

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Maria De Fatima Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-295-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 56 - Direito Administrativo e Gestão Pública II, durante o XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Curitiba - PR, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central – Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática foi pensada para se refletir sobre o desenvolvimento gerador de desigualdades sociais e regionais de toda ordem.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliações por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e áreas afins. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Administrativo e Gestão Pública II, tiveram como destaques as abordagens sobre a discricionariedade administrativa, princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, responsabilidade civil do Estado por sanções políticas tributárias, o município e o federalismo fiscal, licenciamento ambiental, comissões de licitação, Advocacia Geral da União, licitação sustentável, prorrogação de contratos públicos, dentre outros.

Os 19 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Tributário na medida em que abordam itens relacionados à administração pública, responsabilidade dos gestores e questões peculiares da gestão pública. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos

eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de ideias.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e, ao mesmo tempo, agradecemos aos autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima - FUMEC

**O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO
E TOMBAMENTO EM MEIO AOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO
ADMINISTRATIVO.**

**THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST OVER PRIVATE AND
THE PROTECTION OF HISTORICAL LANDMARKS WITHIN THE NEW
PARADIGM OF ADMINISTRATIVE LAW**

**Jonatan de Jesus Oliveira Alves ¹
Gabriel Faustino Santos ²**

Resumo

O presente artigo visa discutir sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado dentro dos novos paradigmas do direito administrativo e sua aplicabilidade no tombamento de bens imóveis. No sentido ora apontado a ideia de interesse público ganha novos contornos influenciando diretamente o tombamento enquanto ato administrativo, possibilitando a argumentação como melhor teoria para sua efetivação. Utilizar-se-á para o presente trabalho discussão bibliográfica e a dedução como método, partindo-se da noção de interesse público, explicitando sua constitucionalização e materializando tal definição no tombamento.

Palavras-chave: Direito administrativo, Tombamento, Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the principle of supremacy of public interest over private within the new paradigm of Administrative Law and the protection of historical landmarks by the public authorities. In this new consensus, the idea of public interest gains a new form, which affects the administrative act of protecting a landmark due to its historical importance, allowing argumentation as the best theory to its consolidation. This work uses bibliographical sources and the deductive method, moving from the idea of public interest and its space within the Constitution to its construction in the frame of historical landmarks protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Public listing and protection of historical landmarks, Principle of supremacy of public interest over private

¹ Especialista em processo civil, mestrando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

1 INTRODUÇÃO

Sendo ato da Administração, conforme será dito posteriormente, o estudo sobre tombamento melhor enquadra-se no campo do direito administrativo, do qual extrai-se que sua natureza jurídica é própria, não sendo uma simples limitação administrativa, nem uma servidão, e sim uma limitação que afeta o direito de propriedade e acarreta ônus maior que as servidões administrativas, pois pode recair sobre imóvel específico. (DI PIETRO, 2014, p. 155).

Pode-se pensar então que o tombamento é ato administrativo, de importância singular para a memória do povo brasileiro, sendo essencial na formação da identidade nacional. Entendendo-se a relevância de tal estudo passa-se a pensar a necessidade de observar-se o tombamento à luz de um novo direito administrativo, revestido dos valores constitucionais, que trás para o centro das atenções a dignidade da pessoa humana.

Partindo-se da ideia de que o tombamento de imóveis por vezes é tenso, trazendo ao debate a questão do interesse privado e interesse público pensa-se como problema: como efetivar o processo de tombamento através da ideia de um novo paradigma do direito administrativo? Como pensar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no caso de tombamento em tempos de Constituição Federal de 1988?

Tem-se por objetivo traçar os principais contornos da legislação pátria sobre o tema, para posteriormente buscar as principais discussões do direito administrativo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que entende-se ser o fundamento para o tombamento, por fim almeja-se pensar uma forma de análise para os casos de tombamento de bens imóveis que leve em consideração os novos paradigmas do direito administrativo através da teoria da ponderação.

Para a construção do presente artigo utilizar-se-á discussão bibliográfica, informações de meios de comunicação eletrônicos, legislação nacional sobre o tema, e adotar-se-á o método dedutivo partindo-se de uma noção geral de tombamento, discutindo-se o princípio do interesse público sobre o tema para chegar-se à especificidade do tombamento de bens imóveis.

Para melhor compreensão sobre o tema, dividir-se-á o presente em tópicos: primeiramente abordar-se-á os contornos da legislação pátria sobre tombamento; em segundo momento a questão do interesse público e visões de alguns autores sobre o assunto; em terceiro momento, buscar-se-á um termo entre os principais autores que debatem sobre a ideia de interesse público; em quarto momento, trabalhar-se-á com a ligação do tombamento de

bens móveis com os direitos fundamentais; e por fim, dialogar-se-á com a teoria da ponderação e análise diante do tombamento buscando-se uma conclusão

2 TOMBAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O tombamento é um instrumento de reconhecimento e proteção de bens de interesse histórico, paisagístico ou cultural, sendo tais bens definidos pela legislação ordinária como:

(...) o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (art. 1º. Decreto-lei 25 de 1937, BRASIL).

O sentido da expressão “tombamento” está intimamente ligado ao ato de registrar, inventariar; deve-se o significado do termo à sua origem histórica: ele se refere à Torre do Tombo (Lisboa) em Portugal, na qual o inventário dos bens do reino era guardado. Sendo o Brasil um país de colonização lusa, a palavra arraigou-se na língua nacional.

Tem-se que a primeira preocupação com a preservação do patrimônio cultural ligado à história brasileira foi através do Alvará de 28 de agosto de 1721, em que o rei português D. João VI pediu pela preservação dos monumentos antigos, que haviam ou poderiam haver no reino, que demonstrassem traços de civilizações antigas, como os gregos, fenícios, persas, delimitando temporalmente essa preservação até o reinado de d. Sebastião. (GASPARINI, 2005, p. 42).

No mesmo século, no ano de 1742, uma carta do vice-rei do Brasil foi endereçada ao governador da capitania de Pernambuco, através da qual opunha-se à modificação do Palácio das Duas Torres, construído no governo de Mauricio de Nassau no Nordeste; tem-se nesse ato a administração pública agindo na preservação do patrimônio histórico, limitando assim o uso da propriedade. (GASPARINI, 2005, p. 42).

Essa preocupação com o patrimônio histórico demonstrada no exemplo anterior não se tornou rotina, sendo que, após sua independência de Portugal, o Estado brasileiro parece não haver sinalizado no sentido de elaborar uma legislação protetiva dos bens culturais; as duas primeiras constituições brasileiras (1824 e 1891), por exemplo, nada continham sobre tal assunto. Entende-se que esse vazio da lei se deve à ideia liberal reinante na época, voltada para a absolutização da propriedade privada.

A grande inovação sobre o tema observa-se na constituição de 1934, que assim trouxe:

Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte.

Art. 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual. (BRASIL, 1934).

A partir de então as Constituições seguintes tiveram a preocupação com o patrimônio cultural brasileiro, como a Polaca de 1937 em seu artigo 134, que trazia sobre a “proteção dos monumentos históricos, artísticos e naturais”¹; a Constituição de 1946 em seu artigo 175², que rezava sobre a proteção das “obras monumentos e documentos de valor artístico”; a Carta de 1967³ no artigo 172, também referindo-se à proteção do Estado a bens de valor cultural; até chegar-se à Constituição de 1988.

A Constituição cidadã, em seu artigo 216⁴ da CF, § 1º, assim afirma: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento (...).”.

Observa-se que a mudança da postura das constituições está intimamente ligada ao fomento de um Estado Social em detrimento do Estado Liberal, preocupando-se não mais com o direito de propriedade absoluto, mas com a função social da propriedade, com os interesses gerais da coletividade.

As Cartas Constitucionais retro citadas estabeleceram programas, sendo que a normatização sobre o tema surgiu com o decreto-lei Federal n.25 de 30.11.1937, que aponta o

¹ Art. 134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos estados e dos municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. (BRASIL, 1934)

² Art. 175. As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público. (BRASIL, 1937)

³ Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas. (BRASIL, 1967)

⁴ **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

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

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

tombamento como a grande forma de preservação do patrimônio cultural brasileiro; tal legislação perdura até o momento e tornou-se norma de caráter geral sobre o assunto.

O decreto-lei n.25 de 1937 é assim organizado: o Capítulo I trata sobre o conceito de Patrimônio Histórico e Artístico e suas definições; o capítulo II aponta sobre o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e a existência, sob a administração desse, de quatro Livros do Tombo: o livro do Tombo Arqueológico; o livro do Tombo Histórico; o livro do Tombo das Belas Artes; e o livro do Tombo das Artes Aplicadas; traz ainda sobre a possibilidade do tombamento de bem particular de maneira compulsória ou voluntária (art.8º.); tombamento de bens pertencentes à União, Estados ou Municípios (art.7º.); tombamento provisório (art.10º.). O capítulo III aponta os efeitos do tombamento sobre os bens que são objeto dele. O capítulo IV versava sobre o direito de preferência, sendo revogado pela lei 13.105 de 2015; e o Capítulo V aponta as disposições gerais do decreto-lei.

O artigo 23, inciso III da Constituição Federal, explicita que cabe concorrentemente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”. E o artigo 24, inciso VII, confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Assim, então, a Constituição de 1988 deixou a cargo da União estabelecer as normas gerais, normas essas já traçadas pelo decreto-lei n.25 de 1937 e recepcionadas pela Constituição; e aos Estados e Distrito Federal cabe a legislação suplementar sobre o tema.

Daí então a importância do decreto-lei federal n.25 de 1937 como estabelecedor de normas gerais; através dele conclui-se que o tombamento é um procedimento administrativo, pois realiza-se através de uma série de atos até que se registre o bem no livro de Tombo. (DI PIETRO, 2014, p. 147).

Entende-se ainda que o tombamento tem o princípio do interesse público sobre o privado como seu norteador, para além da legislação exposta sobre o tema, daí a necessidade de discutir-se tal princípio à luz do sistema constitucional.

3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM DEBATE

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio implícito do direito administrativo e encontra importante definição através de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 99).

Diante desse princípio base da administração pública enxerga-se a necessidade do poder público intervir, sempre que o interesse coletivo for colocado em jogo; mas a grande questão colocada é justamente o que seria esse interesse público e quais os limites da intervenção estatal.

Para tratar o assunto, Gustavo Binenbojm (2005, p.29) retoma as origens históricas do direito administrativo e, em consequência, do princípio da Supremacia do Interesse Público, que é um de seus pilares. Para o autor a origem do direito administrativo está no Antigo Regime, isso pode ser comprovado através da manutenção de uma espécie de “princípio da autoridade”, pois a jurisdição embrionária não submeteu a administração pública ao direito, mas criou justificativas para a administração ficar fora do alcance dos cidadãos, fortalecendo assim a autoridade do executivo.

Para Gustavo Binenbojm (2005, p.30), o sistema político brasileiro acolheu com facilidade esse modelo autoritário de direito administrativo, derivado sobretudo da França; essa incorporação teve como agente integrador a existência de uma estrutura de colonização de exploração e patrimonialismo da coroa portuguesa, marcas da história brasileira.

Segundo Binenbojm, existia, no tempo de sua escrita (2005), uma crise de paradigmas do direito administrativo, que não seria nova, remontando à sua gênese, e, dentre os modelos tradicionais, estaria em xeque o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O autor aponta como modelo para superação de tais paradigmas a Constitucionalização do Direito Administrativo através de um enfoque na dignidade da pessoa humana. O interesse público então está intimamente “dependente de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados”. (BINENBOJM, 2005, p.33).

Nota-se não ser possível desvincular o princípio ora aludido da ordem constitucional, que tanto prestigia os interesses privados e a dignidade da pessoa humana; o sistema constitucional ora posto “inviabiliza a determinação de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual”. (BINENBOJM, 2005, p.44).

Através da visão do renomado autor, pode-se verificar que o conceito de interesse público é carecedor de uma definição completa; e dentro do Estado Democrático de Direito e

em tempos de Constituição de 1988, deve-se primar por olhar tal definição dentro dos direitos fundamentais.

Os novos paradigmas do direito administrativo parecem estar mais focados em um diálogo entre interesse público e interesse privado em torno dos direitos fundamentais.

O pensamento de Gustavo Binbenjy não é absoluto, sendo objeto de convergência e divergência de entendimentos entre estudiosos do assunto, conforme poder-se-á observar.

Quanto à origem autoritária do direito administrativo e do interesse público, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem (2010, p. 15) tecem considerações apontando que a ideia de que o direito administrativo tem uma origem autoritária tem por objetivo intimidar princípios como o da supremacia do interesse público, que confere à administração pública prerrogativas para alcançar os fins sociais.

Apontando criticamente inclusive para a obra de Gustavo Binbenjy, os autores escrevem que a interpretação histórica do surgimento de um direito administrativo autoritário recusa a importância dos movimentos liberais europeus, sobretudo o movimento revolucionário francês. O surgimento do direito administrativo está ligado a uma ideia de libertação, com a submissão do soberano à lei e não somente de dominação, conforme expõem alguns autores. (GABARDO; WUNDER, 2010, p.17).

Apontam os autores que na verdade a origem autoritária do direito administrativo está, no Brasil, “na sua história personalista e carente de um real espírito republicano”, não estando nos países europeus. (GABARDO; WUNDER, 2010, p.15).

Ao ver dos autores o pensamento, como o de Gustavo Binbenjy, Humberto Ávila e Daniel Sarmiento, trata-se de uma pretensa “nova interpretação” histórica que não goza de legitimidade alguma, na medida em que é linear, não representando as mudanças do tempo presente. (GABARDO; WUNDER; 2010, p.16).

Pelo exposto, afirmam os autores que, apesar de uma capenga noção de interesse público existente no século XIX, o cidadão teve sua proteção reforçada, não se podendo comparar com a situação existente no Antigo Regime, de total submissão ao Estado. Advoga-se sobre a necessidade de sempre haver um revisitar no direito administrativo, principalmente à luz das constituições atuais, porém sem negar as conquistas do passado.

Olhar também aguçado quando se trata do assunto está na obra da grande administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que vai além com sua crítica, afirmando que, ao falar-se em inviabilidade do princípio da supremacia do interesse público; ao criticar-se a indeterminação do conceito de interesse público; ao adotar-se a tese da ponderação para saber qual interesse aplicar; ao tentar substituir o princípio do interesse público pelo da

razoabilidade, tem-se o propósito do prevalectimento dos interesses econômicos sobre outros defendidos pela Constituição. (DI PIETRO, 2010, p.85).

Afirma a autora que o princípio em debate, na sua fase inicial, estava intimamente ligado aos fins do direito administrativo de proteção das liberdades individuais, a marca desse individualismo está no século XVIII, em sua gênese. Porém, com o Estado Social, a noção de interesse público humaniza-se, à proporção que a intervenção estatal significaria um modo de se diminuir as desigualdades sociais, então tal interesse em seu aspecto jurídico passa a estar intimamente ligado ao bem comum. (DI PIETRO, 2010, p.86).

A autora tece duras críticas à má interpretação do princípio da supremacia do interesse público, afirmando que a supremacia absoluta desse princípio talvez só tenha ocorrido em regimes totalitários. Para Maria Zanella, “exagera-se no seu sentido, para depois combatê-lo, muitas vezes de forma inconsequente, irresponsável e sob falsos pretextos”. (DI PIETRO, 2010, p.94).

A própria Constituição está repleta de institutos fundados nesse princípio, como é o caso do princípio da função social da propriedade, que é fundamento para desapropriações de caráter sancionatório e que convive pacificamente com o princípio da propriedade privada; o caso também da requisição de propriedade particular em situação de perigo eminente; do mandado de segurança coletivo; da ação popular; da defesa do consumidor; do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros. (DI PIETRO, 2010, p.97).

Segundo Maria Zanella Di Pietro (2010, p.97), são inúmeros os exemplos em que o interesse individual cede na presença do interesse público, e isso não ocorre por mera vontade da administração, ocorre porque a “Constituição permite, a legislação disciplina e o direito administrativo aplica”.

Aponta ainda a autora que o fato do conceito de interesse público não ter conceito definitivo não pode impedir a aplicação das normas constitucionais, a abertura do conceito serve para possibilitar a interpretação ao caso. (DI PIETRO, 2010, p.97).

Importante consideração feita pela autora é a de que se o fato da indeterminação de um conceito jurídico impossibilitasse sua aplicação então estar-se-ia diante da impossibilidade de aplicação de princípios como o da moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros. (DI PIETRO, 2010, p.98).

Se houvesse então uma aplicação em apartado do princípio, se ele fosse deixado apenas à apreciação da administração pública, isso poderia sim acarretar um risco, mas o que ocorre é que esse princípio é aplicado juntamente com outros princípios administrativos, e

sobretudo em consonância com o princípio da legalidade, o que não acarreta risco algum, ou autoritarismo algum. (DI PIETRO, 2010, p.99).

Na visão da autora o princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos fundamentais; tal princípio nasceu no Estado Social e veio para proteger os interesses das várias camadas sociais. Aponta que aqueles ditos inovadores voltam ao liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia uma preocupação com o bem comum.

Quanto à razoabilidade a ser utilizada na aplicação do princípio, o pensamento da autora é que a razoabilidade sempre existiu, não só para interpretação desse princípio, mas fazendo parte do direito como um todo.

A razoabilidade atua como método de interpretação e não como substituta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (DI PIETRO, 2010, p.102).

Por fim, o pensamento da autora deixa claro que deve haver uma avaliação da questão do interesse público no caso concreto, pois, sendo o interesse público um conceito indeterminado, deve-se avaliar o custo-benefício, ter critérios para a interpretação e levar em conta os direitos fundamentais.

Reconhece-se que o pensamento dos autores ora elencados tem grande relevância para pensar-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, porém apontam alguns pensamentos divergentes e outros convergentes. Então passa-se ao próximo tópico na busca de um termo comum.

4 EM BUSCA DE UM TERMO COMUM LIGADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Através de uma análise perfunctória busca-se então um comum acordo entre os autores, para que possamos analisar o caso concreto, tendo a pretensão de pensar sobre quando o dito interesse público pode sobrepor-se ao interesse privado.

Entende-se que o ponto em comum presente nas reflexões dos autores citados no item 2 parece estar em uma preocupação em respeitar a constituição e os direitos e garantias fundamentais. Visualiza-se a estreita ligação entre direito administrativo e a Constituição, no que poderia se chamar de um direito administrativo constitucional, voltado para a dignidade da pessoa humana.

As discussões postas revelam que a Constituição Federal exerce nos tempos de hoje uma influência fulcral no direito administrativo; logicamente que não só nele. Entende-se

então que a noção de interesse público e a de interesse privado no caso concreto deve ser permeada pelos direitos fundamentais.

Essa vertente é muito bem trabalhada por José Antunes dos Santos Neto:

Da combinação entre os direitos humanos fundamentais e o Estado Social e Democrático de Direito estabelece-se uma relação que atinge os pilares do direito administrativo (...) que a despeito de não ignorar que a Administração Pública deve sempre servir com objetividade ao interesse público, sua razão de ser e existir, na atual conformação, obriga a que passe a entendê-lo (o interesse público), como “a consolidação dos direitos fundamentais no Estado Social”, que ora pode ser visto também como algo que é chamado potencializar os direitos fundamentais. (SANTOS NETO, 2008, p.403).

Para o autor o direito administrativo de base constitucional é promotor de direitos e garantias fundamentais, e se porventura houver uma limitação do exercício de direitos fundamentais por motivos sociais, ou por motivo de interesse público, “esse interesse público deve ser determinado pela vontade firme do legislador ou da Administração no sentido de fomentar a liberdade igual dos cidadãos em sociedade”. (SANTOS NETO, 2008, p.406).

Entende ainda o autor que a forma mais adequada de aproximar o interesse público à dignidade da pessoa humana é disponibilizando processos que garantam a participação mais ampla dos cidadãos nas decisões estatais, deve haver um equilíbrio entre autoridade e liberdade. Afirma José Antunes dos Santos Neto (2008, p.415) que o notório déficit de democracia nos países subdesenvolvido ou em desenvolvimento afetam prejudicialmente a organização administrativa.

A noção de interesse público é totalmente reconfigurada em tempos de Estado Democrático de Direito; deve haver uma ponderação de valores e interesses diversos, guiada pela norma de direito fundamental. Os direitos fundamentais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, exigindo-se uma revisão de algumas posições, principalmente quando se fala sobre a postura do Estado ante o indivíduo. (SANTOS NETO, 2008, p.427).

Observa-se então que a Constitucionalização do direito administrativo é essencial para pensar-se o princípio da supremacia do interesse público, através de uma ponderação na aplicação do princípio, tendo-se em vista a existência das normas de direitos fundamentais.

Sendo o interesse público um conceito indeterminado a ser ponderado de acordo com o caso concreto, pensa-se então em como seria sua análise quando se fala em tombamento, pelo que se passa ao próximo tópico.

5 O TOMBAMENTO E O PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO ATRAVÉS DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para chegar-se ao intento, deve-se fazer primeiras considerações que levam a crer que o tombamento, em especial o compulsório, gera por vezes tensões, e esses embates caem justamente na discussão posta, relativa ao interesse público e o interesse privado.

Utilizando-se da legislação pertinente, após provocação e posterior aprovação da relevância do bem pelo Conselho de Patrimônio histórico, notifica-se o proprietário sobre a possibilidade de seu patrimônio poder ser tombado, para ele exerça o contraditório, podendo concordar ou discordar do tombamento; porém a partir da notificação o bem está protegido. Caso haja concordância, haverá o trâmite legal, até que o chefe do executivo expeça um decreto e então se insira o bem no livro do tombamento.

A partir do momento em que o bem é tombado, o proprietário terá restrições quanto ao modo de usar, fruir e dispor do bem, que deve ser compatível com a preservação de sua identidade.

O proprietário somente pode demolir o imóvel ou fazer transformações nele através de autorização prévia do Poder Público, competindo ao primeiro o dever de conservar o bem tombado, deixando-o dentro de suas características culturais. Caso o proprietário não tenha condições de arcar com os custos de reforma e manutenção do bem, deve comunicar à autoridade competente, para que o Poder Público a proceda.

Até mesmo a vizinhança do imóvel tombado é vedada de contruir de forma a degradar o bem tombado ou mesmo restringir sua visualização. Caso ocorra obra que atrapalhe a função do bem, pode ser determinada sua destruição.

Tratando-se de restrição ao uso da propriedade privada, deve-se levar o feito para ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis respectivo, para que torne público, a todos que desejem adquirir o bem, que existe uma limitação no exercício da propriedade.

Através do dito, pode-se observar que o tombamento em alguns casos pode acarretar consequências desagradáveis ao proprietário, inclusive podendo afetar o valor do bem e a impossibilidade de mudança de sua utilização, podendo sim gerar direito à indenização, porém de toda forma limitando o direito de propriedade do cidadão que se vê em situação de ter de submeter suas vontades à Administração.

Casos dessa relação tensa podem ser retratados: em terras mineiras, na cidade de Paraguaçu, sul de Minas, proprietários derrubaram um casarão antes que o processo de tombamento fosse efetivado. (TJMG, 2013).

Também interessante é caso ocorrido em Cuiabá-MT, onde, apesar de notificado sobre o tombamento provisório, o proprietário de um casarão no centro da cidade o demoliu e

construiu um edifício de três andares. Após todo trâmite processual da ação do IPHAN contra o proprietário, decidiu o Tribunal Regional Federal da primeira região que os dois pavimentos superiores do prédio deveriam ser demolidos e que fosse reconstituída a fachada original do prédio. (TOMBAMENTO..., 2013).

Em Uberlândia-MG, uma casa moderna, a casa Geraldo Migliorini, no Bairro Fundinho, foi demolida enquanto o processo de tombamento estava em tramitação no conselho de patrimônio histórico local, no lugar foi construída uma galeria. O proprietário não recebeu nenhum tipo de sanção, pois ainda não havia sido notificado. (RESIDÊNCIA..., [20--]).

Poder-se-ia estabelecer vários casos, porém os já postos explicitam que muitas das vezes os proprietários não se resignam diante do poder público, ou mesmo não aceitam a vontade da coletividade imperar frente à sua vontade individual. Tal situação muito se deve ao fato de que parte dos bens imóveis tombados muitas vezes encontram-se no centro das cidades ou em locais de alto valor comercial, o que torna o tombamento ainda mais conflituoso.

Não existe um método para fazer com que todos os particulares aceitem o tombamento de suas propriedades de bom grado, pois neste caso estamos lidando com uma infinidade de pessoas, com concepções diferentes e com interesses diversos.

Também não pode a administração pública fazer que sua vontade seja efetuada através de autoritarismo e arbitrariedade, sem respeito à legislação e à dignidade do cidadão.

Deve-se pensar o tombamento à luz dos direitos constitucionais fundamentais, levando em consideração a dignidade da pessoa humana. A análise deve levar em conta o caso concreto, pensando na função social da propriedade, fazendo uma verdadeira interação entre o princípio do interesse público sobre o privado e os demais princípios constitucionais.

Pensa-se que o melhor caminho para sanar tensões e evitar decisões infundadas no caso em tela é a argumentação, teoria com vistas à harmonização do sistema jurídico com a Constituição, conforme passa-se a expor.

6 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO FRENTE AOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O princípio do interesse público sobre o privado é um dos pilares do direito administrativo, encontrando-se implicitamente previsto em vários dispositivos da constituição, conforme já alegado anteriormente, porém devido à sua abertura semântica,

como outros princípios constitucionais, pode-se encontrar posicionamentos diferentes em sua aplicação no caso concreto como é o tombamento.

Importante é lembrar que quando tem-se o caso da aplicação de regras utiliza-se a ideia do tudo ou nada, subsunção, trabalhando-se no campo da validade; ou a regra encaixa-se no caso concreto ou não. Já os princípios enquanto mandados de otimização são mais fluidos, tem uma maior possibilidade interpretativa.

Essa possibilidade de valoração é importantíssima na medida que torna possível uma aplicação do direito levando em consideração não apenas a letra fria da lei, permite que outros valores sejam lançados no processo de decisão sobre determinado caso.

Essa alargamento interpretativo porém é objeto de críticas, apontam muitos autores no sentido de que essa discricionariedade exacerbada pode levar a decisões sem nenhuma criteriosidade.

O problema da interpretação no direito é questão que talvez não tão cedo encontrará um termo; o direito é uma ciência humana, não sendo objeto de uma exatidão que encontra-se respaldo no campo das ciências exatas, mas deve-se convir que a possibilidade de abstração deve ter limites; entende-se que a presença desses limites possibilita maior racionalidade às decisões.

Como alhures já alegado, não existe uma definição para o que entende-se por interesse público, sendo então que esse é objeto de valoração. Advoga-se a partir do já exposto que sua definição para o caso concreto deve ser harmônica com a Constituição para que não torne-se um estranho no ninho dos direitos fundamentais.

Elege-se a teoria da argumentação como melhor teoria para alcançar à solução mais adequada. A argumentação não esta respaldada na exclusão de princípios, mas alicerça-se na análise da capacidade argumentativa de cada um através um de juízo de ponderação (LORENZETTI, 2010, P.213).

Partindo-se do presente raciocínio pode-se pensar em uma interpretação harmônica com o ordenamento jurídico e os direitos e garantias fundamentais, nessa esteira observa-se:

(...) que na colisão de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, deve ser buscada a solução que faça com que tudo isso conserve a integridade; que as normas constitucionais devem ser interpretadas harmoniosamente, respeitando os princípios fundamentais que as informam. (LORENZETTI, 2010, P. 215).

Existe na teoria da argumentação um apego aos valores constitucionais como um todo, não isolando um princípio do restante do sistema. Apesar da ideia da supremacia do interesse público sobre o privado poder gerar uma tensão no caso concreto, apresentando como

pensamentos antagônicos, esses interesses (público/privado) podem ser harmonizados pois compartilham o mesmo pressuposto básicos; os valores constitucionais.

Deve-se ter em mente que a teoria da argumentação defendida por Lorenzetti (2010, p. 221) “afirma que os direitos fundamentais são regras que permitem distribuir o encargo da argumentação”, então quem interessa-se em limitar de alguma forma o direito fundamental deve ter o ônus de argumentar as razões.

A argumentação trás maior racionalidade à decisão sobre o que pese a relação por vezes tensa entre o interesse público sobre o privado, podendo gerar uma decisão adequada ao caso concreto levando-se em consideração os direitos fundamentais, com total respeito ao cidadão.

Mesmo sendo o tombamento um ato administrativo, a argumentação mostra-se como teoria de grande valia, pois é capaz de pensar a ideia de interesse público e interesse privado harmonizando-os e buscando uma decisão o mais racional possível, ligada aos valores constitucionais.

7 CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que o direito administrativo sofreu uma grande guinada nos últimos anos, saindo de uma ideia de um direito puramente ligado à vontade do Estado e curvando-se diante do povo.

Entende-se que o processo de mudança paradigmática do direito administrativo que leva em conta os direitos e garantias fundamentais está intimamente ligado à “virada kantiana” ocorrida no século XX, no período após a Segunda Guerra Mundial. O holocausto mostrou ao mundo que a letra fria da lei não poderia ser o sustentáculo da civilização, os valores éticos, os princípios e os direitos humanos e fundamentais seriam essenciais para a vida em sociedade e portando fazer parte do mundo jurídico. O homem nesse contexto passa a ser repensado, enquanto sujeito carregado de valores.

Nesse processo tem-se uma constitucionalização dos diversos ramos do direito, e não é diferente com o direito administrativo, que passa a ser influenciado pelos direitos fundamentais.

No Brasil com o advento da Constituição de 1988, uma constituição garantista, que buscou trazer para seu interior uma série de direitos e garantias fundamentais, houve a irradiação para todo o ordenamento jurídico dos valores humanos fundamentais, fazendo com que se aspirasse à uma harmonia no ordenamento jurídico sob a égide do texto fundamental.

Conceitos como interesse público que outrora poderia ser visto por um viés autoritário, ganha uma nova dimensão; para além de um interesse puramente estatal passa a ser um interesse imbricado e validado pelos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana.

Em meio à um mundo globalizado não só as constituições passam a influenciar o direito pátrio, mas os direitos humanos que em sua órbita internacional também estabelecem relações com os diferentes ramos do direito.

Afirmando-se a existência desse novo direito administrativo constitucional que repensa-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, um princípio implícito na Constituição, que tem valor essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Esse princípio através deste “novo olhar” não pode ser pensado como isolado do restante dos princípios constitucionais, estando entrelaçado com o plexo de direitos que fazem parte da Constituição de 1988.

Neste contexto pode-se pensar o tombamento, ato administrativo já previsto em legislação anterior à Constituição Federal vigente, que tem como escopo preservar o patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro, conforme apontado no decreto-federal 25 de 1937, como também sendo influenciado por essa irradiação de direitos fundamentais, inclusive ganhando respaldo específico na Constituição.

Frisa-se que o presente artigo se detém no caso de tombamento de bens imóveis; esse ato administrativo que por vezes gera uma tensão entre poder público e particular.

A relação por vezes problemática entre proprietário e o Estado no tombamento está no fato de haver uma restrição no direito de propriedade, podendo-se interferir no uso do bem ou até mesmo desvalorizando o imóvel.

Em muitos casos os imóveis que são passíveis de tombamento estão em localizações privilegiadas e seus proprietários não estão dispostos a conservar os bens, pois alcançam valores maiores os aproveitando de outra forma.

Entra-se então em jogo a questão se a propriedade privada, ou interesse privado, pode ou não ser superior ao interesse público, ou se o interesse público é supremo perante ao interesse privado.

A solução ao caso em meio aos novos paradigmas do direito administrativo parece ser melhor encontrada na análise do caso concreto à luz dos direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva algumas perguntas devem ser feitas: o bem a ser tombado trata-se de bem realmente importante para a memória de determinado povo? O tombamento é realmente

vantajoso? Está sendo respeitado verdadeiramente o direito do contraditório? O proprietário necessita ser indenizado?.

Entra-se então em cena a teoria da argumentação, onde tem-se que a decisão a ser tomada onde a disputa de princípio ou valores deve ser tomada levando-se em consideração à capacidade argumentativa destes em meio ao caso concreto. As razões para escolha dessa ou daquela atitude deve ser explicitada, para que não seja uma mera escolha do aplicador do direito, mas para que haja uma racionalidade na decisão.

Conclui-se então que o tombamento encontra importante respaldo no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, porém deve-se ter em mente que tal madado de otimização não é absoluto, sendo altamente influenciado pelos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição de 1988. Tem-se ainda que para que o tombamento seja efetivado deve-se ponderar se trata-se de um verdadeiro interesse público, e para tal pode-se utilizar da teoria argumentativa, trazendo-se assim maior segurança, racionalidade, adequação e conexão com a Carta Magna vigente neste país.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schid Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed., 2.tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. *Quaestio Iuris*. vol.01, n.02, Rio de Janeiro, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27.ed. rev., ampl. e atual, até 31-12-2013. São Paulo :Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O princípio da Supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GABARDO, Emerson; HACHEM WUNDER, Daniel. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves

(Coordenadores). SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OUTROS TEMAS RELEVANTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Atlas, 2010. {idem}

GASPARINI, Audrey. **Tomabamento e direito de construir**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; FONSECA DIAS, Maria Tereza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4.ed. rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. Trad. Bruno Miragem; notas: Cláudia Lima Marquez; ed.rev.atual- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RESIDÊNCIA Geraldo Migliorini. Núcleo de Teoria e História; Faculdade de Arquitetura, Urbanismo e Design; Universidade Federal de Uberlândia. [20--]. Disponível em: <http://www.arqmoderna.faued.ufu.br/doc_moderno/html/cidades/UBERLANDIA/res_migliorini.html>. Acesso em: 16 ago. 2016.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **O Impacto dos direitos humanos e fundamentais no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Casarão em processo de tombamento é demolido e TJ impede obras**. 2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/casarao-em-processo-de-tombamento-e-demolido-e-tj-impede-obras.htm#.V7NzYJgrK01>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

TOMBAMENTO provisório evita descaracterização de imóvel. **Revista Consultor Jurídico**, 1 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/tombamento-provisorio-garante-imovel-nao-seja-descaracterizado>>. Acesso em: 16 ago. 2016.