

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

O CARÁTER CONTRADITÓRIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: ESTUDO DE CASO

THE CONTRADICTORY CHARACTER OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS: CASE STUDY

**Cintia Garabini Lages
Stella De Oliveira Saraiva**

Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura a todos o direito de propriedade, mas também a proteção do Patrimônio Histórico e Cultural. Dentre os meios disponíveis à preservação desse bem difuso, encontra-se o tombamento. O princípio democrático exige que todo processo seja ele judicial ou administrativo desenvolva-se em consonância com os princípios constitucionais processuais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo, aplicando-se, deste modo, também ao processo administrativo. Assim, o presente trabalho busca evidenciar em que termos o tombamento, enquanto processo administrativo, tem realizado seu objetivo, dentro de um contexto democrático de participação.

Palavras-chave: Processo administrativo, Tombamento, Patrimônio histórico e cultural, Devido processo, Contraditório

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution of the Federative Republic of Brazil guarantees everyone the right to property, but also ensures protection the Cultural and Historical Heritage. Among the instruments available to preserve this collective right is the tipping. The democratic principle requires that the entire process, whether judicial or administrative, be realized according to constitutional principles of the due process, contradictory, legal defense and reasonable duration of the process, principles also applied to the administrative process. Thus, this paper seeks to show on what terms the administrative tipping process, while administrative process, has made its goal within the context of democratic participation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative process, Tipping, Historical and cultural heritage, Due process of law, Contradiction

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, *caput*, ao enumerar, exemplificativamente, os direitos e garantias fundamentais, assegura a todos o direito de propriedade, nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito* à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade...*”. Tal direito é reafirmado nos incisos XXI e XXII do referido artigo que definem a propriedade com direito fundamental e que a mesma deve atender à sua função social.

Conquista histórica da Modernidade, o direito fundamental à propriedade foi objeto de reinterpretações ao longo do tempo, deixando de ser considerado ilimitado, absoluto, segundo uma concepção liberal, assumindo um caráter mais restrito estabelecido pela função social que passa a defini-lo. O constituinte pretendeu, de maneira expressa, deixar claro que o direito à propriedade não é absoluto, estático e incondicionado, mas que deve preencher outras exigências, as quais chama de função social da propriedade.

É a partir deste viés, o da função social da propriedade, que o tema da preservação do patrimônio histórico e cultural encontra respaldo jurídico-constitucional. No estudo das limitações urbanísticas, já salientava Hely Lopes Meirelles que as novas exigências do bem estar social poderiam ser classificadas em cinco tipos de limitações consistentes na proteção ao domínio público, proteção à salubridade urbana, à funcionalidade urbana, proteção à segurança urbana e a proteção estética, paisagística e monumental. (MEIRELLES *apud* MUKAI, 2003, p. 33)

A Constituição da República, em seu artigo 216, estabelece que o patrimônio cultural é constituído por bens de natureza material e imaterial que trazem em si referência à identidade, à ação, à memória das diferentes comunidades formadoras da sociedade brasileira, podendo tais bens serem considerados individual ou coletivamente, incluindo: as formas de expressão dos grupos/comunidades; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A função social da propriedade, sobretudo a da propriedade material urbana, aqui realiza-se na medida em que o bem objeto de proteção do direito à propriedade também apresenta caráter patrimonial cultural. A preservação do patrimônio cultural realiza, cumpre a função social da propriedade. A proteção do bem cultural foi ampliada, não se dando

exclusivamente pelo tombamento e a função social da propriedade privada é o ponto basilar desse universo protetivo constitucional.

Entretanto, mesmo não sendo o tombamento o único instrumento protetivo existente do patrimônio cultural, este ainda se mostra como um dos principais meios de fazê-lo, pois representa um dos atos estatais mais incisivos no cumprimento dessa proteção coletiva. O tombamento impõe um regime jurídico especial ao proprietário do bem tombado e, com ele, várias normas de conduta, restritivas e impositivas quanto ao exercício dos poderes inerentes à propriedade. E, como ato que repercute na esfera do particular, é claro, precisa observar o devido processo legal, vez que assim preceitua o texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LIV: *“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

Sobre o caráter democrático desse processo, que visa garantir a preservação do patrimônio cultural através da imposição de restrições ao direito de propriedade e ao proprietário, é que se pretende discorrer neste trabalho. O tombamento é produto de um processo administrativo que, no contexto de um paradigma procedimental de estado, só pode ser concebido enquanto um processo democrático, caracterizado como garantia constitucional do devido processo legal e da efetivação da proteção constitucional do patrimônio cultural.

1 PROCESSO COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Inicia-se o tema sob o olhar extraído pela, hoje, Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, quando ao escrever sobre o processo administrativo, ainda nos idos do ano de 1.997, e o respeito aos princípios constitucionais que dele se espera, verberou:

Não sei se se pode afirmar que Cristo foi processado. Sabe-se apenas que foi julgado, tendo sido deixado ao cristão o exemplo do julgamento mais perverso visto pela humanidade, aquele aclamado por uma multidão ensandecida, enfurecida e sem razões que não as do Estado. Ficou a lição de que processo não se faz com emoção de momento, nem com aflição de público, mas com racionalidade, objetividade e segundo normas postas a salvo de urgências despidas de tranquilidade e de humanidade serenada. Muitos Cristos tem visto a história humana. De Sócrates a Dreyffus a mão do homem tem usado formas de processo para processos sem forma e argumentos de lei para leis sem argumento. (ROCHA, 1997, p. 220). g.n.

No contexto de um Estado democrático, o processo serve como legitimador da conduta do gestor, quanto como escudo protetor contra a injustiça e o desrespeito aos princípios constitucionais vigentes, transformando-se em instrumento democrático do exercício do poder. Assim, passa-se pois à análise desse instituto, o processo.

Muitos são as compreensões acerca da natureza do processo. Ao longo do tempo e da história, diversas foram as teorias criadas e pensadas na tentativa de explicar tal instituto ou, ao menos, de subsumi-lo a determinada natureza jurídica. Esta já teve como referência o contrato (Pothier), o quase-contrato (Arnault de Guényvau), a teoria da relação jurídica (Oskar Von Büllow, Chiovenda, Liebman), da situação jurídica (James Goldschmidt), do processo como uma instituição (James Guasp), e, por fim, do processo como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari). Algumas delas hoje já superadas de forma definitiva.

Outras, sobretudo as teorias que definem a natureza jurídica do processo como uma relação jurídica e como procedimento contraditório, são as que encontram maior adesão entre os doutrinadores brasileiros. A primeira, tem como principais defensores, Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco, Araújo Cintra, Humberto Theodoro, ao passo que a segunda possui como expoentes no Brasil, Aroldo Plínio Gonçalves, Flávio Quinaud Pedron, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Flaviane de Magalhães Barros, Dierle José Coelho Nunes, entre outros.

A teoria do processo como relação jurídica foi primeiramente enunciada de modo sistemático, em 1868, por Oskar von Büllow, na célebre obra intitulada “A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais”, na qual buscou referido autor estabelecer uma diferenciação entre o direito material objeto da ação e o processo, bem como caracterizar este como relação jurídica distinta da relação jurídica privatista que forma seu objeto. Seu mérito maior foi o de retirar o Direito Processual do local de subordinação que se encontrava em relação ao Direito Material, passando, pois, o Direito Processual a ser considerado como ramo autônomo do conhecimento. (MARTINS, 2004, p. 324).

Resumidamente, pode-se afirmar que, segundo a Teoria da Relação Jurídica, o processo é uma relação jurídica que se estabelece entre as partes e entre estas e o juiz, de caráter público e gradual, podendo englobar não apenas um mas vários direitos subjetivos determinantes de vínculos de sujeição que se estabelecem entre os seus sujeitos. (LAGES, 2001, p. 90).

De modo oposto, negando a existência de vínculos de sujeição entre as partes do processo, encontra-se a teoria segundo a qual o processo é um procedimento caracterizado pelo princípio do contraditório, concebido como liberdade assegurada às partes de participação em simétrica paridade de armas. E, se por procedimento considera-se a sequência de atos previstos normativamente em uma sucessão lógica, o mesmo não se confunde com a categoria do ato

composto ou mesmo do ato complexo¹, estes resumidos a um único ato. O processo é um procedimento do qual participam aqueles que são interessados no ato final – provimento – ou seja, aqueles aos quais o provimento é destinado a fazer incidir seus efeitos. (FAZZALARI, 2006, p. 114-115).

Tal participação deverá dar-se em contraditório, ou seja, na “simétrica paridade das suas posições, na mútua aplicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento” (FAZZALARI, 2006, p. 119), de modo que se pode afirmar que existe o processo quando:

[...] em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120)

A teoria do Processo como Procedimento em Contraditório possibilita compreender o processo como instrumento capaz de assegurar a atuação legítima do Estado, seja no exercício da atividade jurisdicional, seja no exercício das atividades legislativa ou administrativa. Isso porque o ato ao final elaborado retira sua validade não apenas da conformidade do seu conteúdo com a lei ou a constituição, mas do fato de ser produto de um processo discursivo, assegurado de direitos fundamentais processuais. Nesse sentido, afirma Ricardo Martins que

a participação no procedimento reduz o conflito, enfraquece o confronto, na medida em que quem participou do processo de produção tem mais facilidade em aceitar o produto. Há uma legitimação do exercício do poder pela participação dos interessados no procedimento em que o poder é exercitado. O procedimento passa, assim, a ser um instrumento da democracia. O poder sem a participação dos interessados, ou seja, sem um processo, é arbitrário. (MARTINS, 2004, p. 329).

O ponto, pois, de distinção entre simples procedimento e processo, reside na presença do contraditório, este entendido como um método dialético de participação dos interessados, de modo que a cada ação se assegure uma reação, garantindo o equilíbrio entre as partes. (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Assim, faz-se necessário elucidar que a distinção entre processo e procedimento estabelecida com base no caráter finalístico do primeiro e técnico do segundo, não se sustenta. Como afirma Aroldo Plínio Gonçalves, tal compreensão é incapaz de explicar a distinção entre

¹ Atos complexos são aqueles que exigem a intervenção de agentes ou órgãos diversos, dotados de autonomia, para sua formação. Atos compostos são aqueles que apesar de exigirem vontades múltiplas, não se compõem de vontades autônomas, havendo na verdade um só vontade, a qual se configura no conteúdo do próprio ato. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2006, p. 115.)

processo e procedimento de maneira adequada, pois toda técnica – procedimento – comporta uma finalidade:

É que, se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou o desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada. (GONÇALVES, 2001, p. 66)

Certo é que, antes que uma questão finalística, os conceitos de processo e procedimento encontram-se em uma relação de inclusão, processo é uma espécie de procedimento e o elemento diferenciador reside, como já afirmado, na presença do contraditório. A relação entre processo e procedimento é uma relação inclusiva, do tipo gênero, procedimento, e espécie, o processo. O elemento caracterizador da espécie processo reside no seu caráter contraditório, concebido como liberdade de participação assegurada às partes, e que deve ser entendido não apenas como o direito de ser ouvido, ou de se manifestar acerca do posicionamento da outra parte, do documento juntado pela outra parte, de contraditar e contrapor, mas, principalmente, o direito de participar em igualdade de condições, em ‘simétrica paridade’, conforme ensina Fazzalari. (2006)

A ideia da participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. **Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo**, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os "interessados e os contra-interessados" na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio. [...]
O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2001, p. 127). g.n.

Com essa ideia de contraditório, que garante não a mera participação ou a mera oportunidade de contradição, mas a paridade de ‘armas’ e igualdade de tratamento, o real poder de influenciar na decisão final, verifica-se que falar em processo é muito mais que permitir a juntada de documentos, conceder prazo para manifestação, dar ciência de fatos, mas é exigir que as partes recebam tratamento isonômico e, ao final, as mesmas e reais condições de ver seu

interesse atendido, de forma que, nas palavras de Fazzalari, “que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” (FAZZALARI, 2006, p. 120).

É nesse ponto que a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, desenvolvida inicialmente por Elio Fazzalari e desenvolvida entre nós por Aroldo Plínio Gonçalves, se apresenta adequada para não apenas compreender a natureza do processo no contexto do exercício da jurisdição, mas também na seara administrativa. Uma vez que o processo de tombamento importa na produção de um provimento que produzirá efeitos na esfera jurídica do administrado, proprietário de bem imóvel com valor patrimonial cultural, ele deve ser realizado de modo a garantir ao administrado direitos processuais de influenciar no ato final produzido. É preciso que o processo de tombamento seja compreendido como um procedimento contraditório, verdadeira garantia processual para todos aqueles que se tornarão destinatários do ato final do tombamento.

2 Processo Administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública

Os princípios² da Administração Pública encontram-se previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, segundo o qual: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

Assim, antes de falar dos princípios do processo administrativo, faz-se necessário afirmar que enquanto ato ou conjunto de atos propalados pela Administração Pública, o processo administrativo deverá obedecer aos princípios desta e, qualquer análise a respeito do processo administrativo não pode descuidar-se da análise da própria Administração e dos princípios a ela inerentes.

Para além dos princípios da Administração Pública, existem os princípios do processo administrativo, também expressamente previstos pela Constituição da República:

Art. 5º. [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

² Assume-se, no presente trabalho, a concepção de princípios como normas, segundo a teoria dos princípios exposta por Ronald Dworkin. Nesse sentido, ver: DWORKIN, Ronald, 2002.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral são **assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

LXXVIII - **a todos, no âmbito judicial e administrativo**, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (art. 5º, CRFB/1988) g.n.

Quanto a estes, o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo, dedicar-se-á um pouco mais de tempo.

2.1 O Devido Processo Legal

O devido processo legal, previsto constitucionalmente, impede que qualquer pessoa possa ver restringida sua liberdade ou o direito sobre seus bens de forma arbitrária. Assim, a privação a que se refere a constituição deve ser interpretada não somente como a supressão total, mas qualquer restrição imposta a esses direitos. Portanto, quanto ao direito de propriedade, não somente a subtração do direito, mas qualquer restrição a ele imposta, que importe na diminuição dos atributos de gozo, uso e disposição do bem.

O devido processo legal, como já observado pela doutrina, possui dois aspectos: o processual ou adjetivo e o material ou substantivo. O devido processo adjetivo abarca todas as garantias processuais propriamente ditas, ou seja, direito de defesa, oposição à pretensão, exercendo todos os poderes e faculdades inerentes àquele que é parte em um processo. Já o devido processo substantivo diz respeito ao conteúdo, motivos, finalidade e efeitos dos atos. (FERREIRA, 1997, p. 12)

[...] ao lado dessa função de limite ‘procedimental’ na esfera administrativa, esse instituto teve nos Estados Unidos em seguida, grande serventia como controlador do próprio conteúdo das decisões adotadas pela Administração Pública. Por força da política judicial de controle intensíssimo sobre todas as formas de atuação da autoridade constituída, capazes de ocasionar restrições à vida, à liberdade e à propriedade, passou a garantia do due process of law a operar como filtro de legalidade do poder do Estado. (SIQUEIRA CASTRO apud FERREIRA, 1997, p. 13)

Assim, nascido no direito medieval inglês, com a Magna Carta de 1.215 do rei João Sem Terra, o devido processo legal evoluiu e atingiu outros ordenamentos jurídicos, de tal maneira que a Suprema Corte estadunidense, pelo juiz Felix Frankfurter o definiu como “aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo” (apud ROCHA, 1997, p. 202).

O devido processo legal, portanto, mais que uma garantia processual, foi erigido a direito fundamental do indivíduo, frente a possíveis restrições, supressões ou eliminações de direitos por parte do Estado. Portanto, tal garantia relegada antes apenas ao processo penal e civil, foi também estendida ao âmbito administrativo, passando a atuar como freio dos atos estatais arbitrários.

Isso se torna bastante claro quando se verifica que o poder de polícia da Administração Pública atua de forma incisiva, muitas vezes, sobre a esfera privada e patrimônio das pessoas. A partir disso, a moralidade administrativa, enquanto princípio geral da Administração Pública, e o devido processo administrativo passam a atuar como limitadores e controladores do poder de polícia do ente público. (ROCHA, 1997, p. 204)

E não apenas como limite formal, mas como limite positivo material, a dizer, não somente como forma de estrema negativa, além do qual o poder não poderia atuar por adentrar o patrimônio jurídico protegido de alguém, **mas também como limite material positivo no sentido de que o conteúdo das decisões administrativas e a impositividade de sua prática justa e adequada ao sistema jurídico marca-se e controla-se pelo princípio do devido processo legal.** (ROCHA, 1997, p. 204) g.n.

2.2 O princípio do contraditório

Do processo administrativo foi exigido, pelo constituinte, o respeito ao princípio do contraditório, como acima já apontado, motivo pelo qual é possível compreendê-lo como procedimento em contraditório. E, nestes termos, não poderá haver processo no âmbito da Administração Pública que não leve em conta seus postulados. A Administração Pública, antes tida como soberana e coercitiva, dotada de atos de poder, diante dos quais o particular não possuía qualquer poder de resistência, agora, se viu atrelada aos novos caminhos democráticos da sociedade.

Conforme salienta Odete Medauar, o contraditório é centrado na informação necessária para possibilitar a reação. Daí, emanam desdobramentos como informação geral, audiência das partes e motivação. A informação geral consistiria no direito de obter conhecimento adequado dos fatos e documentos, resultando exigências à Administração no tocante à comunicação, aos sujeitos, de todos os elementos do processo. A audiência das partes significa importante oportunidade de exposição do ponto de vista do interessado sobre os fatos e o direito, além do direito paritário de propor provas. A motivação encontra sua importância à medida que só é possível reagir contra determinada decisão se há exposição dos motivos que a

determinaram, pela motivação se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influenciou na decisão final. (MEDAUAR, 2009, p. 172)

Pelo contraditório, garante-se que tudo que a parte, convidada e oportunizada a participar, tenha levantado ou arguido seja tomado em conta no momento da decisão, não necessariamente que seja acolhida sua posição, mas que sejam, caso contrário, explicitadas as razões de não ser.

2.3 O princípio da ampla defesa

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão intimamente ligados. Contudo, segundo Odete Medauar, a ampla defesa especificamente considerada possui como nuances próprias algumas garantias, tais como o caráter prévio da defesa, o direito de recorrer administrativamente e de se defender por meio de defesa técnica. Assim, na ótica da autora, no processo administrativo, a defesa precisa ser prévia ao ato decisório, visto que falar em ampla defesa, supõe que as consequências do processo deverão ser suportadas apenas ao final. (MEDAUAR, 2009, p. 174)

O direito de interpor recurso administrativo, por sua vez, independe de previsão expressa, visto que o direito de petição, previsto constitucionalmente, abarca tal garantia, além de ser uma das formas de concretização do próprio princípio da ampla defesa. E, finalmente, a garantia da defesa técnica, justifica-se pela necessidade de equilibrar a balança, dar paridade de armas, apresentando uma argumentação adequada ao deslinde do processo. (MEDAUAR, 2009, p. 174).

Pouca utilidade teria um procedimento em que não fosse prevista a livre manifestação de todos os interessados com o direito à participação ativa e vedação à atuação unilateral de uma das partes. Enfim, o procedimento não consiste na observância formalística de um ritual. Não se compadece com o Estado Democrático a instituição de procedimento com perfil arbitrário ou prepotente. Também haveria frustração do princípio da ampla defesa se a audiência do particular fosse posterior à prática do ato estatal. Não existe ampla defesa quando apenas se assegura a garantia do recurso, sem oportunidade para manifestação prévia. Ou seja, **a participação do interessado tem de ser efetiva e real. Isso não se passa quando a Administração já formulou antecipadamente suas decisões e se restringe a conceder ao particular a oportunidade de manifestar-se para manter uma aparência de impessoalidade.** (JUSTEN FILHO, 2014, p. 369). g.n.

Ora, as palavras do autor acima expostas, apontam com clareza um fato corriqueiro, a utilização do processo administrativo como meio formal de validar decisões previamente já acordadas, já tidas por terminadas pelo administrador. Mas, ao contrário dessa realidade, a

ordem jurídica não pode suportar processos utilizados para dar uma aparência de moralidade, uma aparência de legalidade e de impessoalidade, ele deve representar sua verdadeira vocação, que é garantir ao particular o direito de participar, de influir e de controlar os atos públicos.

Não se está aqui a defender que a ampla defesa inviabilize a aplicação de princípios outros, tão caros à Administração Pública, como é o caso do interesse público por exemplo, contudo, sob a roupagem de atenção a este princípio, não é possível que se legitime a arbitrariedade e desvio de poder.

A discriminação que beneficia o Estado prejudica o particular. O mesmo ocorreria, de resto, se do contrário se cogitasse, mas, em geral, **os “privilégios” são exibidos pela entidade pública, ainda fantasiada com o argumento de que privilegia-se pela condição de responsável pelo privilegiado interesse público.** Nada é mais interesse público que a garantia de cada um e de todos de que a igualdade jurídica prevalece em todos os casos em que não haja fundamento jurídico para desigualar, ou, dito de outro modo, que não há desigualdade jurídica a relevar. (ROCHA, 1997, p. 216) g.n.

Portanto, mais que oportunizar a apresentação de defesa pela parte, o princípio da ampla defesa garante que a parte possa se defender com os melhores meios possíveis e que esses meios sejam equivalentes àqueles concedidos à outra parte, em especial, no processo administrativo, concedidos ao poder público.

2.4 O princípio da razoável duração do processo

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, denominada Reforma do Judiciário, acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CRFB, estabelecendo que o processo judicial e administrativo deve ter uma duração razoável, garantindo-se, assim, a celeridade em sua tramitação. Tal determinação constitucional veio ao encontro dos anseios da sociedade, há muito descontente com a extrema morosidade do processo, tanto judicial, quanto administrativo.

No âmbito administrativo, ressalta-se que esse princípio mantém forte relação com o princípio da eficiência do serviço público, determinando que a decisão seja tomada no menor decurso de tempo possível e para isso, sejam estabelecidas algumas diretrizes: cumprimento de prazos, para particulares e agentes públicos, sanções para o desrespeito aos mesmos, efeitos para o silêncio e inércia, decadência, dentre outros. (MEDAUAR, 2009, p. 175)

Assim, o que se busca com o princípio da razoável duração do processo é de forma alguma subtrair garantias ou direitos em prol da celeridade, mas justamente que esses direitos e garantias não sejam subtraídos pela morosidade.

3 Sobre o processo administrativo de tombamento como instrumento de preservação do patrimônio cultural

É inegável o valor que os resquícios de culturas, civilizações e povos, que viveram em uma determinada época e de um determinada maneira, trazem à atualidade, senão uma forma de deleite, grande ensinamento e importante registro da história de todos nós. Atualmente, diversos tem sido os esforços, especialmente, legislativos para que as futuras gerações possam desfrutar do conhecimento e cultura produzidos pela atual.

Dentro dos institutos previstos na legislação brasileira, uma das formas de proteção mais conhecidas é o tombamento. Conforme esclarece Maria Coeli Simões Pires (1994, p. 75), o termo *tombar* veio do direito português como sinônimo de demarcação. Assim, o Direito Administrativo luso utilizou o termo como forma de referir-se a cadastro, registro, arquivo, catalogação de documentos públicos ou históricos, motivo pelo qual o Arquivo Nacional Português, em Lisboa, chama-se Torre do Tombo.

Portanto, no Brasil, os bens protegidos pelo poder público, pelo seu reconhecido valor cultural, são inscritos, registrados, nos chamados livros de tombo, havendo livros desse tipo em cada um dos entes da federação e, o registro feito de acordo com o órgão que realizou o tombamento, federal, estadual ou municipal.

No meio administrativo, muito se discute acerca da natureza jurídica do tombamento, se limitação administrativa ou se servidão. Para Di Pietro (apud TOMASEVICIUS, 2004, p. 239), por exemplo, o tombamento constituiria categoria própria, que não se enquadraria nem como servidão, tampouco como limitação administrativa.

De toda sorte, independentemente da natureza jurídica que ocupe, certo é que o tombamento protege o patrimônio cultural, mediante restrições ao exercício do direito de propriedade. Conquanto não extinga o direito, limita seu exercício.

O tombamento é um instituto jurídico decorrente da função social da propriedade e que lhe dá concretude, de natureza declaratória, no sentido de reconhecer o caráter intrínseco do bem que dá ensejo ao tombamento, e constitutiva, modificativa do conteúdo do direito de propriedade, ao impor determinados ônus, deveres e sujeições ao proprietário do bem tombado. (TOMASEVICIUS, 2004, p. 240)

Para Figueiredo Júnior (2013, p. 53), com o tombamento, o proprietário se vê obrigado a não destruir ou deixar que se destrua o bem, conservando e, no caso de bens imóveis, realizando reformas e reparos, sempre de acordo com as orientações dos órgãos oficiais

incumbidos da fiscalização. Tal dever, enquadra-se como uma obrigação *propter rem*, inerente ao próprio direito de propriedade e acompanhando o bem doravante, independentemente de quem seja seu proprietário.

Assim, indiscutível que o tombamento gera efeitos na esfera do particular, gerando para este um ônus antes inexistente ou, ao menos, antes desconhecido. Além disso, o tombamento de um bem imóvel gera obrigações não só para o proprietário, mas também para o ente público respectivo, que se obrigará a fiscalizar a conservação do bem e, ainda, para os proprietários de imóveis vizinhos, aos quais se imporá limitações, em especial, de altimetria em edificações, conhecidas estas como limitações ao entorno do imóvel tombado.

Diante da atual ordem normativa, é certo, não há que se falar em direito de propriedade incondicionado, visto que o dever difuso de preservação do patrimônio cultural, enquanto concretização do interesse público, se sobrepõe ao interesse do particular, devendo falar-se, na verdade, de direito de propriedade condicionado à sua função social.

Não mais se sustenta, assim, em face dos interesses coletivos e difusos destacados pelo legislador constitucional, a existência de um direito de propriedade com conteúdo mínimo intangível, vez que a função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário, o qual, por conseguinte, perde a tutela constitucional se exercido sem sua observância. Assim sendo, consiste a função social em título justificativo da propriedade, vale dizer, em critério que lhe confere legitimidade jurídica. (TEPEDINO apud FIGUEIREDO JUNIOR, 2013, p. 35).

Neste ponto, torna-se ao início do debate. Não há como legitimamente restringir-se um direito, mesmo que em prol do interesse público, sem que tal restrição seja resultado de um devido processo. No caso em análise, um processo administrativo de tombamento. Qualquer medida administrativa que importe em restrição ao direito de propriedade que não seja garantida pelo devido processo, observado os princípios do contraditório e ampla defesa, revela-se arbitrário e, por conseguinte, nulo de pleno direito.

O tombamento constitui-se como ato administrativo resultante de um verdadeiro processo, sequência lógica e ordenada de atos, praticados pelo poder público e no intuito de identificar o valor cultural de bens, individualizando-os e inscrevendo-os no livro do tomo respectivo. (MIRANDA, 2006, p. 121) E, como processo administrativo, deverá observar todos os princípios da Administração Pública e, em especial, os princípios atinentes ao processo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sob pena de se converter, como se disse, em ato nulo.

A disciplina do processo de tombamento encontra-se definida no Decreto-Lei n. 25/37, que regula a organização do patrimônio histórico e artístico nacional. Nos termos do referido

Decreto-lei, o tombamento é o ato através do qual bens móveis e imóveis passam a integrar o patrimônio histórico ou artístico nacional pelo Poder Público, estabelecendo, para tanto, um processo administrativo especial.

O proprietário do bem imóvel ou móvel de interesse cultural deve ser notificado para apresentar, no prazo de 15 dias, sua anuência ao tombamento ou impugnação contra o mesmo. A questão que se coloca é se tal previsão legal apresenta-se compatível com os princípios estatuídos para o processo administrativo. O contraditório e ampla defesa estariam garantidos com a simples notificação do proprietário para impugnar o ato em 15 dias? E, ainda, com a apresentação da defesa/impugnação pelo proprietário dentro do prazo, a decisão do órgão competente estaria abarcada pelo devido processo legal?

A tais perguntas, mais que respostas, muitos outros questionamentos se adicionam. Isso porque, diante de todo o contexto já analisado, para garantia do contraditório, muito mais que uma chamada ao processo a partir de uma notificação é necessário. Exige-se mais que uma defesa no prazo de 15 (quinze) dias, para que se efetive a ampla defesa. É necessária a apresentação do estudo técnico informe todos os elementos concretos que foram considerados para a avaliação do valor histórico, cultural e/ou artístico do bem a ser tombado. Deve referido estudo ser público, colocado à disposição das partes interessadas para que o mesmo seja objeto de consideração inclusive da necessidade de produção de estudo alternativo, sendo ainda necessário que esse estudo técnico passe por um Conselho Deliberativo especificamente criado para a análise de questões semelhantes, dentre outras providências.

Assim, para a apresentação de uma defesa pelo proprietário e exercício dos seus direitos processuais fundamentais, é necessário mais que uma simples notificação, deve-se possibilitar que o particular tenha acesso aos motivos que justificam a imposição do tombamento pelo ente público. Ao proprietário do bem imóvel deve ser garantido o direito à representação por procurador capacitado à defesa da matéria, bem como tenha reconhecido o direito não apenas à contestação dos elementos de prova apresentados, mas também o direito a também produzir prova no processo administrativo.

A decisão administrativa que importa no tombamento do bem de valor cultural, histórico e/ou artístico reconhecido deve ser revestida de elementos motivadores capazes de comprovar a adequação da medida adotada, de modo a viabilizar eventual recurso ao órgão judiciário competente.

Por outro lado, a preservação, embora à primeira vista, traga um ônus ao proprietário do bem, pode também se converter em fonte de renda e proveito econômico para ele e seu meio. Conforme salienta Fernando Condesso (2014, p. 607), “a cidade, fonte de memória histórica

(no plano físico, costumes e tradições), e de criação permanente de cultura territorial, exerce um crescente estímulo turístico, motor da prosperidade na economia”. Para tanto, necessário se faz que a função social da propriedade realmente seja concretizada.

A função social da propriedade não pode se converter apenas em critério de restrição ou limitação do direito, mas, principalmente, deve ser a válvula de propulsão da economia local e motivo maior da abertura do processo de tombamento. O processo de tombamento deve ser cunhado no bojo da comunidade.

O processo administrativo do tombamento deverá permitir que as partes possam, de forma igualitária, apresentar suas razões e pontos de vista e verdadeiramente influir no resultado final. E mais, a própria comunidade deve ser envolvida no processo, mediante participação, oitiva, propostas, argumentos, alternativas, posto tratar-se de um direito difuso. Se o tombamento, e a própria preservação do patrimônio cultural, se dá em prol da comunidade, nada mais lógico que possibilitar que a sociedade civil organizada possa dele participar.

Se ao final, as razões divergentes restarem afastadas ou moduladas pelo ente público, embasado este nos documentos e no direito havido no processo, maior legitimidade haverá na decisão e maior aceitação haverá até mesmo por parte dos vencidos, os quais puderam participar do processo e atuar na construção democrática do resultado, em busca da conjugação entre preservação do patrimônio histórico-cultural e a realização da função social da propriedade pelo desenvolvimento sustentável.

E o crescimento das cidades, acompanhado também pelas questões urbanísticas e ambientais, passa por diversas considerações. Tão frequentemente aclamado, o "crescimento" parece ser incontornável nas cidades do mundo ocidental que, na busca pela compensação do déficit econômico e social e na **compatibilização entre a explosão populacional e a demanda de instrumentos urbanos, muitas vezes colocam em risco a "sustentabilidade" dos recursos naturais e construídos, integrantes do cenário das cidades.** É assim que o conceito de "**desenvolvimento sustentável**", antes relacionado apenas com os problemas ambientais, tem vindo frequentemente ao socorro da doutrina nas questões em que a procura do **bem-estar e a preservação de valores essenciais para o homem** obrigam a reflexões e prudência. (GUIMARÃES, 2014, p. 78)

CONCLUSÃO

A urbanização do país e o surgimento de uma sociedade cada vez mais complexa, trouxe para a pauta a demanda por novos espaços, novos recursos, novas tecnologias, novos conceitos. A busca intensa e constante pelo diferente, cobra o rompimento com antigos dogmas, antigos lugares, antigas ideias. Contudo, crescer não pode significar somente expansão

territorial ou arquitetônica, mas e primordialmente desenvolvimento humano. Sabe-se, todo patrimônio é uma universalidade e, assim, também o é o patrimônio histórico e cultural. Dotado de universalidade no contexto urbano, da comunidade, com seus usos, costumes e história, o patrimônio reconta a história de um povo e de um lugar, sustentando sua própria identidade.

Para isso, é preciso que o Direito e os institutos por ele criados estejam sempre apoiados nos princípios constitucionais e no contexto democrático. O processo administrativo, antes que objeto de legitimação do poder, deve servir de direito fundamental do povo, no exercício democrático da condução da sociedade.

No contexto de um Estado Democrático, o processo deve ser o espaço onde o conflito de interesses é objeto de debate argumentativo, de forma legítima e assim também é solucionado. Os princípios do contraditório e da ampla defesa caracterizam o processo como procedimento realizado em contraditório, devido na forma da lei e de duração razoável. A defesa do patrimônio histórico e cultural, antes que um retrocesso, deve ser concebido como instrumento de garantia de direitos fundamentais, alicerce do desenvolvimento sustentável das cidades.

A Constituição da República, ao assegurar às partes em geral o direito ao contraditório, adota um modelo processual marcadamente democrático e que se impõe no âmbito da Administração Pública. Assim, a compreensão segundo a qual o processo é concebido como um procedimento em contraditório permite assegurar a participação às partes o direito de influir no ato final. No caso do tombamento, significa reconhecer às mesmas o direito de influenciar na edição ou não do ato de tombamento, sua extensão, características e alcance.

Não há outro caminho. Trilhemos, portanto, o caminho da participação, da democracia, da história, da cultura e da arte. E a arte, ah... *“Que a arte nos aponte uma resposta, mesmo que ela não saiba e que ninguém a tente complicar porque é preciso simplicidade pra fazê-la florescer.”* (MONTENEGRO, 1977)

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 08 dez. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16^a ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.

CONDESSO, Fernando. Direito, Patrimônio Cultural Urbano e Atividade Turística. **Revista de Direito da Cidade** vol. 06, n. 2. Rio de Janeiro, RJ: 2014.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Revista Lusíada, Direito e Ambiente** n.1. Lisboa, PT: 2008.

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

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 1.^a ed. Campinas, SP: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Tombamento e o Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo** n. 208: 1-34. Rio de Janeiro, RJ: abr./jun. 1997.

FIGUEIREDO JÚNIOR, Hélio Rodrigues. Bens culturais, Função Social da Propriedade e Instrumentos Jurídicos para sua preservação. **Revista de Direito da Cidade** vol. 05, n. 02. Rio de Janeiro, RJ: 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1.^a ed. Rio de Janeiro, RJ: Aide Editora, 2001.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. Metamorfose urbana – entre a renovação e a conservação breves comentários sobre a proteção do Patrimônio Cultural Arquitetônico no contexto das Ordens Urbanísticas do Brasil e de Portugal. **Revista de Direito da Cidade** vol. 06, n. 02. Rio de Janeiro, RJ: 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10.^a ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LAGES, Cintia Garabini. Direito garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo. **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001: 85-104.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo** n. 235: 321-381. Rio de Janeiro, RJ: Jan./Mar. 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13.^a ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

MONTENEGRO, Oswaldo. Metade. In: MONTENEGRO, Oswaldo. Trilhas. Rio de Janeiro: 1977. 1 CD. Faixa 10.

MUKAI, Toshio. A degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. **Revista de Direito Administrativo** n. 234: 33-41. Rio de Janeiro, RJ: out./dez. 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**: O tombamento como principal instituto, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo** n. 209: 189-222. Rio de Janeiro, RJ: jul./set. 1997.

SOUZA, Rebeca de. Apontamentos sobre a Função Social da Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito da Cidade** vol. 03, n. 2: p. 226-244. Rio de Janeiro, RJ: 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. **Revista de Informação Legislativa** a. 41, n. 163. Brasília, DF: jul./set. 2004.