



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE POR MEIO DE APACS INSTITUÍDAS
POR DÉCRETO DO EXECUTIVO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO
CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Simone Guimarães Costa

Rio de Janeiro
2017

SIMONE GUIMARÃES COSTA

LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE POR MEIO DE APACS INSTITUÍDAS
POR DECRETO DO EXECUTIVO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO
CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE POR MEIO DE APACS INSTITUÍDAS POR DECRETO DO EXECUTIVO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Simone Guimarães Costa

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, por meio de decretos, restringiu o direito de propriedade de inúmeros proprietários, sob justificativa de alegada preservação cultural do patrimônio da cidade. Não foi dado aos proprietários dos imóveis atingidos por esse ato o direito ao contraditório e à ampla defesa, impedindo-os de qualquer defesa, seja legal ou sobre o real valor cultural dos bens. O objetivo do artigo é analisar a limitação administrativa sob a ótica constitucional, abordar os princípios constitucionais violados e discutir a real finalidade do ato imposto, ato esse que demonstra outro objetivo, qual seja, controlar o crescimento demográfico nas áreas nobres visando à valorização dos imóveis da região, e com isso buscando atender interesses particulares.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Limitação administrativa. Decreto para limitar o direito de propriedade. APAC. Tombamento.

Sumário – Introdução. 1. A limitação administrativa por meio de decretos para limitar o direito de propriedade: uma discussão pautada no direito ao contraditório e o devido processo legal previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. 2. Ausência de notificação e ciência aos proprietários e a afronta a princípios constitucionais: a impossibilidade do contraditório. 3. As reais motivações administrativas determinantes da Apac: qual a intenção da administração com o tombamento? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo a reflexão sobre o poder dos atos administrativos na esfera da propriedade do particular. As APACs, criadas e editadas por meio de Decretos Municipais, tornando a propriedade privada plena de direitos garantidos pela Constituição, em propriedade limitada, sem muita discussão. Até que ponto o Poder Executivo pode dispor de meios coercitivos em face do interesse privado, principalmente quando limita sua propriedade sem que lhe tenha dado direito ao contraditório.

Trata-se de limitação de propriedade atribuída aos moradores de muitos bairros cariocas. Essa limitação tem como fundamento a necessidade de proteção de áreas consideradas importantes para a cultura do Estado, e a manutenção e a conservação de sua história. Entretanto, assunto muito debatido nos órgãos judiciais, pois deve ser analisada a real necessidade do ato administrativo e a limitação da propriedade sem o direito a prévia defesa do proprietário, essa, amparada pela CRFB/88.

Demonstrar-se-á a existência de interesses particulares do chefe do Poder Executivo e o surgimento das APACs como uma cortina de fumaça encobrendo as reais motivações que submetem e tornam o direito de propriedade submisso ao poder público, sem oportunizar ao particular o exercício do seu direito constitucional.

O poder emanado pelos Decretos Administrativos Municipais, e os desejo e prioridades do chefe do Executivo podem prevalecer às normas e princípios Constitucionais? Abordar-se-á a descaracterização do instituto do tombamento com a instituição das Apacs, que mascararam a real intenção da administração pública municipal.

As APACs possuem outra falha ao não identificarem as reais características que a propriedade possui para justificar o seu “tombamento”, isso é, a limitação de sua propriedade.

O primeiro capítulo discorre sobre a necessidade da reflexão em esclarecer se realmente há legalidade em limitar a propriedade do particular por meio de Decreto.

O segundo capítulo aborda a afronta a princípios constitucionais, inclusive a ausência de notificação aos proprietários, o que lhes garantiria o direito ao contraditório.

No terceiro capítulo discutem-se as reais motivações administrativas e a real intenção ao utilizar-se uma criação jurídica ao invés do instituto de tombamento, já existente.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica, incluindo autores tradicionais, legislações vigentes e jurisprudências atuais. O método utilizado será basicamente o empírico, com análise de casos e jurisprudência.

1. A LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA POR MEIO DE DECRETOS PARA LIMITAR O DIREITO DE PROPRIEDADE: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A prefeitura do Rio de Janeiro, por meio de Lei Complementar¹, estabelece o Plano Diretor Decenal, cria os alicerces para uma política pública de proteção do patrimônio cultural instituindo a Área de Proteção do Ambiente Cultural – APAC.

As APACs visam à proteção do ambiente construído nas zonas urbanas, enquanto, Área de Preservação Ambiental - APA passaria a ser utilizado apenas para o ambiente natural.

¹ BRASIL. Lei Complementar n. 16, de 04 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/14767253/artigo-132-lc-n-16-de-04-de-junho-de-1992-do-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Contudo, ao editar norma² que impõe a criação de área de proteção do ambiente cultural e quais os bens que deverão ser relacionados para serem preservados, gera uma norma em branco, incumbindo ao poder público o dever de regulamentá-la. Isto é, a Prefeitura deverá definir os critérios de preservação por meio de Decreto. Importante à transcrição do artigo abaixo:

Art. 131 - Na criação de uma Área de Proteção do Ambiente Cultural serão relacionados os bens preservados e os bens tutelados e definidos seus critérios de preservação.

§ 2º - Entende-se por bem preservado aquele que, situado em Área de Proteção do Ambiente Cultural, deverá manter as características que tenham sido identificadas como de importância para a ambiência e identidade cultural da Área, segundo critérios estabelecidos pelo órgão de tutela.

Importante pontuar que lei e decreto são atos normativos distintos e possuem funções diferentes. A força da lei está entre as normas jurídicas na Constituição Federal, sendo essa a Carta Magna, isto é, a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico. Devendo ser observado para critérios de edições de leis complementares, leis ordinárias, decretos, portarias e demais atos que possam impor aos jurisdicionado qualquer obrigação, pois conforme disposição constitucional³ ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não tenha previsão legal.

A Constituição Federal é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo assim, qualquer norma que a contrarie deverá ser considerada inconstitucional, pois fere o princípio da legalidade, devendo ser retirada do ordenamento jurídico, haja vista que lei inconstitucional não se cumpre por falta de validade.

Sendo a lei superior ao decreto, esse não poderá contrariá-la, sob pena de ser ilegal e passível de intervenção do poder judiciário ante a ilegalidade praticada pelo poder Executivo. No caso, os Decretos editados e publicados pelo poder Executivo do Município do Rio de Janeiro para definir quais os imóveis sofreriam as limitações administrativas⁴ – feito pelas APACs - não observaram os princípios e normas da Constituição Federal, pois ao limitar as propriedades dos munícipes, retirou desses o direito de propriedade no seu sentido mais original, que é o de usar, fruir e dispor de seu bem conforme sua vontade, desde que cumprindo sua função social.

² Ibidem, art. 131.

³ Art. 5º, inc. II, CRFB: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

Impende observar que o processo de criação de uma lei tem um procedimento amplo e elaborado, feito por meio de representantes eleitos pelo povo. A lei passa por um processo legislativo, em que não apenas uma pessoa decide, como acontece na edição de um decreto que é feito apenas pelo chefe do poder Executivo, que decide sem a intervenção de mais ninguém, sendo sua decisão prevalente aos demais interesses dos munícipes afetados.

Embora o decreto seja feito para regulamentar uma lei, que no caso do estudo é a L.C. 16/92⁵, que institui a criação das APACs⁶ como meio de preservação do ambiente cultural da cidade do Rio de Janeiro, e a intenção seja de manter a história do Município, não pode afetar o direito dos munícipes sem que esses não tenham direito de opinar, visto que se trata de um direito de propriedade adquirido na forma da lei. O decreto não pode inovar no ordenamento jurídico, ele é criado para esmiuçar a lei, e não ir além ou contra a lei.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão na Apelação Cível 2009.001.47738, negou provimento ao recurso do Município do Rio de Janeiro em que se discutia a limitação administrativa pela APAC instituída pelo Decreto 25.693/2005, que limitava o uso dos imóveis no Catete.

A decisão em primeira instância no processo judicial que buscava à anulação da limitação administrativa ao imóvel da autora, foi procedente ao pedido autoral. O Juízo monocrático de 1º grau entendeu que houve ofensa aos princípios constitucionais pelo poder Executivo quando impõe ao imóvel da autora limitação quanto ao direito de dispor, usar e fruir conforme sua vontade sem que lhe dê antes o direito ao contraditório e ampla defesa.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça manteve a decisão de 1º grau por entender nítida a contrariedade aos princípios constitucionais pelo apelante. Isto é, o Município com base no poder emanado pelo Decreto, limita o direito de propriedade dos munícipes, efetiva a limitação sem chamar a se manifestar o afetado para exercer seu direito de defesa quanto ao manifesto dos motivos e a real necessidade do ato praticado pelo poder Executivo.

O ato praticado pelo Poder Executivo foi revisto pelo poder judiciário por conter ilegalidade quanto aos princípios constitucionais, ocasionando uma afronta a lei maior. Dessa forma, mesmo sendo o decreto um meio de regulamentar uma lei, não se pode ir além nem contra a Constituição da República, o decreto editado pelo poder Executivo, para que

⁵ Ibidem.

⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 111, de 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/.htm>>. Acesso em: 30 out. 2016.

tenha validade no âmbito da legalidade, deve seguir os contornos constitucionais, caminhar junto aos princípios geradores de normas e leis.

Importante destacar um trecho do julgado que segue abaixo:

Após ter verificado que o processo administrativo, que rendeu ensejo ao Decreto n. 25.693, 23.08.2005, que instituiu a Área de Proteção Ambiental e Cultural do Catete, não oportunizou aos proprietários dos imóveis abrangidos o direito ao contraditório e a ampla defesa, o nobre sentenciante concluiu pela sua ilegalidade e passou a discorrer sobre a comprovação do motivo do ato administrativo praticado, qual seja, se o imóvel da apelada era, ou não, integrante do patrimônio cultural municipal. Afirmou o magistrado ter sido produzida apenas prova documental, que não se afigurava suficiente para o deslinde da quaestio, e continuou afirmando que, para tanto, imprescindível seria a realização da prova pericial. A essa altura, porém, a observação que fez visava apenas facilitar a compreensão das partes a respeito do tema debatido nos autos, por isso que a nulidade do ato já havia sido declarada por inobservância aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Dispensável se afigurava, portanto, a realização de prova pericial, porquanto a nulidade do ato administrativo decorreu de motivo outro, qual seja, a violação dos princípios constitucionais, de modo que saber se o imóvel da autora estava ou não sujeito à categoria de bem integrante do patrimônio cultural local constituiria etapa a ser vencida à frente, caso o processo administrativo fosse considerado regular, o que não ocorreu⁷.

Diante das decisões dos Tribunais de Justiça desfavoráveis ao município, é cristalino que o ente federativo vem agindo com ilegalidade, visto que as limitações administrativas dos imóveis dos municípios ocorreram sem a observância dos princípios constitucionais quanto ao direito do contraditório e ampla defesa previstos na Constituição da República.

A falta de notificação aos municípios proprietários de imóveis apacados⁸, pelo poder público, para que haja manifestação quanto a sua limitação de usar o bem conforme seu direito de dono, observando a função social do imóvel, ofende os regramentos legais, que não podem ser mitigados pelos Decretos do chefe do Executivo, em que somente ele dispõe sobre direitos fundamentais sem que ninguém se contraponha.

A intenção de Judiciário é prover o devido processo legal, previsto na CRFB/88, art. 5º; LIV, que protege o jurisdicionado da privação da liberdade e de seus bens sem que haja o devido processo legal. Motivo pelo qual o judiciário deve imiscuir-se nas decisões administrativas, sem que com isso esteja ofendendo a separação dos poderes ou mesmo praticando ativismo judicial.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.47738. Relatora: Des. Luisa Cristina Bottrel Souza. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900147738>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁸ Neologismo que se refere aos imóveis atingidos pelo decreto da APAC – Área de Proteção do Ambiente Cultural.

2. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO E CIÊNCIA AOS PROPRIETÁRIOS E A AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A IMPOSSIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO

Milhares de proprietários foram subitamente surpreendidos por decretos publicados pelo chefe do poder Executivo Municipal restringindo o direito de propriedade, sob o argumento de “conservação/proteção do patrimônio cultural” de determinadas áreas urbanas da cidade. Não houve qualquer tipo de notificação e muito menos foi dada ciência aos proprietários a fim de que exercessem o seu legítimo direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa.

O prefeito, unilateralmente, sem ouvir os maiores interessados, que sejam os proprietários que não tiveram seus direitos respeitados, tomou essa decisão sem qualquer processo administrativo previamente estabelecido tornando milhares de imóveis apacados da noite para o dia, impondo-lhes uma limitação administrativa, que conforme define Meirelles⁹ é “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.

Esta conduta afronta diretamente o princípio do devido processo legal disposto no artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal, o qual permitiria aos proprietários atingidos a defesa sobre a legalidade da medida e a discussão da real necessidade do ato imposto em relação ao suposto “patrimônio cultural protegido”.

Art. 5º - 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, nos termos seguintes:

(...)

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

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

Não houve interesse em dar publicidade ao ato limitador do direito de propriedade o que se mostrou nada democrático. Os efeitos práticos da criada preservação assemelham-se ao processo de tombamento, no entanto ao passo que este dispõe no ordenamento jurídico a necessidade de um procedimento administrativo, garantindo ao proprietário o direito ao contraditório e a ampla defesa, o processo de preservação não o exige, em desrespeito ao previsto na Constituição Federal.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.529.

O princípio da legalidade estrita ao qual se encontra adstrita a Administração Pública, afirma que todos os atos devem estar de acordo com a legislação, conforme disposto no art. 37, da CRFB/88:

Art. 37 - 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 e, também, ao seguinte: (...)

Assim, a Administração Pública somente pode fazer o que for expressamente autorizada pela lei. Dessa forma toda atividade deve estar estritamente vinculada à lei, não podendo o administrador agir como quiser dentro da Administração.

O ordenamento jurídico não dispõe de lei federal que discipline a chamada "preservação de bem cultural". A Constituição Federal não faz menção a esse tipo de instrumento jurídico de intervenção na propriedade, mas sim ao tombamento que é o ato pelo qual o valor histórico de um bem é reconhecido e transformado em patrimônio oficial público, passando a sofrer restrições parciais, sendo estabelecido um regime jurídico diferenciado. Essa previsão legal encontra-se no art. 216, § 1º da CRFB/88¹⁰:

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ define o tombamento da seguinte forma:

O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o poder público sujeita a restrições parciais os bens qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

Ora, o que se percebe é que o poder Executivo Municipal, de forma tendenciosa e em interesse próprio, com a finalidade de intervir no direito de propriedade dos imóveis dos cidadãos, editou um decreto que, sob os auspícios de uma suposta “preservação” visa a obter a mesma finalidade prática do tombamento. Ele não pode merecer de validade constitucional haja vista que o Município não detém competência originária para legislar sobre intervenção na propriedade, que é o que de fato está fazendo através de tal manobra que simplesmente “criou o instituto preservação”.

¹⁰ Art. 216, CRFB: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

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

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134.

Como se não bastasse, em sua trajetória de afrontas constitucionais, o poder Executivo Municipal, por meio do referido decreto que visa à pseudo-proteção do ambiente cultural, também violou os princípios constitucionais da moralidade, finalidade e eficiência, pois clara a intenção de, utilizando-se subterfúgios e interpretações equivocadas, querer atingir os efeitos reais de um tombamento com um ato normativo que não respeita o contraditório e a ampla defesa previstos no tombamento, este sim, um instituto jurídico que permite a intervenção na propriedade e que possui previsão constitucional e regulamentação em lei federal.

Salutar destacar que o dispositivo do art. 216, §1º, da Constituição Federal, ao mencionar a preservação não está se referindo a um suposto instituto jurídico denominado “preservação” e nem mesmo o criando. Ele pura e simplesmente refere-se a uma finalidade de preservação que deve ser atingida utilizando-se meios legais, tais como o tombamento entre outros, já existentes e dispostos no ordenamento jurídico federal. Isto é corroborado pelo fato de que a legislação existente deve ser interpretada de uma forma sistêmica e integrada juntamente com a hermenêutica jurídica, e assim, devemos atentar para os seguintes dispositivos que devem ser combinados: art. 24 e 30, da Constituição Federal¹².

Logo, é cristalina a intenção de que se admitindo que o município, de forma suplementar, visa ao caráter de proteção do ambiente cultural. O poder Executivo Municipal deve executá-lo sempre obedecendo e atentando para a legislação federal e estadual existentes, além das suas próprias.

3. AS REAIS MOTIVAÇÕES ADMINISTRATIVAS DETERMINANTES DA APAC: QUAL A INTENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO COM O TOMBAMENTO?

¹² Art. 24, CRFB: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei.

Art. 30, CRFB: Compete aos Municípios:

(...)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Doutrinariamente existe uma divergência sobre a natureza jurídica do tombamento. A primeira corrente, na qual figuram os autores Sonia Rabello de Castro, José Cretella Júnior, defendem ser o tombamento uma forma de limitação administrativa.

Se considerar-se uma limitação administrativa, então de acordo com entendimento do jurista Hely Lopes Meirelles, tombamento é: “uma imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem estar social”¹³.

Seria então uma manifestação do poder de polícia do Estado, pela qual o Poder Público edita normas gerais condicionando o uso da propriedade do administrado para atingir o bem-estar social, sem especial sujeição, por intermédio de seus agentes ou prepostos.

Observando esse entendimento, o tombamento seria uma limitação administrativa. Assim, assemelha-se as Áreas de Proteção do Ambiente Cultural - Apacs instituídas pelos Decretos Municipais, editados pelos prefeitos em seus respectivos mandatos, com uma diferença fundamental, pois o tombamento foi instituído pelo Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, pelo qual o Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição Federal, organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.¹⁴

No Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937¹⁵, existem normas cogentes para que seja feito o tombamento de bens tidos como culturais, que necessitam de conservação para a preservação da história do Brasil.

É cediço que logo no primeiro artigo do Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, encontramos procedimentos específicos para que o Estado exerça a limitação administrativa na propriedade do particular ou nos bens públicos. De forma distinta, os Decretos Leis sancionados pelos chefes do Executivo Municipal para impor a limitação a diversos bens imóveis em bairros de classe alta, as Apacs, não são tão específicas quanto aos critérios de escolha, deixando o particular sem saber a razão pela qual seu imóvel foi escolhido para ter tal limitação.

¹³MEIRELLES, op. cit., p. 529.

¹⁴BRASIL. Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_no_25_de_30_de_novembro_de_1937>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁵ Ibid., art. 1º: Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional 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.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

O Prefeito da cidade, de posse do poder de mando, instituiu um Decreto no qual limita o direito de propriedade, sem previsão de contraditório para o proprietário do imóvel apacado.

Dessa forma, também não há previsão de Audiências Públicas, que já sugere a publicidade do ato administrativo, tampouco a previsão de um processo legal para aquele proprietário que não esteja de acordo com a limitação atribuída ao seu imóvel pelo ente municipal. Assim, não podendo exercer seu direito constitucional de defender sua propriedade.

De forma contrária, existe previsão de contraditório no Decreto Lei¹⁶ que instituiu o tombamento, vejamos abaixo:

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo: 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação. 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo. 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Certo é que a propriedade não possui mais caráter absoluto, devendo observar as regras do uso e conservação de seu bem imóvel, tanto é que pode um proprietário perder seu direito quando deixar de cumprir sua função social, isto significa que uma propriedade deve agir com observância ao interesse coletivo, não devendo dar destinação a essa propriedade de forma a prejudicar a coletividade.

Entretanto, os instrumentos utilizados pelo poder público, no caso as Apacs, deixaram de observar princípios e garantias constitucionais, como o direito de propriedade que está pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, e que tal instrumento acaba mitigando as garantias do proprietário, como usar, gozar, fruir e dispor de seu imóvel.

Como dito anteriormente, sugere uma manobra de fácil execução e subordinação de seus munícipes, posto que a Apac utilizada tem os mesmos objetivos do tombamento, porém, não tem previsão de contraditório, de ampla defesa, ambos princípios constitucionais.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 11.

O poder público possui ferramentas adequadas para atingir seus objetivos, se a preocupação gira em torno da preservação do patrimônio cultural do Município, porque apenas alguns bairros, e determinados imóveis foram afetados, sem que houvesse nenhuma especificação do bem quanto aos seus elementos culturais pelos quais mereçam ser preservados.

A legislação Municipal anterior a CRFB/88, previa o tombamento de bens imóveis, com previsão do procedimento do devido processo legal, isto é, contraditório e ampla defesa, observando o princípio da simetria das leis. A Lei Municipal n. 166, de 27 de maio de 1980¹⁷, tem a seguinte previsão:

Art. 1º - Compete ao Prefeito, ouvido previamente o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro, decidir sobre os atos de tombamento e destombamento, conforme o disposto nesta lei.

Art. 2º - O tombamento de bem pertencente a pessoa natural ou a pessoa jurídica de direito privado se fará compulsória ou voluntariamente

§ 1º - O tombamento compulsório será iniciado pelo Presidente ou qualquer dos membros do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro.

§ 2º - O tombamento voluntário será iniciado pelo proprietário do bem ou seu representante legal por proposta endereçada ao Presidente do Conselho.

§ 3º - Em qualquer das hipóteses dos parágrafos anteriores, o Presidente submeterá ao Conselho o processo de tombamento para emissão de parecer prévio, que será encaminhado ao Prefeito.

§ 4º - Recebido o parecer prévio de que trata o parágrafo anterior, compete ao Prefeito determinar o seguimento do processo ou o seu arquivamento.

Art. 3º - Determinado o seguimento do processo de tombamento compulsório na forma do § 4º do artigo anterior, o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro notificará o proprietário ou o possuidor do bem para manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo Único - Decorrido o prazo de que trata o caput deste artigo, o Conselho emitirá parecer final, submetendo-o à decisão do Prefeito.

Art 4º - Determinado o seguimento do processo de tombamento voluntário na forma do § 4º do Art. 2º desta lei, o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro emitirá parecer final, submetendo-o à decisão do Prefeito.

Contudo, a redação da Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro¹⁸, atualizada, previu em seus artigos, abaixo mencionados, mais especificamente no art. 430, II, “d”, a possibilidade de um instrumento de execução de política de meio ambiente. Assim, podendo declarar por meio de um ato administrativo uma determinada área de preservação ou de proteção ambiental, ou seja, não previu que seria feito um ato administrativo, por meio de

¹⁷BRASIL. Lei n. 166, de 27 de maio de 1980. Disponível em: <<https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/285901/lei-166-80>>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁸BRASIL. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4946719/4126916/Lei_Organica_MRJ_comaltdo205.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

Decreto do Executivo, sem o devido processo legislativo, para limitar o direito de propriedade sem o contraditório por parte dos municípios afetados.

Art. 430 - Para assegurar as funções sociais da Cidade e da propriedade, o Poder Público poderá valer-se dos seguintes instrumentos, além de outros que a lei definir:
 II - de caráter jurídico-urbanístico: a) desapropriação por interesse social ou utilidade pública; b) servidão administrativa e limitações administrativas; c) tombamento de imóveis; d) declaração de área de preservação ou proteção ambiental; e) concessão real de uso ou domínio; f) concessão de direito real de uso resolúvel; g) lei de parcelamento do solo urbano; h) lei de perímetro urbano; i) código de obras e edificações; j) código de posturas; k) lei de solo criado; l) código de licenciamento e fiscalização;

A lei orgânica do Município, no seu art. 462, III, conforme citada abaixo, prevê a criação de unidades de conservação, áreas de preservação, áreas de proteção ambiental, enfim, não menciona nada a respeito de limitação de propriedade particular sem o devido processo legal.

Art. 462 - São instrumentos de execução da política de meio ambiente estabelecida nesta Lei Orgânica:

I - a fixação de normas e padrões como condição para o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras;

II - a permanente fiscalização do cumprimento das normas e padrões ambientais estabelecidos na legislação federal, estadual e municipal;

III - a criação de unidades de conservação, tais como áreas de preservação permanente, de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico ou cultural, parques municipais, reservas biológicas e estações ecológicas;

IV - o tombamento de bens;

V - a sinalização ecológica.

Parágrafo único - As disposições dos incisos III e IV poderão ser aplicadas por lei ou por ato do Poder Executivo. • Declarada a Inconstitucionalidade na RI n.º 65/2006 da expressão grifada - com efeito ex-nunc¹⁹

Ademais, mesmo que o interesse público seja prevalente, as decisões sempre deverão ser motivadas a partir da lei, para que atos discricionários não se transformem em atos arbitrários.

O que se questiona no presente artigo é a forma que o chefe do Executivo encontrou para atingir um objetivo sem maiores questionamentos, não se importando com crescente números de ações que iriam atribular ainda mais o judiciário, haja vista, ser patente o desrespeito pela Lei em sentido amplo, e os princípios constitucionais que são a espinha dorsal de toda norma jurídica.

¹⁹ BRASIL. Declaração de inconstitucionalidade. Disponível em:

<<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/3f7d30f8ff5451ba03257712004e03e1/6dfde8658f1f264303257720004a94a3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

Impende observar que o inciso IV do art. 462 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, foi julgada inconstitucional por não poder tratar a lei de tombamento, visto que deveria observar a separação dos poderes, conforme o julgado²⁰ abaixo:

Ementa do Acórdão Representação por Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, art. 462, parágrafo único, que admite o tombamento de bens particulares, também via ato de Poder Legislativo. Proposição da ação pelo Sr. Prefeito do Município. Desrespeito ao disposto nos arts. 7º e 324, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. O Poder Legislativo Municipal ao tomar a iniciativa de legislar sobre determinado tombamento, regulando-o e definindo o modo de sua execução, invade a esfera da competência que a Constituição define para o Poder Executivo, rompendo com o princípio da separação e harmonia dos poderes. O tombamento é ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem. E como interfere no direito de propriedade do particular, deve ter início através de processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ao proprietário do bem, sob pena de nulidade e não por norma legal, que, no caso, estaria desvestida do atributo de generalidade. Assim, cabe a declaração de inconstitucionalidade dos termos tidos por impróprios constantes da norma jurídica impugnada. Agravo Interno prejudicado por perda da oportunidade de sua apreciação isolada. Representação de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Observa-se que a declaração de inconstitucionalidade do referido inciso do artigo supramencionado, refere-se ao tombamento que estava previsto na Lei Orgânica, com a justificativa da inconstitucionalidade oriunda do desrespeito a separação dos poderes, pois deveria ser de iniciativa do chefe do Executivo, porém por meio de lei que deve seguir o devido processo legislativo, com a apresentação à câmara dos vereadores para que possam discutir e aprová-la.

Imperioso mencionar a parte do voto do desembargador no que diz respeito ao devido processo legal que deve seguir o processo de tombamento, por se tratar do direito de propriedade do particular, assim devendo observar o direito e garantia de ampla defesa e contraditório.

Logo, conclui-se que ao retirar da lei orgânica a possibilidade de tombamento, cujo processo é mais amplo e minucioso, o chefe do Executivo, sem maiores preocupações, editou decreto no qual instituiu as Apacs com o formato de tombamento, pois limita a propriedade da mesma maneira, porém sem o direito ao devido processo legal. Pois se fosse fácil limitar a propriedade com as características do tombamento, não precisaria de lei específica para esse procedimento administrativo.

²⁰ BRASIL. Declaração de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/3f7d30f8ff5451ba03257712004e03e1/6dfde8658f1f264303257720004a94a3>>. Acesso em: 08 de mar. 2017.

CONCLUSÃO

A limitação Administrativa que emerge de um ato do Chefe do Executivo, que no caso do Município é o Prefeito, impõe ao proprietário de bem imóvel uma limitação da sua propriedade com características de tombamento, porém sem dar-lhe o direito constitucional do contraditório e ampla defesa.

O tombamento tem previsão constitucional. O art. 22, incisos I, II e III, da Constituição Federal prevê que a União editará normas gerais sobre a intervenção na propriedade, restando ao Município à edição de normas suplementares as dos Estados, e aos Estados a da União. Porém não há nenhuma previsão para se instituir uma Lei com os mesmos efeitos jurídicos do tombamento, com mera alegação de preservação cultural, sendo que aquele tem previsão constitucional e prevê os procedimentos necessários para a intervenção na propriedade privada, visto que a propriedade é um direito previsto na Carta Magna e norteia-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo se sobrepor a isso o desejo do Prefeito.

Diante das condutas adotadas pelo Prefeito do Município, fica evidente a descaracterização do instituto de tombamento pelas Apacs editadas ao longo de seus mandatos, para que pudessem atingir seus interesses particulares e até mesmo fazendo as vezes de uma real política urbana, a qual deve obediência a lei formal. Diante dessas manobras legislativas, pode-se concluir que por meio da limitação da propriedade o crescimento demográfico de determinados bairros de classe alta estaria controlado, visando assim, a valorização de seus imóveis e de outros bens de seus interesses particulares.

Ademais, existem diversos julgamentos em que o poder judiciário mandou anular o ato, por entender que não houve respeito aos princípios e normas constitucionais. Com o dever de zelo, o Judiciário observou que não deve prevalecer o ato administrativo em que não esteja de acordo com a Lei maior.

O ato unilateral, pois sendo um Decreto expedido pelo Prefeito, tenta atingir um objetivo de interesse particular, no qual sequer especificou quais as características do patrimônio cultural que possui essa ou aquela propriedade merecedora de preservação cultural, sem nenhum critério objetivo, pois o que se percebe é que são propriedades pequenas, ainda passíveis de construção e de interesse do mercado imobiliário.

Portanto, o Prefeito diminuiu a força e o direito de defesa com a edição das Apacs, sendo muito mais factível a sua utilização ao tombamento, pois não oportuniza o devido processo legal, somente consta a relação dos bens com os seus respectivos endereços e as suas

limitações. Ora, clara está a intenção de burlar a legislação urbanística em vigor, assim como o abuso de direito perpetrado pelo Chefe do Executivo Municipal, que em notório desvio de finalidade utilizou-se da aludida preservação para, unilateralmente, imputar concretamente os efeitos de um tombamento.

Cediço que não é constitucional e nem moral o Decreto Municipal editado por seus respectivos Prefeitos, cada qual em seu mandato. Certo que já existe norma para tratar do mesmo assunto de interesse público, desta feita, sem cabimento criar outra norma de igual efeito jurídico, qual seja, limitar direito de propriedade particular, e mais grave, sem o devido processo legal, a fim de atingir de forma mais fácil interesse próprio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Declaração de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/3f7d30f8ff5451ba03257712004e03e1/6dfde8658f1f264303257720004a94a3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Decreto Lei n. 25 de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_no_25_de_30_de_novembro_de_1937>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Lei n. 166 de 27 de maio de 1980. Disponível em: <<https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/285901/lei-166-80>>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Lei Complementar n. 16, de 04 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/14767253/artigo-132-lc-n-16-de-04-de-junho-de-1992-do-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Lei Complementar n. 111 de 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/.htm>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4946719/4126916/Lei_Organica_MRJ_comaltdo205.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.