às demandas concomitantes de segurança e de justiça, inextricavelmente consideradas.

Isto posto, temos que para uma adequada aplicação do Decreto-Lei nº 25/1937, assim como qualquer outra norma legal ou infralegal (sobretudo aquelas anteriores à ordem constitucional em vigor e por ela recepcionadas como é o caso do Decreto-Lei em questão), é necessária uma interpretação primeiramente à luz da Constituição, de forma a atualizar os objetivos da lei segundo os anseios atuais, incluindo os direitos e garantias de terceira geração, entre os quais se encontra inserida a proteção do patrimônio cultural.

⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 323.

⁸⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 63-64.

Um bom exemplo é a leitura que se deve fazer do art. 1º do Decreto-Lei nº 25/1937 em relação ao art. 216 da Constituição Federal de 1988. Enquanto em 1937 a preocupação mostrava-se limitada com a proteção de bens dotados de monumentalidade e singularidade históricas e artísticas, a norma constitucional é mais abrangente, ao dispor que basta que os bens remetam à identidade, ação e memória dos diferentes povos e grupos que formam a nação, conforme observa Portilho Matos.⁸¹ Daí veio também, conforme já anteriormente mencionada, a ideia mais inclusiva de “patrimônio cultural”, na forma da CF/1988, em contraposição ao “patrimônio histórico e artístico” empregada pelo Decreto-Lei em estudo.

Guardadas as devidas noções de hierarquia de normas, segundo a proposta da teoria da norma fundamental de Hans Kelsen, ideia semelhante de juridicidade que induz a interpretação das normas conforme a Constituição abre a possibilidade de interpretação da Lei do Tombamento à luz da LINDB. O que se justifica tendo em conta que trata-se o Decreto-Lei nº 25/1937 de norma eminentemente administrativista, portanto, com incidência direta no campo de aplicação dos novos parâmetros para interpretação e aplicação no âmbito do Direito Público a que se propõem as recentes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Aqui, temos que a incompatibilidade mais marcante entre o Decreto-Lei nº 25/1937 e os novos paradigmas da LINDB se apresenta no tocante ao relativamente simplificado, porém engessado processo administrativo que se conclui com o ato de inscrição nos Livros do Tombo, bem como à submissão à discricionariedade ministerial, quanto à homologação da decisão do Conselho Consultivo, e do Chefe do Poder Executivo, no que se refere à possibilidade de decidir acerca do cancelamento do tombamento.

O processo administrativo que se dá em caso de tombamento compulsório se procede conforme aduz o art. 8º do Decreto-Lei nº 25/1937, quando há de recusa do proprietário em anuir à inscrição da coisa no Livro do Tombo. Como já discorrido anteriormente, trata-se de um processo sintético, disposto no art. 9º do mesmo diploma, reproduzido a seguir para melhor visualização de seu conteúdo frente às considerações que se passam a traçar:

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo:
 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.
 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por

⁸¹ MATOS, Liana Portilho. Patrimônio cultural e cultura patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 430.

simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Consiste pois o processo compulsório, na forma do Decreto-Lei, após oferecida a impugnação por parte do proprietário, em basicamente mais duas etapas principais: vistas ao órgão de iniciativa do tombamento, para sustentação; e remessa ao Conselho Consultivo competente, para decisão (para a qual cabe a homologação ministerial conforme lei superveniente nesse sentido). Não há qualquer diretriz ou indicação, no entanto, sobre como se dará tal processo decisório, restando a norma geral demasiadamente aberta. Por óbvio que os detalhes mais técnicos e de interesse de organização interna podem e devem ser regulados por meio de normas infralegais, tal como o faz, na esfera federal, a Portaria nº 11, de 11 de setembro de 1986 do IPHAN, que trata da instauração do processo de tombamento. E aqui cabe exemplo oportuno para considerações concernentes ao tema em exame.

Ao tratar da apreciação técnica da proposta de tombamento, a Portaria em questão aduz que a Coordenadoria de Proteção contará, no desempenho de suas atribuições, com o apoio de diversos órgãos do IPHAN, bem como da Fundação Nacional Pró-Memória, “valendo-se de serviços externos, públicos ou privados, sempre que se fizer necessário”. Trata-se da única ocorrência no texto da portaria que prevê a possibilidade de colaboração externa, nomeadamente na fase de instrução processual. Embora fundamental para conferir tecnicidade aos pareceres que decidirão pela aprovação ou não do tombamento, o apoio é notadamente voltado para consultas que exijam expertise em determinadas áreas, o que é indispensável, porém deixa a desejar por não contemplar outros setores da sociedade que poderiam contribuir mais nesse processo por meio de consultas ou audiências públicas, como sugerem os artigos 26 e 29 da LINDB. Tal reflexão se faz coerente num contexto que propõe um fazer administrativo mais democrático e aberto à participação dos mais diversos setores da sociedade, sobretudo quando se fala em proteção do patrimônio cultural.

Cabe ressaltar ademais em breve aparte, por não se referir especificamente sobre o processo de tombamento, que a Portaria nº 92, de 5 de julho de 2012, a qual aprova o Regimento Interno do IPHAN, em seu art. 119, VIII, coloca entre as atribuições do auditor chefe “estabelecer mecanismos de consulta e de controle pela sociedade sobre as ações, programas e projetos institucionais, bem como desenvolver estratégias de conciliação e

mediação”. Certamente por se tratar de norma bem mais recente em relação às demais tratadas até aqui, já influenciada pelos novos paradigmas da Administração Pública, tal dispositivo representa um pequeno avanço para a modernização das normativas que envolvem a proteção do patrimônio cultural, mas que ainda se demonstra tímido, esparsa em meio a uma norma de conteúdo infralegal.

Assim, tem-se como necessária à luz da LINDB, maior valorização de normas que orientem um processo de tombamento mais eficiente e democrático.

Retornando ao exame do art. 9º, é importante relembrar, ainda, a alteração sofrida na parte final do dispositivo, que antes não previa e, com o Decreto-Lei nº 3.866/1941, passou a prever a possibilidade de cancelamento do tombamento de ofício ou por meio de recurso ao Presidente da República, que terá a palavra final sobre a questão:

Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Em sentido menos gravoso, porém de fortalecimento do poder discricionário da Administração Pública sobre a decisão ao fim do processo de tombamento, a Lei nº 6.292/1975 assim dispõe:

Art. 1º O tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), previsto no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, dependerá de homologação do Ministro de Estado da Educação de Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao caso de cancelamento a que se refere o § 2º do artigo 19 do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro 1937.

Da análise dos referidos dispositivos, pode-se avaliar que, embora seja aceitável a possibilidade de homologação, desde que, em caso contrário, seja devidamente motivada a decisão denegatória com direito a recurso, o dispositivo da Lei nº 6.292/1975 não traz nenhuma previsão nesse sentido, limitando-se a estabelecer a obrigatoriedade homologatória. Muito menos parece compatível com o atual contexto da Administração Pública uma previsão que concentre tamanhos poderes unicamente nas mãos do chefe do Executivo, no que se refere à possibilidade de cancelamento, passando por cima de critérios estabelecidos por um órgão de caráter eminentemente técnico que emite uma decisão fundamentada ao fim de um processo. Aqui se pode observar um exemplo de carta branca para o uso distorcido do conceito de “interesse público”, que, ao invés do melhor para a coletividade, poderá servir a interesses

políticos e ideológicos momentâneos passíveis de contrariar com efeitos irreversíveis na maioria dos casos, o propósito que o Decreto-Lei propõe proteger.

Importante destacar que muito embora esteja implícita para todos os atos administrativos a necessidade de motivação e esta possa ser passível de questionamento junto ao Judiciário em caso de abuso ou desvio, é importante um reforço no sentido de que, caso se mantenha este poder nas mãos do chefe do Executivo, os motivos para o cancelamento sejam devidamente expressos e justificados, com previsão de recurso. Nesse sentido aplicam-se os artigos 20, 21, 24, 29 e 30 da LINDB, que implicam em maior concretude e segurança jurídica nas decisões, e deveriam impulsionar revisão de tais normas que estão abertas ao ensejo de desvio de finalidade do poder discricionário. O mesmo se pode dizer no caso da Lei nº 6.292/1975, em hipótese de não homologação da decisão ao fim do processo. Cabe lembrar que este constitui meio de legitimação para a decisão em matéria de tombamento, na medida em que, nas palavras de Niklas Luhmann, os processos “constituem um complemento existencial da positivação do direito. Reduzem e tornam menos agudo o momento da surpresa que estão ligados à decisão”⁸².

Aqui verifica-se mais uma vez a necessidade de compatibilidade com os dispositivos da LINDB que propõem maior concretude, previsibilidade e participação da sociedade nos processos decisórios que envolvem o exercício do poder discricionário da Administração Pública de forma a lhes conferir maior legitimidade. Neste ponto cabe uma reflexão de Binenbojm no sentido de se revisar ainda a noção de discricionariedade administrativa, hoje caracterizada como prerrogativa carecedora de legitimação, voltando-se para a ideia de juridicidade – os atos discricionários devem, portanto, não serem espaços de escolhas baseadas na vontade do agente público, mas fundamentada dentro dos moldes derivados do ordenamento jurídico⁸³:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da densidade do controle não segue uma lógica puramente normativa (...), mas deve atentar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos

⁸² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 187.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39-40.

decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular jurídico-funcionalmente adequado.

Assim, consideradas a necessidade de mudanças no processo de tombamento de forma a lhe conferir maior eficácia e de um necessário maior controle à discricionariedade dos agentes públicos em matéria de tombamento, reafirma-se a necessidade de uma norma de orientação hermenêutica para a criação e orientação da atuação da Administração Pública, como forma de dar protagonismo a normas que contribuem para a mudança de pensamento no sentido de uma maior segurança e eficácia nas relações jurídico-administrativas, particularmente no tocante ao instituto do tombamento.

3.3 A LINDB E AS INTERVENÇÕES DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE TOMBAMENTO

Antes de se estender na questão específica da relação das alterações na LINDB frente às intervenções dos outros poderes, sobretudo o Judiciário, em matéria de tombamento, é pertinente a menção a um debate que se levanta quanto à questão da legitimidade para a decretação do tombamento. Não há previsão expressa na Constituição ou na legislação ordinária para tanto, porém, do que se depreende do art. 1º, §2º, conjugado com o art. 4º e seguintes Decreto-Lei nº 25/1937, conforme já aludido anteriormente, o tombamento somente se fará mediante a inscrição no Livro do Tombo pelo órgão competente para tanto – na esfera Federal, como já aludido, atualmente o IPHAN, órgão vinculado ao Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu art. 216, §1º, atribui ao *poder público*, em colaboração com a comunidade, a promoção e a proteção do patrimônio cultural por meio do tombamento, entre outros meios de acautelamento e preservação. Aludindo aos métodos de interpretação em sentido estrito e em sentido lato, numa interpretação extensiva, se poderia a princípio considerar como “poder público” qualquer órgão ou agente a exercer função ou serviço público em qualquer dos três poderes, ou, numa interpretação restritiva, se equiparar ao conceito de Poder Executivo, que se bifurca entre os termos “governo” e “administração pública”. Na lição de França, enquanto por governo se entendem órgãos e agentes públicos “que determinam a formação das políticas públicas, a elaboração dos planos sociais e econômicos delas decorrentes, bem como, especificamente, a criação dos instrumentos normativos

necessários para a sua realização”, quanto à Administração Pública fala-se em “conjunto de órgãos e agentes públicos que desempenham a função administrativa”⁸⁴.

Observa Bonavides, contudo, que ambas as formas de interpretação, tanto a ampla quanto a restritiva estão correlacionadas⁸⁵, não sendo recomendável a adoção de um ou outro meio de interpretação isoladamente. Como alternativa, verifica-se que, na maior parte das vezes em que faz uso da expressão “Poder Público”, quando não se podendo considerar ambíguo ou aberto o significado da expressão, é majoritariamente ao sentido de governo/administração pública – logo, relacionado ao Poder Executivo –, a que o constituinte está se referindo, como os conferidos no art. 22, XXVII, art. 37, XXVII, art. 52, VII, entre outras. Oportunas aqui em complemento as considerações de Hans Kelsen, o qual afirma que ao pressuposta a condução da exegese de acordo com a Constituição previamente determinada, é que se pode interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte, bem como dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, sendo a existência de tais pressupostos o que confere validade tanto às normas jurídicas quanto às relações jurídicas constituídas por meio de tais normas⁸⁶.

Pelo exposto, se pode concluir que, mesmo que não expressamente, teria sido ao Poder Executivo que a Constituição conferiu a competência para o tombamento, o que implicaria a princípio que se trata de ato exclusivo do Executivo, supostamente resultando em inconstitucionalidade por violação do princípio de separação dos poderes o tombamento se dado de qualquer forma por meio de invasão de competência. No entanto, a norma aberta é o que abre margem para outras interpretações utilizadas para justificar a interveniência dos demais poderes na questão.

Relativamente à legitimidade, Hely Lopes Meirelles observa que a lei apenas estabelece regras abstratas para efetivação, porém o tombamento é ato administrativo da autoridade competente do Poder Executivo, que se realiza por meio de procedimento administrativo e devendo-se observar o devido processo legal para sua formalização, sob pena de nulidade passível de controle de legalidade por parte do poder Judiciário⁸⁷.

Contudo, é de se destacar mais uma vez que no caso concreto se constatam interferências tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário nessa seara.

No âmbito Legislativo, há o caso do tombamento fixado no art. 216, §5º, da CF/1988, em que se verifica um imperativo direcionado à Administração Pública no sentido de impor que

⁸⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 34-35.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 519.

⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 141.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 623.

se proceda às providências advindas do tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos por expresse mandamento constitucional. Neste caso se poderia falar, em contraponto ao que se observa na aplicação do Decreto-Lei nº 3.688/1941, em tombamento como ato vinculado, sem qualquer margem de discricionariedade para atuação do Executivo senão o cumprimento da referida determinação imposta sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão. Há ainda como exemplos uma série de leis de âmbito regional e local que frequentemente são alvos de ações diretas de inconstitucionalidade⁸⁸ por reconhecem como patrimônio cultural de tais lugares determinados bens sobretudo imateriais, tendo em vista principalmente a ausência de um regulamento específico para tanto, visto que as leis de tombamento são majoritariamente voltadas à proteção do patrimônio material, com regramento direcionado para esse fim específico⁸⁹.

Quanto ao Poder Judiciário, na lição de Miguel Seabra Fagundes, cabe a análise tão somente da legalidade do ato do tombamento, sendo vedado, como a qualquer ato administrativo, o pronunciamento quanto ao mérito deste, devendo ser preservadas a discricionariedade relativamente ao mérito, ou seja, quanto à oportunidade e conveniência do ato⁹⁰.

⁸⁸ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) **O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil.** 6. (...). 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal. (STF. ADI 1706. Relator Min. Eros Grau. Pleno. Julgado em: 09/04/2008. DJe-172: 12-09-2008). (Grifo nosso).

⁸⁹ Apesar de não feita menção a tombamento, exemplos recentes no Rio Grande do Norte e capital nesse sentido são as leis que consideram patrimônio cultural imaterial Estadual e Municipal a gíngua com tapioca, prato típico da cultura potiguar, ambos de iniciativa das respectivas casas legislativas com sanção dos chefes do Executivo – no Estado a Lei nº 10.481, de 31 de janeiro de 2019, a qual declara, em seu art. 1º, que “Fica considerada como Patrimônio Cultural Imaterial do Estado do Rio Grande do Norte, a iguaria “GINGA COM TAPIOCA”. Em Natal, a Lei nº 6.617 de 2 de junho de 2016, inclui outros bens além do referido petisco, conforme fixa, em seu art. 1º, “Considerado o Mercado Público da Redinha como Patrimônio Cultural e a Gíngua com Tapioca como Patrimônio Imaterial da Cidade do Natal”. É contudo notório o caráter meramente simbólico de tais normas, que não chegam a dispor sobre quaisquer obrigações para qualquer ente público ou particular, diferentemente do que ocorre em se tratando dos bens inscritos nos Livros do Tombo pela autoridade competente conforme previsto no Decreto-Lei nº 25/1937.

⁹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8.ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

Assim, parte da doutrina considera que viola a Constituição que a valoração cultural não se dê de forma procedimental pela Administração Pública, como observa Portilho Matos⁹¹:

É inconstitucional o tombamento que não se dá por iniciativa do Executivo, por violação ao princípio federativo de separação de poderes. A competência para atribuir valor cultural ao bem jurídico a ser objeto de tombamento permanece na esfera da Administração Pública, que fará isso mediante processo administrativo em que se possibilite não só a manifestação do proprietário e interessados, como, também, a imprescindível avaliação técnica do órgão competente, seguida da participação da sociedade, por meio de seus representantes, no conselho deliberativo específico da área. Existem prioridades e opções de gestão que devem ter sua legitimidade levada em conta, na medida em que se respeite o princípio federativo da separação de poderes, bem como as instâncias administrativas e representativas, instituídas por lei, para apreciar a valoração cultural, e, por conseguinte, decidir pelo tombamento ou não de um bem, pelo que fere a Constituição a decisão judicial que determine o tombamento de um determinado bem, no bojo de uma ação civil pública.

A propósito do controle judiciário, os tribunais têm tradicionalmente se abtido de determinar o tombamento invocando inconstitucionalidade por usurpação de competência do Poder Executivo⁹². No entanto, registre-se já existente precedente jurisprudencial recente no Supremo Tribunal Federal reconhecendo a legitimidade do Judiciário para determinar que o Poder Público proceda ao tombamento, invocando a justamente a já mencionada possibilidade de interpretação extensiva de poder público inscrita no art. 216, §1º, da Constituição Federal⁹³.

Há que se reconhecer, numa primeira conclusão, que mesmo por força de mandamento emanado de outros poderes, o tombamento seja na forma prevista no art. 216 da CF, §5º, ou no

⁹¹ MATOS, Liana Portilho. Patrimônio cultural e cultura patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 427.

⁹² STJ. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEIS COM SUPOSTO VALOR HISTÓRICO-CULTURAL. TOMBAMENTO OU DESAPROPRIAÇÃO. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO REFLEXA A DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONCESSÃO DE LIMINAR. FALTA DE INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO PODER PÚBLICO. FUNDAMENTOS NÃO COMBATIDOS. SÚMULA 283/STF. 1. Para analisar a suposta impossibilidade jurídica do pedido e conseqüente infringência à lei federal, seria imprescindível a incursão na seara constitucional. Violação reflexa a dispositivo infraconstitucional. Inviabilidade de exame. 2. Ausência de prequestionamento da tese segundo a qual o pedido atrelado à ação civil pública é juridicamente impossível por ser vedada ao Poder Judiciário a invasão de competência exclusiva atribuída à Administração, em virtude do princípio da separação dos Poderes. Incidência da Súmula 211/STJ. (...) 5. Recurso especial não conhecido. (STJ. REsp. 775.754/RS. Relator Min. Castro Meira. Segunda turma. Julgado em: 05/12/2006. DJ: 03/04/2007, p. 217); STF. DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. TOMBAMENTO. ATO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o “tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade” (ADI 1.706, Rel. Min. Eros Grau). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF. AI 714.949-AgR. Relator Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em: 25/08/2017. DJe-203: 08/09/2017).

⁹³ STF. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Ação civil pública. Bem público. Prédio central da UFPR. **Reconhecimento do seu valor histórico e cultural. Necessidade de**

Decreto-Lei nº 25/1937 dependerá sempre de uma ação do Executivo para de fato se aperfeiçoar, por ser este o Poder que dispõe da infraestrutura necessária para tanto. Do contrário não se poderá falar em alcançar eficácia em se tratando de proteção e acautelamento do bem que se pretende resguardar.

E é nesse cenário que se insere a contribuição da LINDB para o controle jurisdicional. Conforme ensina Miguel Seabra Fagundes, a finalidade essencial do poder decisório do Judiciário sobre a Administração Pública é a proteção do indivíduo, ao se dispor a colocar ambas as partes em posição de igualdade, devendo os atos administrativos serem examinados unicamente quanto à sua legalidade, com abstenção de análise do mérito, para se evitar juízos políticos. No entanto, o eminente doutrinador ressalta que há exceção a essa máxima quando o ato de natureza política viola direitos:⁹⁴

O procedimento deixa de ser unicamente político quando, não obstante ter no ato político sua origem, é seguido de medidas que afetaram direitos expressamente amparados pela ordem jurídica. E, então, desaparece a impossibilidade do controle. O Judiciário é levado, embora indiretamente, ao exame do ato político.

Em complemento, França reforça a ideia de juridicidade ao enfatizar que o limite ao exame da legalidade não pode oportunizar situações omissão do Poder Judiciário perante a constatação de situação de abusos no exercício da Administração Pública⁹⁵:

Para atuar, o Poder Judiciário se baseia em mecanismos que viabilizem uma apreciação da juridicidade de todos os requisitos dos atos administrativos. O controle jurisdicional deve, dentro das características de cada situação jurídica individual, ater-se apenas ao que tiver representado lesão ou ameaça a direito. A perquirição judicial, contudo, não deve sofrer nenhuma restrição no extermínio da imoralidade administrativa, sendo vedado ao Poder Judiciário deixar de apurar os aspectos jurídicos de qualquer ato administrativo (discricionário ou vinculado). Não existem zonas proibidas para a apuração judicial dos elementos que produziram lesão ou ameaça a direito, diante da prática imoral e desarrazoada do administrador na edição e execução dos atos de sua competência.

Harmonizam-se tais entendimentos perfeitamente aos objetivos dos dispositivos da LINB aplicáveis ao direito público ao dar proeminência a normas que auxiliam o julgador com mais elementos para uma decisão mais justa e com ênfase na realidade baseada em evidências

tombamento pelo IPHAN. O art. 216, §1º, da CF, abrange não apenas o Poder Executivo, mas também os Poderes Legislativo e Judiciário. 4. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negado provimento ao agravo regimental e, tendo em vista a ausência de fixação de honorários pela origem, não se aplica o disposto no §11 do art. 85 do CPC. (STF. RE 1.099.660-AgR/PR. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em: 27/09/2019. DJe-219: 09/10/2019) (Grifo nosso).

⁹⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 135; 202.

⁹⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

que levem à previsão de consequências de forma a se optar pela melhor solução no caso concreto. De um lado, como considera Nobre, o gestor privilegia a forma em detrimento dos resultados – isso leva a falhas que muitas vezes não são adequadamente corrigidas quando da provocação do Judiciário, que se prende a um uso inadequado de princípios, e se leva, no dizer do professor, a oferecer como resposta “acrobacias interpretativas”, que são aproveitadas para casos diversos e, assim, esvaziam o exercício interpretativo da sua essência de “ato de conhecimento”.⁹⁶

Tal cenário aplicado a uma área como a da preservação do patrimônio cultural por exemplo, como no presente estudo, gera situações de consequências desastrosas e muitas vezes irreparáveis para todos os envolvidos, tais como decisões inócuas que acabam por agravar os conflitos que levaram o problema à apreciação do Judiciário em primeiro lugar, como a deterioração e perdas de diversas ordens para proprietários e moradores do entorno, toda a coletividade e a própria Administração Pública. Conflitos esses por sua vez, diga-se de passagem, já provocados por uma cultura burocrática ineficiente que pode e deve ser transformada com iniciativas como a das alterações inseridas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB. O caso do Hotel Reis Magos, que será estudado no capítulo a seguir, é um exemplo marcante de uma sucessão de erros que levou a um desfecho em que todos os envolvidos de uma forma ou de outra saíram perdendo.

Em arremate, propícia a reflexão de Reale sobre a relação do magistrado com o Direito Público, ao pontuar que a prestação dos serviços do Judiciário à sociedade somente de dará de maneira plenamente adequada caso os juízes operem uma transformação de atitude de forma e se voltarem às finalidades sociais, políticas e econômicas que lhes são informadas dentro dos próprios parâmetros do ordenamento jurídico⁹⁷.

⁹⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 33-35.

⁹⁷ REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

4 O CASO HOTEL REIS MAGOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA LINDB E AS FRONTEIRAS DO TOMBAMENTO. 4.1 O caso do Hotel Reis Magos à luz das alterações inseridas na LINDB; 4.2 Da necessidade de atualização na normatização do tombamento.

4.1 O CASO HOTEL REIS MAGOS À LUZ DAS ALTERAÇÕES INSERIDAS NA LINDB

Caso emblemático para o estudo da questão em apreço se vislumbra com a longa celeuma que resultou na demolição do Hotel Reis Magos, situado na Praia do Meio, em localização privilegiada na orla urbana da cidade de Natal/RN. Para efeito do presente estudo, serão tomadas como base as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) na Ação Civil Pública de iniciativa da Prefeitura do Natal que teve como réus a Fundação José Augusto (FJA), o Governo do Estado do Rio Grande do Norte e O Instituto dos Amigos do Patrimônio Histórico e Artístico Cultural e da Cidadania (IAPHACC)⁹⁸. Serão feitas ainda menções a decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5)⁹⁹ em agravo de instrumento e apelação cível.

Em síntese compilada das decisões em estudo, o impasse teve início quando, em 2013, o IAPHACC requereu o tombamento do imóvel junto ao Município de Natal, ao Estado do Rio Grande do Norte, e à União Federal. Vale lembrar que o hotel teve suas atividades encerradas em 1995 e a empresa proprietária, Hotéis Pernambuco S/A, manteve o prédio em situação de completo abandono e deterioração, até 2013, quando anunciou planos de demolição para construção de um novo empreendimento no local – o que motivou em primeiro lugar o pedido de tombamento por parte do IAPHACC que deu origem ao conflito instalado. Ao fim dos respectivos processos administrativos¹⁰⁰ abertos nas três instâncias, encerrando-os, o Município e a União, por meio dos respectivos órgãos competentes, concluíram pela inexistência, em suas áreas de atuação, de valor cultural que justificasse o tombamento definitivo do bem. O Estado por sua vez se manteve em situação indefinida ao longo dos anos.

⁹⁸ TJRN. ACP 0807951-19.2019.8.20.0000. Relator Des. Vivaldo Pinheiro. Pleno. Julgados em: 19/12/2019 e 09/01/2020. DJe: 20/12/2019 e 13/01/2020).

⁹⁹ TRF 5. Processo 08013546020144050000. AG – Agravo de Instrumento. Relatora Des. Manoel Eardath. 1ª Turma. Julgamento em: 29/05/2014. DJe: 30/05/2014; e TRF 5. Processo 08004904220144058400. APELREEX – Apelação/Reexame Necessário. Rel. Des. Manoel Erhardt. 1ª Turma. Julgamento em: 03/02/2016. DJe: 04/02/2016.

¹⁰⁰ Processos administrativos municipal nº 007129/2014-64 – Fundação Capitania das Artes; estadual nº 299996/2013 – Fundação José Augusto; e federal nº 01421.001522/2013-63 – IPHAN.

Nesse meio tempo, duas decisões foram proferidas pelo TRF5 enquanto ainda corria o tombamento provisório no âmbito do IPHAN. A primeira, de 2014,¹⁰¹ resultou em agravo de instrumento improvido sobre pedido liminar em sede de medida cautelar inominada que pretendia impor sobre o Município de Natal e o proprietário a obrigação de não fazer de forma a não se autorizar a demolição do hotel. Alegou-se que a comprovação da relevância cultural ainda não havia sido atestada por meio do devido processo administrativo, e que, portanto, deveriam permanecer os efeitos do tombamento provisório, os quais, como visto, se equiparam aos do tombamento definitivo.

Foram mencionados ainda pareceres de professores e especialistas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e do Instituto de Arquitetos do Brasil acostados ao processo, favoráveis ao reconhecimento da relevância arquitetônica e paisagística de inspiração modernista identificadas na estrutura com potencial de conferir eventual deferimento do tombamento definitivo, o que para o juiz foi o bastante para que se optasse por aguardar o fim dos processos administrativos nas três entidades e indeferir o pleito pela demolição.

Outra decisão, emitida em 2016 pelo TRF5, foi em recurso parcialmente provido em ação cautelar que visava a manifestação do Judiciário no sentido de se posicionar sobre a melhor função social entre as duas soluções apresentadas para destinação do imóvel: a preservação do bem como patrimônio cultural, agora pretendida pelo IPHAN, autor da ação, ou a sua demolição

¹⁰¹ TRF5. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL. HOTEL REIS MAGOS. AUSÊNCIA DE INICIATIVA DO PODER PÚBLICO EM PROCEDER AO SEU TOMBAMENTO. IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL NÃO COMPROVADA. TOMBAMENTO NÃO EFETIVADO. AGTR IMPROVIDO. 1. A decisão agravada, proferida na Medida Cautelar Inominada, indeferiu o pedido liminar, em que se pretendia a imposição de obrigação de não-fazer ao Município de Natal, impedindo-o de conceder licença ou autorização para a demolição do imóvel denominado "Hotel Reis Magos", situado naquela Municipalidade, assim como obrigação de não fazer ao proprietário, por considerar que tal imóvel não constitui bem tombado, cuja importância histórico-cultural tenha sido atestada em devido processo administrativo, bem como que a mera solicitação de abertura de processo de tombamento não autoriza concluir, inequivocamente, que há, no presente momento, situação de perigo a bem integrante do patrimônio cultural brasileiro. 2. Verifica-se que, no caso em exame, o imóvel objeto da lide de origem não foi declarado como patrimônio cultural, não tendo, ainda, se ultimado o processo administrativo relativo ao pedido de tombamento do "Hotel Reis Magos", cuja abertura foi determinada tão somente em 29.01.2014 (...). 3. Se a referida unidade hoteleira teria deixado de funcionar em meados de 1995, constata-se que o Poder Público ficou por quase duas décadas inerte, sem, por um lado, buscar o reconhecimento do bem como patrimônio cultural, nem determinar ao proprietário que promovesse o aproveitamento do imóvel, o que poderia ter sido feito, por exemplo, com a instituição de IPTU progressivo. 4. O fato de prestigiados professores da UFRN, bem como o Instituto de Arquitetos do Brasil-IAB/RN, terem reconhecido ter o imóvel em questão importância arquitetônica e paisagística, apesar da pertinência e do relevo de suas considerações, seria suficiente ao deferimento de uma tutela cautelar liminar a fim de obstar a demolição do imóvel. 5. Reconhece-se, como não poderia ser diferente, a importância do "Hotel Reis Magos" para os cidadãos natalenses e potiguares, entretanto, não entrevejo que o mesmo seja considerado patrimônio cultural, dado que ainda não foi encerrado o seu processo de tombamento. 7. Agravo de instrumento improvido. (TRF5. Processo 08013546020144050000. AG – Agravo de Instrumento. Rel. Des. Manoel Eardath. 1ª Turma. Julgamento em: 29/05/2014. DJe: 30/05/2014).

para a construção de outro empreendimento, intenção do réu proprietário.¹⁰² Novamente, e levando em conta que o IPHAN já havia em momento anterior se pronunciado pela ausência de interesse nacional no objeto, o julgador decidiu pelo aguardo do desfecho do processo de tombamento então ainda em curso no âmbito estadual. Neste caso, porém, foi considerado o princípio da razoável duração do processo e concedido o prazo de um ano para a decisão pelo tombamento definitivo, sob pena de perda de efeitos da liminar.

Mais três anos se passaram e, mantida a falta de manifestação do Estado, a Municipalidade ingressou com ação civil pública no TJRN¹⁰³ contra o IAPHACC, o Governo do Estado e a FJA pleiteando a autorização judicial para concessão de alvará de licença para demolição. O requerimento, feito pela Hotéis Pernambuco S/A ao Município do Natal, estava impedido de ser atendido por força de notificação do ente estadual informando sobre a proteção por força de tombamento provisório. Foram alegados ainda o impedimento do exercício de seu poder de polícia, o risco aos direitos de saúde, segurança e qualidade de vida da população e frequentadores do entorno, que conviviam há mais de duas décadas com as más condições

¹⁰² TRF5. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL. HOTEL REIS MAGOS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO. EQUIPARAÇÃO DO TOMBAMENTO PROVISÓRIO AO DEFINITIVO. ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI Nº 25/1937. VEDAÇÃO À DESTRUIÇÃO, DEMOLIÇÃO OU MUTILAÇÃO DE COISA TOMBADA, AINDA QUE PROVISORIAMENTE. ART. 17 DO MESMO DECRETO. CONCESSÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO TOMBAMENTO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Primeiramente, rejeita-se a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio prevê medidas acautelatórias nominadas e inominadas para a salvaguarda de bens e direitos que se encontram sub judice, evitando-se, assim seu perecimento. 2. O processo cautelar é um processo acessório e instrumental que tem por finalidade impedir que no curso de um outro processo, chamado principal, possam ocorrer situações de risco marginal que inviabilizem o resultado útil que se poderia esperar. (...) 3. Inicialmente, cumpre ressaltar que o deferimento de liminar, como instrumento de efetivação do processo cautelar, somente pode ser determinado quando ocorrer a presença dos dois elementos autorizadores, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. (...) 4. No caso vertente, a controvérsia reside em decidir se a função social do imóvel particular (HOTEL REIS MAGOS) será mais bem atendida com: 1. a sua preservação, visando a proteger sua alegada relevância histórica, cultural e paisagística (pretensão do IPHAN, autor da presente demanda); ou 2, a sua demolição, para dar-lhe uma destinação econômica, turística e social, mediante a construção de um outro hotel, resort, shopping, estacionamento, centro de atividades ou outro estabelecimento similar (o que, aparentemente, pretende o grupo HOTÉIS PERNAMBUCO S/A., proprietário do bem e réu nesta ação). Feitas as considerações acima, dada a natureza da ação cautelar, não se revela possível tamanha digressão acerca do assunto, sobretudo porque é inconteste a existência de processo de tombamento do referido edifício, de modo que se faz necessário o aguardo de seu devido processo legal. 6. O art. 17 do Decreto-lei nº 25/1937 veda, em qualquer caso, a destruição, demolição ou mutilação das coisas tombadas, ainda que provisoriamente (eis que ela fora equiparada legalmente ao tombamento definitivo - art. 10, parágrafo único), razão pela qual deve ser mantido o provimento cautelar que impede a demolição do imóvel. 7. Contudo, observado o direito fundamental à duração razoável do processo, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, e visando à estabilização das relações jurídicas, entende-se por bem conceder um prazo de um ano para que o tombamento se transforme em definitivo, sob pena de cessarem os efeitos da medida liminar concedida. 8. Apelações cíveis parcialmente providas. (TRF-5. Processo 08004904220144058400. APELREEX – Apelação/Reexame Necessário. Relator Des. Manoel Earhdath. 1ª Turma. Julgamento em: 03/02/2016. DJe: 04/02/2016).

¹⁰³ TJRN. ACP 0807951-19.2019.8.20.0000. Decisão. Relator Des. Vivaldo Pinheiro. Pleno. Julgamento em: 19/12/2019. DJe: 20/12/2019. Publicação disponibilizada apenas em seu inteiro teor.

sanitárias, a criminalidade atraída para o local e, mais recentemente, os riscos de desabamento da estrutura que não recebeu manutenção desde o encerramento definitivo de suas atividades e se encontrava em ruínas.

Os réus foram intimados a se pronunciarem e, entre outros argumentos em sua maioria de ordem constitucional e processual, alegaram ilegalidade na decisão do Conselho Estadual de Cultura, que se manifestou contrariamente ao tombamento; interesses especulativos do Município, que teria engavetado o pleito de demolição para somente apresenta-lo às vésperas da conclusão do plano diretor; a pendência do julgamento do pedido de tombamento por parte do IPHAN, que ainda aguardava manifestação do STJ¹⁰⁴; questionamentos quanto aos mencionados riscos de desabamento no parecer trazido à colação pela Prefeitura, que teria se limitado a mencionar os elevados custos para recuperação da estrutura, usando como contraponto laudo de 2018 elaborado pelos Departamentos de Arquitetura e Urbanismo das Universidades Federais do Rio Grande do Norte e de Pernambuco, em que se evidenciou que, apesar do estado de deterioração, a estrutura estaria apta a ser reconstituída; o reconhecimento por parte do IPHAN de valor de ordem regional do bem; e por fim, sobre a irreversibilidade da decisão em caso de concessão da liminar.

O Município foi intimado e refutou as alegações dos réus, procedendo-se, a seguir, à decisão¹⁰⁵.

Para fundamentar o seu veredito, o julgador apresenta um farto retrospecto da celeuma que envolve o Hotel, reproduzido aqui apenas parcialmente, por tudo já exposto, remontando à sua inauguração em 1965:

Consoante se observa pela Escritura Pública de Compra de Venda colacionada (...), o antigo Hotel Internacional Reis Magos, situado na Avenida Café Filho, 822, Praia do Meio, nesta Capital, foi construído pelo Governo do Estado e, posteriormente, incorporado ao patrimônio social da EMPROTURN (...). Inaugurado em 1965, foi vendido à empresa Hotéis Pernambuco S/A em 28.06.1979. A solicitação de tombamento, formulada pelo IAPHACC, deu-se em 04.11.2013, o que deu ensejo à abertura, na esfera estadual, do Processo Administrativo nº 299996/2013, que ora se analisa.

Passando à análise após a exposição sobre o histórico dos fatos, o magistrado apontou que em todas as decisões envolvidas no conflito em exame, foi mencionada a “inércia do poder público em solucionar a questão que ora se apresenta”. Foi lembrada também a ausência de interesse de proteção local e nacional no imóvel e a situação de indefinição do Estado, com o

¹⁰⁴ RESP 1.637.008/RN.

¹⁰⁵ Serão analisados aqui apenas os aspectos de interesse para o Direito Administrativo, área de foco da presente pesquisa, desconsiderando-se, para efeito deste estudo, as manifestações quanto às questões processuais e outras áreas que não guardarem relação direta com os objetivos deste trabalho.

respectivo processo de tombamento provisório ainda em aberto após mais de seis anos sem previsão de conclusão¹⁰⁶.

Pelos fatos e fundamentos aludidos, o magistrado considerou razoável a fixação do prazo de mais 15 dias para a decisão definitiva sobre o tombamento do imóvel e as providências cabíveis, sob pena de deferimento da liminar autorizando a demolição. Quanto ao perigo advindo da irreversibilidade da medida, o desembargador ponderou que diante dos bens jurídicos em jogo, “maior será o prejuízo do Município de Natal, do proprietário do imóvel, e, mais ainda, da própria população, caso mantida a tramitação *ad infinitum* do processo administrativo de tombamento”. Em complemento, trouxe à colação trechos selecionados de relatório técnico de inspeção sanitária da Secretaria Municipal de Saúde e um laudo de engenharia elaborado por uma empresa particular.

Ao fim, foi deferida a tutela de urgência determinando a conclusão do processo de tombamento do Estado no prazo de 15 dias improrrogáveis, ficando o Município de Natal autorizado a expedir o alvará de demolição em caso de descumprimento.

Na decisão proferida em 9 de janeiro de 2020¹⁰⁷ na mesma ação civil pública, tem-se que pugnam os réus em suma pela dilação do prazo, frente a superveniência de novo laudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do RN (IBAPE/RN). Por não considerar que o documento trouxe elementos novos para a decisão, foram indeferidos os pedidos, e a demolição, que já havia iniciado desde 8 de janeiro, foi concluída no dia 28 do mesmo mês.

Frente a tudo que foi relatado até aqui, pelos fatos e fundamentos aludidos, se procederá à análise de duas questões centrais para o caso à luz das alterações introduzidas pela Lei 13.655/2018:

- A omissão do poder público, como problema;

¹⁰⁶ A esse respeito, assim se manifestou o julgador ainda na ação civil pública em comentário: “Ora, não se desconhece que a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo nas tão somente hipóteses de comprovada violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo. (...) Por outro lado, também não se pode olvidar que o retardo injustificado à prestação jurisdicional viola o, previsto no art. 5.º, LXXVII, da princípio constitucional da duração razoável do processo Constituição da República, com status, portanto, de direito fundamental, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 (“a todos, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação no âmbito judicial e administrativo”). (...) Não pode, pois, o Poder Judiciário compactuar com tal omissão, ao não fixar um prazo para a sua finalização, intensificando o prejuízo já demonstrado até então, principalmente quando se reconhece clara ameaça à saúde pública e à segurança no entorno do imóvel, e a iminente possibilidade do seu desabamento, além de importar em drástico limite ao exercício do direito de propriedade, razão pela qual estabelecido o *fumus boni iuris*, também se encontra presente o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

¹⁰⁷ Com publicação no DJe/RN em 13/01/2020.

- O juízo de ponderação entre bens jurídicos conflitantes, como solução.

Quanto à *omissão do poder público*, é possível constatá-la em vários momentos como causa primeira de toda a controvérsia. Não foi senão pela omissão da Administração Pública em combater a negligência do particular, que por quase 20 anos abandonou o prédio sem manutenção, lesando gravemente a circunvizinhança, que o conflito em torno do imóvel se instalou. Situação essa que se perpetuou tanto no período anterior quanto após o tombamento provisório, que já lhe conferia especial proteção equiparada à do tombamento definitivo.

Aqui cabe menção para a pertinência das colocações do julgador da mencionada apelação cível no TRF5, em 2014:

Se a referida unidade hoteleira teria deixado de funcionar em meados de 1995, constata-se que o Poder Público ficou por quase duas décadas inerte, sem, por um lado, buscar o reconhecimento do bem como patrimônio cultural, nem determinar ao proprietário que promovesse o aproveitamento do imóvel, o que poderia ter sido feito, por exemplo, com a instituição de IPTU progressivo.

Observe-se que, mesmo bem antes do acréscimo dos artigos 20 a 30 na LINDB, o magistrado oferece um exemplo de possibilidade de resolução de contendas em relações jurídico-administrativas, que poderiam nem terem sido levadas para apreciação do Judiciário. No exercício do seu poder de polícia, a Administração poderia ter agido de ofício para coibir o descaso do proprietário do imóvel, mas omitiu-se, o que acabou contribuindo, juntamente com o particular, para os danos ao interesse público da coletividade. Além dos danos sanitários e relacionados à insegurança da população aludidas na decisão, o empreendimento, considerado um elefante branco em ruínas, desvalorizou todo o entorno, atrasando fatalmente o desenvolvimento da área, outrora tão próspera, numa séria violação, fora a tantos direitos e garantias de bem-estar social e da ordem econômica que poderiam aqui ser citados, aos princípios da eficiência e da segurança jurídica, que são os que justamente a LINDB mais busca reforçar para combater o engessamento e as más práticas no dia a dia da Administração Pública.

Temos nesse sentido a orientação do art. 26 da LINDB, que sugere a consulta pública e a celebração de acordos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, considerando-se para o compromisso, entre outros requisitos, a busca por uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Aqui vale salientar que não só quanto à omissão, mas tanto os processos de tombamento quanto os judiciais envolvidos nesse caso poderiam ter se beneficiado muito de um maior envolvimento da participação popular e da possibilidade de jurisdição voluntária aludidas pelo dispositivo em comento.

Nessa esteira cabe ainda considerar a questão da responsabilização do gestor público pela omissão, observados os artigos 27 e 28 da LINDB, com apuração e aplicação de sanções devendo-se observar para tanto o disposto no art. 22 do referido diploma, o qual versa sobre o dever de observância dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos deveres dos administrados.

Outro aspecto que surge como reflexo da omissão do poder público diz respeito à não observância da razoável duração do processo, sobretudo na esfera administrativa. Trata-se de direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, mais um seriamente violado no caso Hotel Reis Magos.

No conflito em estudo, temos que em primeiro lugar a União e o Município concluíram em prazo razoável pelo não interesse no tombamento, oferecendo uma resolução em tais esferas – muito embora, posteriormente, o IPHAN tenha buscado em Juízo rediscutir a questão. O Estado, por sua vez, mantendo o tombamento provisório, prolongou-se demasiadamente em oferecer uma definição para a situação. Além de também aplicáveis aqui as mesmas considerações cabíveis à omissão do poder público quanto à busca por soluções alternativas e pela justa responsabilização dos agentes envolvidos, vale se questionar quanto à necessidade de identificação de falhas em busca da construção e atualização de mudanças nas normas e procedimentos visando à satisfação do interesse coletivo e oferecimento de maior previsibilidade e segurança nas decisões.

Quais as causas da demora nos processos? O que pode ser feito para superar tais obstáculos? O que poderia ser considerada razoável duração de um processo de tombamento? O que está previsto em lei ou regulamento é suficiente e pode ser resolvido apenas com mudanças nas práticas procedimentais para que situações como a do Reis Magos não se repitam, ou de fato é necessária uma revisão nas normas relativas aos prazos? Como garantir que estes sejam cumpridos? Esses e outros questionamentos poderiam ser eventualmente mais facilmente respondidos, além de uma revisão de conduta interna por parte dos órgãos competentes, com abertura de consulta, como mais uma recomendação da LINDB, em seu art. 29, conjugado à norma geral do art. 30 de busca das autoridades públicas pelo aumento da segurança jurídica.

Por fim, com relação ao *juízo de ponderação entre bens jurídicos conflitantes*, um dos maiores dilemas do aplicador do direito, tem-se que a LINDB oferece uma perspectiva que vem a lançar um outro olhar sobre os clássicos métodos da razoabilidade e proporcionalidade, quais sejam, a concretude e a projeção dos resultados práticos na tomada de decisão (art. 20 da lei em comento), em contraposição a um vago contraponto abstracionista entre regras e/ou princípios

sem repercussões palpáveis na realidade. No caso em tela, o conflito se deu de mais de uma forma.

No processo administrativo de tombamento, os agentes públicos competentes devem se posicionar pela existência ou não de valor cultural que justifique a inscrição do bem num dos Livros do Tombo e os efeitos dela advindos, com a restrição na liberdade de propriedade do particular, bem como a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de impossibilidade do proprietário privado em arcar com os encargos impostos pela lei. Sempre com apoio em fundamentos técnicos elaborados por especialistas, muitas vezes é fácil definir a importância de um determinado bem para a memória e identificação de determinados grupos, principalmente se dotado o bem de notória singularidade. Mas em casos como o do Hotel Reis Magos, a situação pode tornar-se crítica pois, sendo polêmica a questão, ou mesmo diante do reconhecimento de valor cultural do bem, os elevados custos para recuperação e preservação do imóvel numa época de crise econômica como a que o país enfrenta poderão não justificar a empreitada para a Administração Pública, cabendo uma análise entre custo/benefício, ação/reação e suas consequências para cada saída.

Em sua concepção original, o procedimento administrativo de Tombamento era vinculado à decisão técnica do órgão competente, porém após passar a depender da discricionariedade de homologação de ministério ou secretaria, como nos casos das leis federal e estadual aqui tratadas, bem como de possibilidade de decisão quanto ao cancelamento pelos chefes do Poder Executivo, o instituto se revestiu de caráter discricionário que sofre como consequência interferências e pressões políticas de diversas ordens – e no caso do Hotel Reis Magos chegou a gerar um conflito federativo, em que a indefinição do ente estadual entrou em choque com a prerrogativa do Município em exercer o seu poder de polícia a favor do proprietário do imóvel visando à demolição do prédio.

No processo judicial, o conflito se dá no plano do choque entre direitos. Mormente no caso em tela, entre o direito à cultura e o direito à propriedade, ganhando este último o reforço de outros direitos que afetaram o entorno e a coletividade. Então aqui pode-se falar que foram aplicados os critérios do art. 20 da LINDB, uma vez que a decisão do julgador favorável à demolição levou em conta a saída que mais transformaria com efeitos práticos a realidade dos envolvidos para melhor, com demonstração da necessidade e adequação da medida imposta. Manter o tombamento provisório por tempo indefinido sem perspectiva de quando o Governo do Estado iria sair do impasse não parecia a opção mais transformadora da realidade diante da situação apresentada, pois, mesmo que reconhecido o tombamento definitivo, o particular poderia alegar falta de recursos e o Estado por mandamento da própria lei deveria estar

preparado para assumir os elevados gastos decorrentes da restauração do prédio, o que se tornou o cerne da indefinição que se instaurou.

Mais uma vez o art. 26 da LINDB vem a calhar, pois sugere a busca por alternativas por meio da conciliação e oitiva de sugestões para eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público. Estas poderiam prever formas de divisão de custos, ou o aproveitamento de pelo menos parte da estrutura do antigo hotel dentro do novo empreendimento, uma contrapartida com a construção de um museu que lembrasse o Reis Magos como um ícone que impulsionou o turismo na orla urbana, entre outras que poderiam contemplar interesses de todas as partes. Na falta de uma solução mesmo com a busca de meios alternativos de solução de conflitos, caberia ainda o emprego do art. 30 da mesma lei, que preconiza que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Ou seja, enquanto permanecer silente a lei, a Administração tem a prerrogativa de atuar no plano infralegal, de forma a conferir mais eficiência em sua atuação, contanto que não se extrapolem os limites legais.

Por tudo exposto, das duas premissas extraídas da análise do caso Hotel Reis Magos – quais sejam, a omissão do poder público como causa e a ponderação de valores como busca de uma solução para o impasse, aliadas às novas perspectivas enfatizadas pelas alterações na LINDB, mais uma vez se reforça a importância de uma mudança na cultura e procedimentos jurídico-administrativos no que diz respeito ao tombamento.

4.2 DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO NA NORMATIZAÇÃO DO TOMBAMENTO

O Decreto-Lei 25/1937 tem seus méritos por ter sido recepcionado por todas as ordens constitucionais já em vigência até então em seus mais de 80 anos em existência, cumprindo importante papel institucional. Tudo isso sendo pioneiro e ainda o mais conhecido e um dos mais utilizados meios de acautelamento do patrimônio cultural, que permitiu a preservação de muitos bens que teriam se perdido de outra forma, sem a intervenção do poder público. No entanto, à vista de tudo quanto exposto até o presente momento, o que se verifica são uma série de problemas que demandam um esforço no sentido de uma reforma em seu regime jurídico para que o instituto possa cumprir a contento aquilo a que se propõe, ou, se não por uma nova legislação, por outros instrumentos complementares que lhe venham a suprir as deficiências que foram surgindo diante dos novos tempos.

Retomando-se o resumido retrospecto histórico para contextualização do tombamento feito ao início do presente trabalho, pode-se constatar que o Decreto-Lei 25/1937 foi elaborado em um momento anterior ao processo de urbanização que veio a se acelerar entre as décadas de 1950 e 1960. De lá para cá, novos desafios, conflitos e relações jurídicas passaram a existir, demandando uma revisão que não torne infrutífera a aplicação do tombamento.

Foi visto que o dever de diligência da Administração Pública sobretudo no exercício do seu poder de polícia, a observância à razoável duração do processo como desdobramento da observância ao devido processo legal e a razoabilidade e proporcionalidade nas decisões que irão levar ao tombamento, tanto por critérios técnicos como discricionários, constituem algumas premissas-chave que, embora não exaustivamente, implicam em pontos de partida importantes de forma a se buscar a eficácia do instituto visando ao atendimento do interesse público. Para se chegar a tais pressupostos, partiu-se de um estudo de caso específico, porém de simples assimilação e aplicabilidade aos desafios que se impõem à eficácia do instituto do tombamento de uma forma geral, sendo o principal deles o aperfeiçoamento de sua finalidade de acautelamento e conservação do patrimônio público. Em alusão a Ruy Cirne Lima, deve-se ter em mente que traço característico da Administração Pública é que ela esteja vinculada não a uma vontade, mas a um fim.¹⁰⁸

E é nesse cenário que se propõe a interpretação conforme as alterações inseridas na LINDB pela Lei 13.655/2018 para uma reforma que parta da mudança de mentalidade voltada para o fazer dos gestores e demais aplicadores das normas atinentes à Administração Pública de forma a se compatibilizar com o movimento do novo Direito Administrativo, mais voltado à juridicidade que à legalidade, à busca por resultados concretos que à abstração.

Uma questão que se levanta aqui, por exemplo, é quanto a quais bens merecem se investir sob o manto do tombamento. Conforme observa José Afonso da Silva, a defesa e a proteção do patrimônio cultural se realizam de igual forma tanto pela inclusão como pela *não-inclusão* de bens sem expressão cultural, ao afirmar que “deforma” o patrimônio cultural integrar ao seu conjunto elementos sem representatividade, assim como também o empobrecem as restaurações mal feitas, as reconstruções e as réplicas.¹⁰⁹ Cabe portanto que a lei, ou demais instrumentos infralegais competentes para tanto busquem conferir maior legitimidade e previsibilidade nas decisões no sentido de proteger a integridade do patrimônio em todas as suas formas, ao mesmo tempo em que contemple democraticamente a ampla diversidade cultural brasileira. O conceito de patrimônio cultural é aberto por natureza, e para que se revista

¹⁰⁸ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 75.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 153.

de justificabilidade a decisão pelo tombamento de um determinado bem, esta deve ser orientada pelos métodos de interpretação contemplados na LINDB que lhe confirmam valia nesse sentido.

Outra questão urgente que pode se beneficiar dos novos parâmetros hermenêuticos diz respeito à relação do patrimônio cultural com a sustentabilidade, problemática de alto relevo sobretudo em tempos de escassez de aplicação de recursos em políticas na área cultural. Aqui Pires propõe em suma como saídas a discussão de novas fontes de financiamento; a colaboração público-privado diante do alto potencial econômico que o patrimônio cultural pode oferecer; a participação equilibrada do Estado, sociedade civil e mercado nas políticas de preservação e conservação; e aperfeiçoamento no controle da proteção, na dimensão jurisdicional, política e social.¹¹⁰ Convenientes aqui as colocações de Marçal Justen Filho:¹¹¹

O instituto do tombamento não deve ser um instrumento de eliminação absoluta da utilidade de um bem, nem pode resultar na supressão de sua função social. Os bens tombados necessitam ser preservados, mas isso não implica a vedação à sua utilização para satisfação de necessidades individuais e coletivas. Essa concepção deve orientar inclusive as alterações que permitam a ampliação de sua fruição por um número ainda maior de sujeitos. Isso pode envolver a adoção de soluções orientadas a incrementar a utilidade econômica do bem tombado. Utiliza-se, então, a expressão "tombamento sustentável" para indicar as soluções que, embora assegurando a preservação da identidade do objeto tombado, sejam compatíveis com a sua utilização para satisfação de necessidades individuais e coletivas.

Outro ponto que merece maior atenção para uma nova legislação do tombamento é a preocupação com o entorno. O art. 18 faz breve alusão à vizinhança do bem tombado, no qual dispõe sobre proibições e multa incidentes sobre condutas que venham a descaracterizar o bem. Contudo, por se constituírem como áreas de definitivo interesse estratégico para a preservação a que se pretendem, cabe uma maior discussão em torno das estratégias possíveis nesse sentido, inclusive por serem também potenciais geradoras de conflito. Como observado no caso do Hotel Reis Magos, o bem-estar do entorno foi um fundamento forte para a decisão que levou à demolição. Por fim, Marchesan pondera que uma preservação da área circunvizinha coerente com o bem tombado favorece a conservação da autenticidade da memória local, fortalecendo “sentidos de identidade e pertencimento”, os quais concorrem para uma melhor qualidade de vida da população daquele lugar.¹¹²

¹¹⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 75-88.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012. p. 725.

¹¹² MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 99-127.

O planejamento é outro elemento da mais alta importância no que diz respeito não só ao tombamento, mas a qualquer instrumento de uma política pública que se proponha ao atendimento adequado de seus fins, e esse pode ser um ponto a ser reforçado na legislação do tombamento. Por isso, para se evitar a situação de deterioração em que se encontram muitos bens tombados, tanto públicos como privados, é necessário que se vislumbre na legislação, para além do mero reconhecimento de valor cultural e formas de conservação, a melhor destinação e aproveitamento, com métodos eficazes de fiscalização e sanção, o que pode e deve se dar com uma colaboração articulada junto ao setor público, o privado e da sociedade em geral, como preconiza o art. 216, *caput*, da Constituição Federal.

Outro ponto que deve ser considerado em uma reforma do tombamento é a possibilidade de se reforçar a necessidade da devida motivação para homologação ou não do ato por parte de ministérios e secretarias, bem como que se desconsidere a possibilidade de cancelamento por parte dos chefes do Poder Executivo. Os critérios deverão ser predominantemente técnicos, restando os discricionários, que por óbvio não poderão deixar de existir, pelo menos atenuados em relação à atual situação imposta, que possibilita que o instituto se torne refém de interesses políticos, ideológicos e especulativos que poderão levar a que um bem de valor interesse cultural assim reconhecido após o devido processo administrativo venha a perecer. A homologação deverá obedecer aos critérios de concretude e previsibilidade dos arts. 20 e 21 da LINDB, com expressa indicação das consequências jurídicas e administrativas, cabível o controle judicial em caso de abuso ou desvio de finalidade.

A compatibilização dos interesses culturais e econômicos também deve ser estimulada, buscando-se dentro do conceito de sustentabilidade que sejam mais complementares que antagônicos.

Nesse contexto, cabe uma referência à Teoria dos Jogos aplicável dentro do contexto da análise econômica do Direito. Um dos princípios fundamentais desse teorema, formulado em 1944 por Newmann e Morgenstern, consiste no emprego de conceitos da matemática e da lógica aplicáveis à economia para se prever decisões e traçar estratégias dentro de cenários interativos em que se considera o fato de que cada participante (ou “jogador”) é influenciado pelas reações antecipadas dos outros às suas próprias medidas.¹¹³ O emprego da teoria dos jogos foi mais tarde desenvolvido dentro de outras vertentes e veio a se firmar em diversos modelos por meio dos estudos de John F. Nash Jr., John C. Harsanyi e Reinhard Selten, que permitiram a aplicação em diversos campos do saber, inclusive ao Direito, como observa Dadalto ao defender o uso

¹¹³ NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economic behavior**. 3.ed. Princeton: Princeton University Press, 1953. p. 12-13.

deste instrumento como forma de conferir um método prático para aplicação do princípio da eficiência ao caso concreto¹¹⁴.

Assim temos que a Teoria dos Jogos guarda uma relação que se adequa convenientemente ao disposto no *caput* e no parágrafo único do art. 20 da LINDB. Como visto, o dispositivo prevê que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam *consideradas as consequências práticas da decisão* e, quanto ao dever de motivação, que deverá ser demonstrada a necessidade e adequação da medida imposta ou invalidada, *inclusive em face das possíveis alternativas*. Trata-se aqui de um incentivo da lei à análise de cenários que pode se antecipar ao comportamento dos agentes envolvidos de forma a decidir pelo juízo mais proveitoso no caso concreto.

Nesse sentido, mencionando a Teoria dos Jogos como forma de se examinar o comportamento do mercado por meio de critérios de racionalidade, eficiência e utilidade na produção de incentivos e desincentivos positivos entre agentes econômicos, André Elali traz uma análise dura, porém pertinente à discussão ao relacionar o teorema em questão ao caso Hotel Reis Magos:¹¹⁵

O caso do Hotel Reis Magos é um exemplo concreto de ineficiência, irracionalidade e desincentivos ao mercado e ao investimento. Objeto de lides a partir de premissas complicadas, permaneceu abandonado, gerando um dano social, concorrencial, ambiental, urbanístico e turístico por anos. Sua reforma e sua eventual demolição foram objeto de numerosas lides entre a empresa proprietária do ativo e órgãos públicos. E qual é o efeito de tais demandas judiciais longas e ineficientes? Na visão do Direito & Economia, o efeito é o desincentivo ao investimento produtivo e ao consumo. Gerou-se uma gama de falhas de mercado e custos estatais. Com isso, tem-se efeitos nocivos ao Estado Fiscal resultante da diminuição de atividade econômica, que, per se, gera diminuição da receita tributária.

Assim, temos que tal inspiração ensejada pela Teoria dos Jogos aliada à aplicação dos critérios propostos pela LINDB teria evitado a sucessão de erros que levou a um cenário em que o poder público, em todas as suas esferas, “jogador” principal no cenário posto, foi incapaz de fazer uma leitura pragmática da situação, causando prejuízo de diversas ordens a todos os *players* participantes, inclusive a si próprio, com a perda de arrecadação.

Conforme observa Stober, as formas tradicionais de relacionamento econômico da Administração Pública com os administrados funcionam na maior parte dos casos de maneira

¹¹⁴ DADALTO, Lucas Dutra. Controle judicial da eficiência administrativa: a aplicação da teoria dos jogos como ferramenta auxiliar. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. ISSN: 2526-0073. Salvador. v. 4. n. 1. p. 18 – 36. Jan/Jun. 2018. p. 27;29.

¹¹⁵ ELALI, André. Teoria dos jogos, incentivos econômicos e a lide dos Reis Magos. **Tribuna do Norte**, Natal, 10 Jan. de 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/teoria-dos-jogos-incentivos-economicos-e-a-lide-do-reis-magos/469239>. Acesso em: 05 Mar. 2020.

ineficiente, diante do fato de que, frequentemente, não se verificam incentivos ou observância à complexidade da vida econômica.¹¹⁶ Nesse sentido, a análise econômica do Direito, com métodos de aplicação prática como a Teoria dos Jogos, vem a somar junto aos novos dispositivos da LINDB como um instrumento, além dos demais discorridos nessa seção, a mais para auxílio no processo decisório aplicável à modernização do instituto do Tombamento de forma a lhe conferir maior eficácia.

¹¹⁶ STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 496.

5. CONCLUSÃO

A concepção do que hoje se considera patrimônio cultural sofreu alterações ao longo dos anos, assim como o Direito, que se baseia em uma estrutura dinâmica, em permanente mutação. Como visto, a preocupação com a criação de um instrumento de busca pela preservação da cultura no Brasil que resultou no Decreto-Lei nº 25/1937 teve início justamente no contexto das marcantes transformações políticas e sociais que tiveram lugar na primeira metade do século XX. A referida norma, que estabeleceu o instituto do tombamento no Brasil, vem resistindo ao teste do tempo e seguindo aplicável até os dias de hoje diante da sua apresentação de caráter sucinto, conciso e generalista. Porém, como visto, em casos como o do Hotel Reis Magos, resta evidenciado o quanto a defasagem do texto aliada ao despreparo da Administração Pública em lidar com *hard cases* no âmbito do Direito Público geram celeumas acarretadoras de graves prejuízos que poderiam ser evitados ou ao menos amenizados com uma reforma de caráter moderno, em sintonia com as novas fronteiras do Direito Administrativo que visam a concretizar os princípios ordenadores da Administração Pública. E é dentro desse quadro que se propôs repensar o tombamento à luz dos novos paradigmas interpretativos de Direito Público introduzidos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018.

A partir do estudo do tombamento como limitação ao direito de propriedade do particular, verificou-se, após a exposição aspectos gerais como elementos históricos e conceituais, que o instituto traz uma série de pontos controvertidos, como o próprio conceito e a sua natureza jurídica, aqui considerada como ato administrativo. A seguir, constatou-se, do exame da legislação em níveis federal, estadual e municipal, que o Decreto-Lei nº 25/1937, o qual serve de referência para as normas regionais e locais, precisa ser atualizado de forma a suprir lacunas que contemplem problemas contemporâneos, sobretudo os advindos do avanço do processo de urbanização, superveniente à época de aprovação da lei federal. Em contrapartida, por acompanharem o referido Decreto-Lei, as legislações estaduais e municipais também carecem de mudanças, sobretudo, no Rio Grande do Norte, a legislação estadual. Viu-se ainda que a proteção do patrimônio pode gerar choque com o direito de propriedade, que por sua vez encontra limites na realização de uma função social, a qual não deve violar o interesse público, e que uma reforma legislativa do tombamento deve conter previsões que harmonizem de forma racional tais interesses na medida do possível.

Ao se examinar os novos dispositivos inseridos na LINDB com o intuito de se avançar nas reflexões acerca do tombamento, averiguou-se que apesar de ainda passíveis de críticas em alguns pontos, as alterações na LINDB se apresentam como uma evolução positiva que tem

muito a contribuir com o propósito de se criar uma nova cultura de aplicação do Direito Administrativo. Prezando por premissas como transparência, concretude, proporcionalidade, previsão de consequências, pragmatismo, previsibilidade, negociação, participação popular e sobretudo o dever de segurança jurídica visando à efetivação do princípio da eficiência na Administração Pública, as mudanças se consubstanciam em um compêndio de dispositivos que, embora em boa parte já se encontrassem explícitos ou implícitos em outros pontos do ordenamento jurídico, agora têm potencial para se fortalecerem reunidos na lei geral de interpretação das normas do Direito brasileiro. Frente à legislação de tombamento e considerada a necessidade de mudanças no processo de forma a lhe conferir maior eficácia e de um necessário maior controle à discricionariedade dos agentes públicos em matéria, mais uma vez se reforça a LINDB como forma de dar protagonismo a normas orientadoras que oferecem apoio para se trilhar um caminho de maior segurança e eficácia na aplicação do Direito Administrativo. Foi visto ainda que existe impasse quanto à legitimidade para tombamento por iniciativa dos poderes Legislativo e Judiciário, cabendo a este último a resolução dos conflitos cuja resolução também pode ser orientada pelas alterações inseridas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB.

Ao fim, da análise do caso Hotel Reis Magos, caso que escancarou todas as consequências danosas de um regulamento em descompasso com a contemporaneidade, extraiu-se como premissas a omissão do poder público como causa e a ponderação de valores como busca de uma solução para o impasse, reforçando-se novamente a relevância de uma transformação na lei do tombamento que contemple novos paradigmas interpretativos da LINDB. Com base em tudo exposto, verificou-se por fim uma eventual reforma deve contemplar, entre outras questões, a busca pela previsibilidade de critérios para determinação de quais bens devem integrar o patrimônio cultural de forma a agilizar o processo decisório, sustentabilidade do tombamento com estímulo à participação popular e democratização de direitos e deveres na proteção dos bens, maior preocupação com o entorno de imóveis tombados, instrumentos coercitivos e de responsabilização em caso de ação ou omissão que cause dano ao patrimônio cultural, controle de discricionariedade dos agentes públicos e estímulo à compatibilização dos interesses culturais, sociais e econômicos por meio do emprego de métodos de aplicação prática na tomada de decisões.

Em resposta às perguntas de pesquisa levantadas quando da introdução do presente trabalho, constatou-se a partir da problemática aqui levantada que o tombamento, embora ainda plenamente aplicável nos dias de hoje, não tem se apresentado como um instituto satisfatoriamente eficiente para a proteção do patrimônio histórico, sendo-lhe recomendável

uma reforma que lhe confira maior eficácia. O caso concreto analisado expôs o descompasso da normatização do tombamento com o contexto atual, restando claramente evidenciado no plano prático como o procedimento da legislação em vigor não foi capaz de garantir uma resposta em tempo hábil a implicar em uma solução eficaz para o conflito, quer pelo tombamento e pronta recuperação e destinação do bem por parte do Estado, quer pela demolição para abrir caminho a novo empreendimento. Esta última acabou se impondo como uma decisão de caráter liminar, como forma brusca para a conclusão da questão, que, embora hoje resolvida, gerou prejuízos incalculáveis ao longo dos anos de omissão em que o impasse se arrastou. Verificou-se que, mesmo que o Estado tenha procedido ao tombamento provisório, que gera efeitos de definitivo, o bem permaneceu no mesmo estado de deterioração, o que leva a crer que a inscrição no Livro do Tombo correspondente não mudaria a curto, médio ou mesmo a longo prazo o destino do imóvel.

Não há, pois, da forma como posta, garantia de preservação com o mero reconhecimento do tombamento, que pode servir de obstáculo em vez de solução para a proteção do patrimônio. A partir de um novo olhar nas normas de Direito Público oferecidas pelas alterações introduzidas na LINDB, no entanto, vislumbra-se possível conciliar interesses públicos e privados dentro das dimensões culturais, sociais e econômicas que envolvem esses casos, conferindo maior segurança jurídica por meio da busca por decisões mais justas baseadas na razoabilidade, proporcionalidade, concretude e previsibilidade, de forma a se evitar ambiente propício para outras situações como a do antigo Hotel Reis Magos.

Nesse cenário, restou evidenciado que uma análise do instituto do tombamento como praticado hoje no Brasil, buscando contemplar méritos e deficiências, se mostrou proveitosa quando confrontada com as alterações inseridas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, proporcionando uma série de reflexões que poderão orientar uma necessária atualização e aplicação da lei. A análise jurisprudencial do caso Hotel Reis Magos aqui abordado buscou imprimir também um caráter empirista à matéria, com emprego dos conceitos estudados no caso concreto.

Muitos avanços se constataram nos últimos anos em matéria de proteção do patrimônio cultural desde a criação do Instituto do Tombamento, sobretudo após o texto constitucional de 1988, com o seu caráter eminentemente garantista. Por isso, toda e qualquer interpretação de norma ou juízo de valor sobre atos, fatos e fundamentos no mundo jurídico deve se guiar em primeiro lugar por uma interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, reforça-se aqui que o Decreto-Lei nº 25/1937 e toda a legislação dele correlata, sobretudo nos âmbitos regionais e locais, devem ser compatibilizados com o atual contexto, devendo-se estimular a adoção de

reformas que evitem que seu texto e sua eficácia se percam em um anacronismo que esvazie seus conteúdos e ponham a perder o que já foi conquistado.

Os novos parâmetros da LINDB só vêm a somar em tal sentido, com orientações que ajudam a modernizar o processo decisório envolvido nesse intento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mário de. **O movimento modernista**. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1942.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e do “direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 03 Fev. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>. Acesso em: 09 Mar. 2020. p. 221.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 113-134, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77652/74315>. Acesso em: 09 Fev. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 50-68, out. 1973. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910>. Acesso em: 06 Mar. 2020.

DADALTO, Lucas Dutra. Controle judicial da eficiência administrativa: a aplicação da teoria dos jogos como ferramenta auxiliar. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. ISSN: 2526-0073. Salvador. v. 4. n. 1. p. 18 – 36. Jan/Jun. 2018. p. 27;29.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo. A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados. In: CONPEDI. (Org.). **A responsabilidade pela manutenção e restauração dos bens tombados**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI. p. 13119-13140.

ELALI, André. Teoria dos jogos, incentivos econômicos e a lide dos Reis Magos. **Tribuna do Norte**, Natal, 10 de jan. de 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/teoria-dos-jogos-incentivos-economicos-e-a-lide-dos-reis-magos/469239>. Acesso em: 05 Mar. 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8.ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia. (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15-21.

FERNANDES, Edésio. Do tombamento ao planejamento territorial e à gestão urbana. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23-35.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

_____. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-98.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUIMARÃES, Nathalia Arruda. O tombamento de bens móveis: apontamentos e os valores do tombamento de bens imóveis na atualidade e a proteção do entorno via legislação especial e urbanística: uma abordagem comparada à legislação brasileira e da portuguesa. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSINI, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195-220.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro,

p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em: 28 Fev. 2020.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 99-127.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>. Acesso em: 09 Mar. 2020.

MATOS, Liana Portilho. Patrimônio cultural e cultura patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 419-441.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em: 28 Fev. 2020.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>. Acesso em: 09 Mar. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro, 2014.

NEWMANN, von John; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economic behavior**. 3.ed. Princeton: Princeton University Press, 1953.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB**: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.

PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 75-88.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RABELLO, Sonia. **O Estado na preservação dos bens culturais**: o tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

_____. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Revisitando o instituto do tombamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 37-49.

REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Tombamento e preservação do patrimônio artístico e cultural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 255-266, set. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8857/7679>. Acesso em: 02 Mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB – Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 171-201, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654/74317>. Acesso em: 09 Mar. 2020.