



CATEDRAL DE BRASÍLIA - ACERVO DO IPHAN-ISABELLA ATAYDE

Catedral Metropolitana de Nossa Senhora Aparecida, mais conhecida como Catedral de Brasília, projetada pelo arquiteto Oscar Niemeyer.

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE
DO PROCEDIMENTO ADOTADO
PARA O TOMBAMENTO, PREVISTO
NO DECRETO-LEI Nº 25/37, COM
A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

*ANALYSIS OF THE COMPATIBILITY OF THE PROCEDURE
ADOPTED FOR TIPPING, PROVIDED FOR IN DECREE-LAW
Nº 25/37, WITH THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE
REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988*

Genésia Marta Alves Camelo

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procuradora Federal em exercício na
Procuradoria Federal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
- PF/IPHAN). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido
Mendes (UCAM)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decreto-lei nº 25/37 – autoritarismo e vanguarda; 2 Da nova ordem constitucional – Da necessidade de se proceder à interpretação Conforme à Constituição; 3 Análise dos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 face ao princípio federativo e aos princípios constitucionais democráticos; 3.1 Do princípio federativo; 3.2 Do princípio da igualdade jurídica. 3.3. Dos princípios do devido processo legal e do contraditório; 3.4 Do princípio da participação da comunidade para a proteção do patrimônio cultural brasileiro. 4 Casos práticos de aplicação da interpretação dos artigos 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 conforme à Constituição; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata da necessidade de realização de interpretação conforme dos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 com a Carta Magna de 1988, para que o procedimento adotado para todos os tipos de tombamento observe a autonomia dos entes federados e os princípios democráticos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento. Tipos de Tombamento. Decreto-lei nº 25/37. Interpretação Conforme à Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ABSTRACT: This work deals with the need to perform interpretation according to arts. 5º, 7º and 9º of Decree-Law nº 25/37 with the Constitution of 1988, so that the procedure adopted for all types of tipping observes the autonomy of the federated entities and the constitutional democratic principles.

KEYWORDS: Procedure. Kind of Tipping. Decree-Law nº 25/37. Interpretation According to the Constitution. Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988.

INTRODUÇÃO

O Decreto-lei nº 25/37 foi promulgado durante a vigência da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. A referida norma por ter sido outorgada no Estado Novo, período em que predominava o autoritarismo, possui dispositivos que requerem a realização de interpretação conforme a constituição, conforme será explicitado mais adiante.

Cumprе ressaltar que a proteção do patrimônio cultural brasileiro é ampliada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Não há dúvida de que a Carta Magna procedeu à ampliação do conceito de patrimônio cultural, antes restrito ao art.1º do Decreto-lei nº 25/37.

Acrescente-se que a nova ordem constitucional procedeu ao fortalecimento da federação brasileira. Desse modo, um ente federativo passa a estar obrigado a respeitar a autonomia do outro ente. Nessa senda, faz-se necessário aferir qual é a melhor interpretação a ser conferida ao art.5º do Decreto-lei nº 25 que trata do procedimento do tombamento de ofício.

Outro ponto a considerar consiste no fato da Constituição de 1988 estabelecer um Estado Democrático de Direito. Deve consignar-se que o Estado Democrático de Direito é permeado por princípios democráticos que pautam as atividades da Administração Pública. No que se refere ao procedimento adotado para a efetivação do tombamento em qualquer de suas espécies – tombamento de ofício, tombamento voluntário e tombamento compulsório – deve-se verificar estreita observância dos princípios da igualdade jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa e, ainda, o princípio participativo.

Vê-se, pois, que a instituição dos princípios democráticos constitucionais irão impactar especialmente o tombamento de ofício e o tombamento voluntário.

Nessa linha, busca-se neste trabalho estabelecer a melhor interpretação a ser conferida aos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37, visando adotar o significado que melhor se amolda à Carta Magna de 1988.

1 DO DECRETO-LEI Nº 25/37 – AUTORITARISMO E VANGUARDA

Mister se faz consignar que o Decreto-Lei nº 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, foi promulgado em 30 de novembro de 1937. Percebe-se, pois, que o referido diploma legal foi promulgado sob a égide da ditadura do Estado Novo, tendo em vista que a Constituição Brasileira de 1937 foi outorgada em 10 de novembro de 1937.

Cabe salientar que a Constituição de 1937 era autoritária, sendo uma de suas principais características a concentração de poder nas mãos do chefe do Poder Executivo, o qual possuía o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias conferidas ao poder legislativo da União.

Nesse sentido, embora o art.3º da Constituição de 1937 estabeleça que o Brasil é um Estado Federal, salta aos olhos que o federalismo preconizado pela Constituição de 1937 não possui os contornos do federalismo disciplinado no ordenamento jurídico vigente, uma vez que imperava a centralidade do poder político, jurídico e econômico, reduzindo a autonomia dos Estados e especialmente dos Municípios.

Depreende-se, pois, que a Constituição de 1937 era essencialmente centralizadora. Note-se que cabia ao Presidente da República a nomeação dos interventores, no âmbito estadual, cabendo a esses proceder à nomeação das autoridades municipais, nos termos dos arts. 8º,9º e 27º do texto constitucional.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes pronuncia que:

Como, ao longo da ditadura Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e, nesse período, o Presidente da República, usurpando-lhe as funções, editou milhares de decretos-leis, o que se teve de fato foi a mais completa permissividade jurídica, porque nenhum decreto-lei, eventualmente contrário à Constituição, seria passível de impugnação eficaz, dada a concentração, na pessoa do Chefe do Governo, do poder de legislar e da prerrogativa de acionar, em causa própria, o mecanismo de anticontrole de constitucionalidade engendrado pelos autores da nova Carta Política. (MENDES, 2007, p. 159-160)

Com efeito, o Decreto-lei nº 25/37 foi promulgado em pleno regime ditatorial, o que certamente repercutiu em alguns de seus dispositivos, em especial no art.5º, que dispõe sobre o tombamento de ofício.

Contudo, não se pode deixar de realçar o caráter inovador e vanguardista do Decreto-lei nº 25/37 como importante instrumento de proteção do direito difuso pertinente ao patrimônio cultural brasileiro, com fulcro na função social da propriedade. Registre-se que o Decreto-lei nº 25/37, apesar de se constituir em um ato unilateral, foi precedido de amplo debate no Congresso Nacional.

Convém colacionar os ensinamentos de Mário Ferreira de Pragmácio Telles que enaltece o Decreto-lei nº 25/37 como instrumento de proteção de direitos difusos.

A Constituição de 1891 reconhecia a plenitude do direito de propriedade, ressaltando, apenas, os casos em que houvesse desapropriação por

interesse público, não permitindo, por conseguinte, avanços na criação de novos instrumentos jurídicos que protegessem o interesse coletivo. Com a instalação de uma nova ordem jurídica, através do advento da Constituição de 1934 vislumbrou-se finalmente assento constitucional para se criar instrumentos jurídicos capazes de proteger o patrimônio cultural brasileiro sem, necessariamente, se utilizar o instituto da desapropriação, uma vez que, pela primeira vez, previu-se a função social da propriedade (art. 113, §177).

Nesse novo contexto criado pela previsão constitucional da função social da propriedade, marco legal indispensável na proteção dos interesses difusos, é que foi possível criar o DL 25/37, repita-se, pioneiro instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Como se tratava de um instrumento jurídico ousado para a época, não foram poucas as tentativas de expurgá-lo do ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de declará-lo inconstitucional. (TELES, 2017)

Portanto, o Decreto-lei nº 25/37 possui a peculiaridade de se constituir em um instrumento pioneiro, por interferir na propriedade privada em prol da proteção do interesse da coletividade, em pleno período ditatorial.

2 DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL –DA NECESSIDADE DE SE PROCEDER À INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, institui quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro e exemplifica várias formas de acautelamento, mencionando dentre elas o instituto do tombamento.

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

[...]

§1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. [Grifou-se]

Convém anotar, que a Carta Magna, ainda no art.3º, inova ao estabelecer os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, com fins à efetivação da democracia tanto no âmbito econômico quanto social e cultural, além de conferir especial destaque à dignidade da pessoa humana.

É fato que o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 gerou impacto no ordenamento jurídico brasileiro, nele incluída a lei federal que dispõe sobre o tombamento – Decreto-lei nº 25/37.

Há de se asseverar que o Decreto-lei nº 25/37, promulgado no regime ditatorial, foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo entendimento pacífico nos tribunais.

TOMBAMENTO. DECRETO-LEI 25/37. RECEPÇÃO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO (ART. 216). CONJUNTO ARQUITETÔNICO TOMBADO. REFORMA DE IMÓVEL DELE INTEGRANTE. 1. O Decreto-Lei 25/37 foi recepcionado pela atual Constituição, a qual, no parágrafo 1º do artigo 216, é expressa ao estabelecer que a proteção ao patrimônio cultural brasileiro far-se-á “por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. 2. Estando comprovado que o imóvel tombado em causa foi objeto de modificação, sem autorização da autoridade administrativa competente, restou violado o comando previsto no artigo 17 do Decreto-Lei 25, de 30.11.1937. 3. A ausência do embargo da obra não obsta à incidência da necessidade de prévia autorização. Precedente desta Corte. 4. A ausência de averbação não constitui fundamento jurídico suficiente para afastar a obrigatoriedade da autorização administrativa para a realização de reforma no imóvel tombado, ou seja, a eficácia da limitação administrativa. Precedente desta Corte. 5. Apelação e remessa, tida por interposta, não providas. (TRF 1ª Região - AC 1998.01.00.093579-2/MT; APELAÇÃO CÍVEL; Relator: JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.); Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR; Publicação: 05/09/2002 DJ p.128; Data da decisão: 08/08/2002) [Grifou-se]

No entanto, não obstante o diploma normativo em comento tenha sido recepcionado pela Carta Magna de 1988, faz-se necessário recorrermos à técnica da interpretação conforme, visando à concretização dos novos valores constitucionais.

Importa colacionar as lições de José Adércio Leite Sampaio a respeito da interpretação conforme a Constituição.

A técnica de “interpretação conforme” importa a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução

ao único significado conforme a Constituição. Exige-se primeiramente que “os meios tradicionais” ou outros instrumentos de concretização revelem ou explicitem os vários sentidos da disposição, para, em seguida, haver a opção pela interpretação conforme. (SAMPAIO, 2002, p. 208-209)

Destarte, no presente trabalho, verificaremos qual é a melhor interpretação a ser conferida quanto ao procedimento a ser adotado com relação aos tipos de tombamento previstos no Decreto-lei nº 25/37, em face da nova ordem constitucional vigente. Para tanto, se procederá à análise dos arts. 5º, 7º e 9º do referido diploma normativo, a seguir transcritos.

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

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

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo 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 quiser 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 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.

Nesse contexto, confrontaremos os citados preceitos normativos com alguns dos princípios consagrados na Constituição de 1988, com fins a explicitar a interpretação consonante com a ordem constitucional vigente.

3 ANÁLISE DOS ARTS. 5º, 7º E 9º DO DECRETO-LEI Nº 25/37 EM FACE AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS

3.1 DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

Conforme exposto acima, por ocasião da edição do Decreto-lei nº 25/37 existia no país um federalismo que pode ser qualificado como “ficto”, face a concentração de poder com o Presidente da República.

Note-se que o art.5º do Decreto-lei nº 25/37 é resultante desse federalismo excessivamente limitado, uma vez que o federalismo efetivo exige autonomia política e administrativa dos entes que compõem a federação.

Cumprе ressaltar que a Constituição de 1988 amplia a autonomia dos Estados e institui um novo modelo de federação ao proceder à inserção do Município na organização político-administrativa.

Alexandre de Moraes, assim, sintetiza a federação na Carta Magna de 1988:

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais. Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988.

Além disso, a Constituição deve estabelecer os seguintes princípios:

- Os cidadãos dos diversos Estados-membros aderentes à Federação devem possuir a nacionalidade única dessa;

- Repartição constitucional de competência entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e município;
- Necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria;
- Poder de auto-organização dos Estados-membros, Distritos Federal e municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
- Possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo;
- Participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal;
- Possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
- A existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal. (MORAES, 2006, p. 246)

Nessa seara, depreende-se que a realização de tombamento de ofício de bens pertencentes ao Estado e ao município, previsto no art.5º do Decreto-lei nº 25/37, não se coaduna com o princípio federativo, uma vez que a autonomia conferida a Estados e Municípios pela Carta Magna impede que ente federal, de ofício, restrinja o direito de propriedade dos demais entes federativos. Assim, a interpretação constitucionalmente possível para o referido artigo exige que esse seja restringido ao âmbito federal, a fim de contemplar a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Registre-se que foi adotada, em caso similar, a interpretação conforme pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3, ao examinar pedido liminar, conferindo aplicabilidade do art.17, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/93 apenas no âmbito da União, deferindo “*em parte a medida cautelar, para suspender, até decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo’, contida na letra b do inciso I do art. 17, da Lei Federal nº 8.666, de 21.6.93*”.

Oportuno transcrever trecho do voto do Ministro Relator Carlos Velloso:

O *caput* do art. 17 veicula, sem dúvida, norma geral, [...] O inciso I do mesmo artigo contém, também, norma geral, [...] Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóveis, [...] No ponto,

a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a adoção a não ser para outro órgão, ou entidade da administração pública. Uma tal interpretação, constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público...

[...]

Empresto, pois, interpretação conforme a Constituição ao citado dispositivo – art. 17, I, b: a expressão – ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo’ – somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal.

Portanto, deve ser conferida interpretação conforme ao art.5º do Decreto-lei nº 25/37, a fim de não admitir face ao princípio federativo a instituição de tombamento de ofício perante os Estados e Municípios. Portanto, em princípio, seria admissível apenas no âmbito da União.

A menção no art. 5º do referido diploma normativo à União, aos Estados e aos Municípios suscita dúvida no que se refere à aplicabilidade do citado dispositivo às autarquias e fundações públicas. Observe-se que o art.2º do Decreto-lei nº 25/37 dispõe que “a presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.” Logo, considerando que o art.41 do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – estabelece que são pessoas de direito público interno a União, Estados, Distrito Federal e Territórios, além das autarquias, associações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei, não pairam dúvidas quanto à abrangência do art. 5º do Decreto-lei nº 25/37 às autarquias e fundações públicas.

Esse é o sentido do art.5º do Decreto-lei nº 25/37, quando confrontado apenas com o princípio federativo da Carta Magna de 1988: é possível o tombamento de ofício no âmbito federal em relação a bens da União e de suas autarquias e fundações públicas, sendo que Estados, Distrito-Federal e Municípios, no exercício de sua autonomia administrativa poderão instituir tombamento de ofício de seus próprios bens, bem como as respectivas autarquias e fundações públicas.

3.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA

Como dito, o Decreto-lei nº 25/37 expressamente dispõe, em seu art.2º, que este se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

No entanto, o referido diploma normativo optou por estabelecer procedimento distinto para a efetivação do tombamento de bem público e privado.

Há de se asseverar que eventual diferença de tratamento deve estar respaldada na identificação de razão que a justifique, a fim de se observar o princípio da isonomia, previsto no art.5º da Carta Constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello com maestria preconiza que:

43. Ao fim e ao cabo desta exposição teórica têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 2008, p. 47-48)

Importa destacar que não há um *discrimen* a autorizar a adoção de procedimentos distintos para o tombamento de bens privados e públicos. No primeiro momento, poder-se-ia cogitar que a intervenção na propriedade privada configuraria o referido *discrimen*. No entanto, o citado argumento não subsiste diante do fato dos efeitos do tombamento atingirem tanto o proprietário privado quanto o público.

Com efeito. Na hipótese de se concretizar o tombamento do bem, o proprietário de bem particular e o proprietário de bem público possuirão, dentre outros, o dever de conservação do bem.

Recorramos aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro com relação às restrições impostas pelo instituto do tombamento.

O proprietário do bem tombado fica sujeito às seguintes obrigações:

1. positivas: fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa (art. 19); em caso de alienação onerosa do bem, deverá assegurar o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nessa ordem, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa de 20% do valor do bem a que ficam sujeitos o transmitente e o adquirente; as punições serão determinadas pelo Judiciário (art. 22). Se o bem tombado for público, será inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre a União, Estados e Municípios (art. 11).

2. negativas: o proprietário não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de multa de 50% do dano causado (art. 17); também não pode, em se tratando de bens móveis, retirá-los do país, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do IPHAN (art. 14); tentada a sua exportação, a coisa fica sujeita a sequestro e o seu proprietário, às penas cominadas para o crime de contrabando e multa (art. 15);

3. Obrigação de suportar: o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância. (DI PIETRO, 2006, p. 155-156)

Por outro lado, poder-se-ia pensar que o poder público possui melhores condições para proceder à conservação do bem tombado e, ainda, que este possui o dever de dar concretude ao interesse público concernente à proteção do patrimônio cultural. No entanto, verifica-se que são inúmeros os interesses públicos a serem resguardados e finitos os recursos públicos, de modo que pode haver interesse a justificar a apresentação de impugnação por qualquer ente público. De mais a mais, pode-se insurgir com relação a alguns aspectos do tombamento, como por exemplo, a sua extensão e o valor cultural que se pretende reconhecer.

Pois bem. Verifica-se limitação do direito de propriedade com relação a bens privados, bem como no que se refere a bens públicos. Logo, ambos possuem interesses a defender, devendo observar o mesmo procedimento, uma vez que não é legítimo interferir no direito de propriedade de qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, simplesmente procedendo-se à expedição de notificação em momento posterior à prática do ato.

Nesse contexto, não há razão plausível a justificar a adoção de procedimento distinto para bens públicos e privados.

3.3 DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Importa ressaltar a relevância da adoção do processo democrático em um Estado Democrático de Direito, uma vez que é através dele que se afere a legitimidade dos atos praticados, uma vez que este exige a explicitação da motivação das decisões e garante a participação dos interessados.

Consagrando o Estado Democrático de Direito, o art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Política de 1988 traz em seu bojo o princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha com propriedade discorre sobre os princípios constitucionais do processo administrativo:

A concepção de que o exercício da competência administrativa faz-se mediante processo, com natureza, fins e forma próprios, transferiu o pólo principal da doutrina jusadministrativa. Esta, antes centrada na tensão da produção do ato administrativo unilateral, impessoal e editado no desempenho de poder incontestável, passa a ser concebida e explicada como uma relação, que é formalizada para cumprir um fim exterior e superior ao seu autor. A vocação pública da atividade administrativa compreende, então, um contraditório formalizado, o que vem a dar num processo, caracterizado segundo essa condição de sua essência. Essa vocação administrativa como a sua forma de realização transformaram-se segundo a concepção de Estado dominante praticada. O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Administração Pública e põe um direito administrativo compreendidos, explicados e vividos segundo os princípios que o norteiam, dos quais releva o da participação livre do cidadão no exercício do poder, aí inserida a fase de controle da competência desempenhada. Pelo que o contraditório livremente posto e impessoal, pública e eticamente considerado e resolvido faz parte da dinâmica administrativa. Logo, o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública Democrática

buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim considerada, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental como o é o processo judicial. A necessidade de se transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostentam.

B.1.[...] Coube à Constituição da República de 1988, inserir, no elenco dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado, o do devido processo legal, com amplitude ineditamente concebida no direito brasileiro, ali se abrindo não mais apenas a garantia do processo penal e civil e da instrução crimina no caso do contraditório, mas também o processo administrativo. (ROCHA, 1997, p. 189-222)

É verdade, que após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há mais espaço para uma Administração Pública autoritária, como podia se verificar por ocasião do Estado Novo.

Domina o entendimento de que o tombamento é um ato administrativo, o qual deve ser precedido de processo administrativo, observadas as garantias constitucionais.

Nesse sentido, citamos as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

[...] O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições. Trata-se de atividade administrativa, e não legislativa. Além do mais, o tombamento só é definido após processo administrativo no qual, frequentemente, há conflitos de interesses entre o Estado e o particular. Resulta aí que o ato de tombamento é passível de exame quanto à legalidade de seus vários elementos, como o motivo, a finalidade e a forma, etc. Ora, a lei que decreta um tombamento não pressupõe qualquer procedimento prévio, de modo que fica trancada para o proprietário qualquer possibilidade de controle desse ato, o que seria absurdo mesmo diante da circunstância de ser a lei, nesse caso, qualificada como lei de efeitos concretos, ou seja, a lei que, embora tenha forma de lei, representa materialmente um mero ato administrativo. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 764)

Assim sendo, diante dos princípios constitucionais democráticos, não há como se legitimar o tombamento de bens públicos ou privados sem que seja oportunizada a apresentação de impugnação pelos interessados.

Logo, a interpretação do art. 5º do Decreto-lei nº 25/37 conforme a Carta Magna vigente conduz à necessidade de se proceder à notificação prévia da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como respectivas autarquias e fundações públicas ofertando prazo para a apresentação de impugnação ao tombamento do respectivo bem público.

No que concerne ao tombamento voluntário, tanto o tombamento a pedido quanto o proveniente de anuência do interessado, previsto no art.7º do Decreto-lei nº 25/37, requer a expedição de notificação prévia para efetivação do tombamento. É imperioso perceber que após à apresentação do pedido de tombamento pelo interessado, a Administração irá proceder à realização de estudos técnicos, os quais irão determinar o objeto do tombamento e o reconhecimento dos valores que se visa a preservar. Segue-se que após a elaboração desses atos preparatórios, bem como do parecer técnico, se mostra necessário notificar, mesmo no tombamento voluntário a pedido, o proprietário para, querendo, apresentar impugnação ao tombamento do bem. Portanto, uma vez que se trata de restrição ao direito de propriedade, deve-se também no tombamento voluntário ser oportunizado ao proprietário o oferecimento de impugnação.

Nesse passo, reafirmamos o que já foi dito anteriormente. Deverá ser oportunizada a apresentação de impugnação a qualquer proprietário de bem público ou privado, independentemente do tipo de tombamento.

3.4 DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

A despeito do Decreto-lei nº 25/37 prevê, em seu artigo 9º, a figura do Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o referido conselho passa a ter maior relevância com a promulgação do novo texto constitucional, uma vez que o §1º do art.216 estabelece como instrumento da democracia participativa a colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro.

A propósito, o art.7º do anexo do Decreto nº 6844, de 07 de maio de 2009, dispõe sobre a composição do citado conselho, contemplando treze representantes da sociedade civil com conhecimento nos campos de atuação do Iphan, além de representantes de diversas entidades e órgãos.

É oportuno assinalar, nos termos do Decreto-lei nº 25/37, que cabe ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural proceder à valoração do bem que se pretende tomar, a fim de se aferir se este constitui parte integrante do patrimônio cultural.

Verifica-se, pois, que o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural representa uma forma de participação ativa da comunidade na proteção do patrimônio cultural, ainda que embrionária.

Desse modo, não obstante não haja previsão expressa nos arts. 5º e 7º do Decreto-lei nº 25/37 da participação do Conselho Consultivo, tanto o tombamento de bens públicos, quanto o tombamento voluntário, abrangida a hipótese de anuência, deverão ser apreciados pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Merece comentar que a Lei nº 6292, de 15 de dezembro de 1975, dispõe que o tombamento de bens no Iphan dependerá de homologação do Ministro da Cultura, após parecer do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Realmente, qualquer tombamento no âmbito do Iphan deve ser levado à apreciação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

4 CASOS PRÁTICOS DE APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, 7º E 9º DO DECRETO-LEI Nº 25/37 CONFORME À CONSTITUIÇÃO

É importante frisar que de fato os órgãos e entidades públicas possuem interesse em participar de processo administrativo em que se pretende proceder ao tombamento de seus bens, observados os princípios processuais constitucionais.

Há de se asseverar que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, no âmbito do processo administrativo que se pretende proceder ao tombamento de bens públicos, expede para os órgãos e entidades públicas proprietárias de tais bens, a devida notificação, oportunizando a apresentação de impugnação.

Nesse contexto, elenca-se a seguir alguns casos de processos de tombamento de bens públicos em que se verificou a apresentação de impugnação por órgãos e entidades públicas.

- Processo de Tombamento nº 1.609-T-10 (processo administrativo nº 01508.000492/2010-75) - Tombamento do Conjunto Histórico e Paisagístico do Município de Antonina, no Estado do Paraná: Município de Antonina apresentou impugnação ao tombamento, alegando que este interfere no desenvolvimento econômico do município, em especial no Plano de Negócio-Antonina, Porto Público Organizado – Programa de arrendamentos de áreas e Instalações Portuárias do Porto de Antonina e Plano de Desenvolvimento e zoneamento portuário.

- Processo de Tombamento nº 0943-T-76 (processo administrativo nº 01510.000482/2009-57) - Tombamento do Forte de Araçatuba, Município

de Florianópolis, Estado de Santa Catarina - Fortaleza de N.Sa. da Conceição da Ilha de Araçatuba: a Secretaria do Patrimônio da União apresentou impugnação alegando, em síntese, que: as Leis nº 6.421/77 e 9.537/97, bem como a NORMAM-17 atribuem à autoridade marítima a competência para proteção e utilização de faróis; que os faróis se constituem em um dos meios utilizados para resguardar a segurança da navegação e, finalmente, que a instalação de equipamentos visando aprimorar a eficiência da sinalização náutica não pode ficar sujeita às restrições de uma coisa tombada.

- Processo de Tombamento nº 1598-T-10 (processo administrativo nº 01516.000022/2007-15) – Tombamento da Ponte Pênsil Afonso Pena, inclusive os pilares remanescentes da construção original, situada no Município de Itumbiara, Estado de Goiás e no Município de Araporã, Estado de Minas Gerais: o Município de Araporã apresentou manifestação de anuência ao tombamento da Ponte Pênsil Afonso Pena, inclusive os pilares remanescentes da construção original, situada no Município de Itumbiara, Estado de Goiás e no Município de Araporã, Estado de Minas Gerais, condicionada à concessão de autorização para a edificação de uma réplica da ponte original, atual Ponte Afonso Pena, utilizando-se os pilares remanescentes da construção original.

- Processo de Tombamento nº 1.384-T-97 (processo administrativo nº 01450.001272/2007-76) - Tombamento da Ilha de Trindade: a Marinha do Brasil, alega, em síntese, que a Ilha da Trindade possui importância científico-ambiental, além de se constituir em ponto de apoio importante para as forças navais em um conflito armado que envolva o Atlântico Sul, impugnando o tombamento do bem por razões de valor estratégico, científico e militar.

- Processo de Tombamento nº 1614-T-10 (processo administrativo nº 01450.012718/2010-93) - Tombamento do Centro Histórico de Manaus, Estado do Amazonas: o Estado do Amazonas em sua impugnação aduz que a notificação não veio acompanhada dos estudos técnicos justificadores do tombamento, inviabilizando a defesa judicial, em afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa; que precisa ser discutido se os imóveis tombados estão vinculados a fatos memoráveis da história nacional de modo a se justificar a intervenção do IPHAN e se a área pretendida não se encontra exageradamente delimitada; que os imóveis de valor histórico e artístico já foram tombados individualmente pelo Estado do Amazonas; que o IPHAN busca firmar a sua competência para o licenciamento de todas as atividades inseridas na área provisoriamente tombada; que o tombamento imposto pelo IPHAN, sem a colaboração da comunidade, agride o art. 216, §1º, da

Constituição Federal; que mesmo correndo o prazo para impugnação do tombamento pelo Estado do Amazonas, já se encontra agendada reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para o próximo dia 10 de dezembro; que a Lei 9784/99 estabelece a possibilidade de audiências e consultas públicas, na fase de instrução dos processos administrativos, tendo em vista a complexidade do tema e a extensão da área a ser tombada; que a matéria tratada no processo de tombamento é de interesse geral, especialmente da parcela da população que tem propriedades e desenvolve atividades econômicas no interior da área definida pelo IPHAN; que nos termos do art. 38 da Lei Nº 9.784/99, o Estado do Amazonas tem o direito de produzir provas visando infirmar os supostos documentos técnicos produzidos pelo IPHAN; que por força do art. 3º, III, da Lei Nº 9.784/99, o Estado do Amazonas tem o direito de elaborar alegações finais; que não é razoável que o IPHAN conduza o processo de tombamento de forma tão apressada, afinal nem o Centro Histórico de Manaus e tampouco os prédios históricos irão mudar de lugar.

- Processo de Tombamento nº 1071-T-82 (processo administrativo nº 01458.002987/2010-71) - Tombamento do Conjunto Arquitetônico, Urbanístico e Paisagístico dos bairros da Cidade Velha e Campina – Belém/PA: o Estado do Pará, após tecer considerações em sua impugnação a respeito da importância da proteção da Cidade Velha e Campina, aduz a necessidade de se proceder à individualização dos bens, uma vez que se trata de limitação administrativa. Por fim, salienta a necessidade de se proceder à consulta a todos os órgãos estaduais dos bens afetados, uma vez que cada órgão é quem conduz as decisões quanto aos projetos de construção, reforma e ampliação e a área a ser tombada é extremamente grande e importante, o que não foi possível no prazo constante na notificação.

- Processo de Tombamento nº 0526-T-55 (processo administrativo nº 01450.011183/2006-57) - extensão do polígono de tombamento do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico do Santuário de Nossa Senhora da Piedade – Tombamento do Conjunto Histórico e Paisagístico da Serra da Piedade, localizada nos Municípios de Caeté e Sabará, Estado de Minas Gerais: Município de Caeté impugna a retificação do polígono de tombamento em decorrência da não apresentação dos mapas correspondentes à área em questão, o que inviabilizaria qualquer anuência em decorrência do desconhecimento quanto às efetivas modificações. Ressalta a extensão da área objeto de análise, destacando a possibilidade de se destinar aos mais devidos fins, sendo de extremo interesse do Município, seja econômico, cultural ou social.

Registre-se, por oportuno, que os bens públicos também podem ser objeto de tombamento voluntário a pedido, como por exemplo, o verificado no tombamento da Antiga Sede da Fazenda Valparaíso, hoje denominada Burundanga, bairro Mangabinha, conhecida como Casarão do Coronel Tertuliano Guedes de Pinho, Município de Itabuna, Estado da Bahia, de propriedade do Município, cujo pedido de tombamento foi formulado pelo prefeito do referido município. Nessa senda, no âmbito do Processo de Tombamento nº 1.604-T-10 (Processo Administrativo nº 01502.003508/2009-18) procedeu-se à expedição da devida notificação de tombamento oportunizando a apresentação de impugnação.

5 CONCLUSÃO

O tombamento tem por objeto tanto bens particulares quanto bens públicos, não havendo razão – *discrimen* – a justificar a adoção de procedimentos distintos para o tombamento dos mencionados bens.

Logo, deve-se adotar *procedimento único* para o tombamento de bens públicos ou privados, independentemente da iniciativa do tombamento ter ocorrido de forma voluntária ou compulsória.

Conclui-se, portanto, que a interpretação conforme a Carta Magna de 1988 a ser conferida aos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 requer a expedição de notificação a todos os proprietários dos bens que se pretende tomar, oportunizando a apresentação de impugnação, em consonância com os princípios federativo, da igualdade jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa. Outrossim, o processo de tombamento, em todos os casos, deverá ser submetido à apreciação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, a fim de dar concretude ao princípio da participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Por fim, importa relevar que esta é a única interpretação possível a conferir legitimidade à atuação estatal em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975*. Dispõe sobre o tombamento de bens no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Decreto nº 6844, de 07 de maio de 2009*. A prova a estrutura regimental do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.344-360.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 758-772.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47051/46036>>. Acesso em: 28 ago.2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. *O revés da proteção*: apontamentos sobre o instituto do cancelamento de tombamento e suas implicações nas políticas de preservação do patrimônio cultural. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2014/06/M%C3%A1rio-Ferreira-de-Pragm%C3%A1cio-Telles-et-alli.pdf>>. Acesso em: 30 ago.2017.