



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THIAGO EINE DOS SANTOS CARDOSO**

**SITUAÇÕES EM QUE AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO  
TOMBAMENTO DE BENS IMÓVEIS DEVEM SER COMPREENDIDAS  
COMO ATO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA**

SALVADOR

2019

**THIAGO EINE DOS SANTOS CARDOSO**

**SITUAÇÕES EM QUE AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO  
TOMBAMENTO DE BENS IMÓVEIS DEVEM SER COMPREENDIDAS  
COMO ATO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

SALVADOR

2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO EINE DOS SANTOS CARDOSO

### SITUAÇÕES EM QUE AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO TOMBAMENTO DE BENS IMÓVEIS DEVEM SER COMPREENDIDAS COMO ATO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2019

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer à minha Mãe, pois não conheço fonte maior de amor incondicional, determinação e força de vontade.

Ao meu Pai, o grande responsável por me ensinar as coisas que não se pode aprender em faculdade, as coisas fundamentais, as coisas da vida.

Aos tempos difíceis que essa família superou, e que foram e são imprescindíveis ao que me tornei hoje, e ao que eu serei amanhã. Os tempos das paredes sem reboco, os tempos dos tapumes no lugar da porta o tempo em que se tinha que matar uma onça por dia pra sobreviver; minhas cicatrizes são motivo de orgulho!

À Laísa Aiala, por ser o meu referencial de foco e comprometimento e sem a qual esse trabalho seria impossível.

À Yuri, Anderson, Felipe e a Paula, por se fazerem presentes, nos momentos em que a vida foi gentil e nos momentos quem que não foi.

À todos os professores que passaram pela minha vida, por serem meus pais do conhecimento acadêmico.

À Alessandra Ribeiro, que desde o início caminha comigo nessa jornada.

À todos os membros da Not+1 por serem refúgio na hora da tempestade, irmãos forjados na velocidade.

"Ninguém baterá tão forte quanto a vida. Porém, não se trata de quão forte pode bater, se trata de quão forte pode ser atingido e continuar seguindo em frente. É assim que a vitória é conquistada."

**Rocky Balboa**

## RESUMO

Compreender o tombamento é uma atividade complexa, seu objeto é formado no passado, o seu reconhecimento/proteção se dá no futuro e a sua função é perpetuar a história; no futuro.

Preservar o patrimônio histórico e cultural de uma nação é peça chave para seu desenvolvimento; cumprir o compromisso constitucional não é tarefa fácil, com o objetivo de trazer para a luz o fenômeno da desapropriação indireta que por vezes assola o instituto do tombamento de bens imóveis é o objetivo central desse trabalho.

Os conceitos fundamentais a compressão do tema: Propriedade, Desapropriação, Tombamento. Serão desenvolvidos de forma objetiva, categórica e direta no sentido de harmonizar e tutelar ambos: a propriedade privada e garantir a sua função social através do tombamento.

Ao fim será o trabalho colocado em xeque, confrontado com situações concretas, tendo sua lógica e seus conceitos atingido relevância prática.

**Palavras-chave:** tombamento, propriedade, desapropriação indireta, indenização, tombamento de bens imóveis.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
IPAC	Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
RE	Recuso Extraordinário
SIPAC	Sistema Integrado de Patrimônio, Administração e Contratos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2. PROPRIEDADE .....</b>	<b>11</b>
2.1. Conceito e Natureza Jurídica .....	11
2.2. Propriedade no contexto da carta fundamental de 1988.....	16
2.2.1. Principais características do direito fundamental à propriedade.....	19
2.3. Função social da propriedade .....	21
2.3.1. Supremacia do Interesse Público e Propriedade Privada.....	24
<b>3. DESAPROPRIAÇÃO.....</b>	<b>33</b>
3.1. Conceito e Natureza Jurídica.....	31
3.2. Indenização .....	35
3.2.1. Indenização Justa e Prévia em Dinheiro .....	35
3.3. Desapropriação Indireta .....	38
3.3.1. Conceito e Natureza Jurídica.....	38
3.3.1.1. Aspectos Processuais.....	46
<b>4. TOMBAMENTO .....</b>	<b>49</b>
4.1. Conceito e Natureza Jurídica .....	49
4.2. Modalidades .....	55
4.2.1. Objeto .....	58
4.3. Indenização .....	61
4.3.1. Posicionamento Doutrinário .....	61
4.3.2. Posicionamento Jurisprudencial .....	64
4.4. Critérios necessários para determinar a desapropriação indireta decorrente do tombamento .....	68
4.4.1. Limitações absolutas à utilização e manutenção do bem tombado que devem ser compreendidas como desapropriação indireta .....	68
4.4.2. Situações limítrofes: existe ou não	

desapropriação indireta? .....	69
<b>4.4.3. Limitações que não configuram</b>	
desapropriação indireta.....	70
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>6. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>72</b>
<b>7. APÊNDICE .....</b>	<b>78</b>
<b>7.1. Apêndice A – Estudos de Caso.....</b>	<b>78</b>
<b>7.1.1. Caso 01: Solar Amado Bahia.....</b>	<b>78</b>
<b>7.1.2. Caso 02: Imóvel nº 622.....</b>	<b>80</b>
<b>7.1.3. Caso 03: Sobrado do Taboão nº 56.....</b>	<b>82</b>

**ANEXO A – Breve Parecer Técnico sobre o Solar Amado Bahia**

**ANEXO B – Breve Parecer Técnico sobre o Imóvel nº 622**

**ANEXO C – Breve Parecer Técnico sobre o Sobrado do Taboão nº 56**

## 1. INTRODUÇÃO

É pacífica a afirmação que uma vez definiu o tempo como sendo algo inexorável, a existência das coisas, sejam elas orgânicas de baixíssima complexidade “bio-estrutural” como um ovo, ou altamente especializadas como as células nervosas; inorgânicas, como as formações geomorfológicas dos andes ou os pequenos sedimentos arenosos da restinga soteropolitana. Desde materiais que vão das primeiras ferramentas desenvolvidas a partir de lascas de pedra, ao o “Burj Khalifa”, o maior edifício já construído, com 828 metros e uma estrutura “hipercomplexa” composta de ferro, concreto e vidro. Também não escapam aos efeitos do tempo as coisas espirituais, dos ideais revolucionários franceses, aos debates relacionados a identidade de gênero; estão todas as coisas condicionadas aos efeitos do tempo e do progresso, e inevitavelmente fadadas aos efeitos da obsolescência.

Para uma melhor compreensão do problema proposto, que será desenvolvido ao longo deste trabalho, é importante traçarmos breves considerações acerca do que, e o que é o fenômeno da obsolescência. O termo aparece com frequência e propriedade no âmbito da economia como sendo a limitação ou redução da vida útil de um mecanismo, objeto ou equipamento, pelo aparecimento de outros, superiores ou novos.

Acontece que, o problema da obsolescência, não se restringe a produzir efeitos somente no âmbito dos mercados, da circulação de moedas e riquezas e do valor econômico das coisas; a importância histórica do que já foi superado, é fundamental para delimitar e orientar aquilo que virar a ser; se o tempo, o progresso e o envelhecimento de todas as coisas é inexorável, não torna impossível a possibilidade de moldar o futuro, determinando seu curso, e orientando-o a superação de problemas enfrentados no presente; na realidade a depender da forma como preservamos o nosso passado/história, a tarefa pode se tornar bem simples.

Na sociedade de redes e conexões que estamos construindo o furor da modernização nunca foi tão agudo e os efeitos da obsolescência tão perceptíveis. Aparelhos telefônicos tem um novo “upgrade” a cada mês, carros tem versões mais modernas lançadas todo ano; a cada segundo estamos atualizando nosso “status” nas redes

sociais e de maneira nem sempre conveniente, apagando o passado e aniquilando a história, sendo este o aspecto mais voraz da fatura da obsolescência.

A história tem papel imprescindível na compreensão do presente, e na modelagem do futuro. A importância de compreender o alicerce que nos equilibra na atualidade e que servirá de impulso para o amanhã não se mostra somente como uma questão de caráter teórico, ela vai muito além disso: é uma questão de sobrevivência.

No processo de contramão do progresso e da obsolescência vem a preservação da história, a valorização dos costumes, a reflexão sobre os pensamentos e a proteção dos monumentos, dos pilares de sustentação da humanidade; esse processo, de forma alguma visa obstar ou atrapalhar o progresso, trata-se de um processo de contrarreforma. Um conflito entre o Direito ao progresso e o Direito a História, que deve ser devidamente harmonizado a fim de possibilitar um desenvolvimento sustentável da sociedade em que vivemos.

Na necessidade de um diapasão entre o progresso e a preservação do passado, o Direito, com o seu condão essencial e fundamental; com a vocação e o propósito de solucionar os conflitos (o que vai muito além de uma característica, é a sua razão de ser) é, portanto, a mais adequada ferramenta a ser utilizada na preservação de um passado que não seja um óbice ao futuro.

Dentre as ferramentas utilizadas pelo direito, sem sombra de dúvidas, a mais adequada e utilizada pela administração pública no âmbito da preservação do patrimônio histórico é o tombamento. Tendo por principal característica a preservação e proteção do patrimônio histórico, cultural e arquitetônico do país, o tombamento é o meio de intervenção do estado na propriedade privada em que algumas limitações são impostas ao particular no exercício deste direito. Diferentemente da desapropriação, no tombamento o estado não toma a propriedade do bem para si, o particular conserva a titularidade, mantendo-se proprietário e essa característica sedimenta o entendimento de que não tem por tanto o estado dever de indenizar o particular em decorrência de tal intervenção. Sendo essa uma via eficiente e economicamente viável de proteção do patrimônio histórico, incumbindo ao particular

ônus da manutenção do “*status quo*” das características do bem tombado no momento em que se deu o ato administrativo.

Tais limitações podem apresentar diversos graus de complexidade, seja pela estrutura em que o bem se encontra, seja por sua localização, pelas características da sua construção e/ou manufatura, podendo o estado imputar ao particular desde a mera preservação do frontispício de um imóvel até os materiais usados para a produção das cores de uma determinada parede; o nível da intervenção irá depender de quão fundamental a autoridade administrativa competente compreende a importância histórica do imóvel e como tais características devem ser preservadas, podendo culminar em casos onde o ônus suportado pelo particular passa a ter onerosidade excessiva.

Daí surge a questão chave que esse trabalho se destina a responder: até que ponto as limitações impostas pelo tombamento de bens imóveis, devem ser compreendidas como um processo de desapropriação indireta?

## **2. PROPRIEDADE**

### **2.1. Conceito de natureza jurídica**

Maior parte desta relevância axiológica da constituição, ganha suporte nos denominados direitos fundamentais, essa categoria jurídica, predominantemente presente no texto constitucional (porém não exclusivamente, como determina o parágrafo 2 do artigo 5 da CRFB) os direitos fundamentais são reflexos direto de embates históricos e de conquistas da sociedade ao longo do tempo, são direitos que gozam de uma proteção de maior amplitude e que pairam quase que sob todas as relações jurídicas que ocorrem em um estado constitucional de direito.

Marmelstein (2014, p.17) define os direitos fundamentais como:

Os direitos fundamentais são normais jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico.

Dentre este direito, nos é interessante certo aprofundamento algumas características principais do chamado Direito de propriedade, ou de maneira mais adequada ao sentido do texto, Direito Fundamental a Propriedade.

O direito de propriedade pode muitas vezes ser mal interpretado ouve um momento em que se acreditava, que a coletividade e o interesse público devem ser o início meio e fim de uma sociedade, onde as individualidades eram irrelevantes, e a propriedade não era privada e sim coletiva; também passamos por momentos em que se debatia o caráter absoluto da propriedade, onde era possível gozar, fruir e dispor da propriedade sem qualquer preocupação com os efeitos que poderiam decorrer de tal conduta.

Se o Estado Constitucional de Direito, tem como fundamento mais importante a dignidade, valor que se configura como peça central de todos os demais princípios e

normas que regem a ordem jurídica (JÚNIOR, 2014, p. 34, 35 e 36). Sendo o Direito de Propriedade fundamental para a manifestação das individualidades e personalidade do ser humano, inclusive afetando-lhe a dignidade quando tolhido de forma injustificada, não nos resta duvidas, estamos falando de um Direito Fundamental. (MARMELSTEIN, 2014, p.155)

Com o caminhar dos tempos, e a evolução dos conceitos e conseqüentemente do significado dos direitos que o definem, a compreensão do direito de propriedade passou de dois estágios brutos; nos parágrafos anteriores percebemos que caminhou: do extremo do exercício livre e absoluto, ao ponto em que quase inexistiu, pois compreendia-se que toda propriedade pertenceria à coletividade restando suprimido qualquer traço de individualidade deste direito.

O que temos na contemporaneidade é uma compreensão deste direito que vai muito além de uma amalgama conceitual, o conceito de propriedade filtra e seleciona suas bases de sustentação no que lhe foi deixado de “melhor” à título de compreensão; tornando-se assim um direito complexo, com várias faces de concretização de diversas atribuições, para Farias e Rosenvald (2017, p. 294):

O direito subjetivo de propriedade concerne à relação jurídica complexa que se forma entre aquele que detém a titularidade formal do bem (proprietário) e a coletividade de pessoas. Nos bens imóveis, nasce a propriedade através do ato de registro, que a tornará pública e exigível perante a sociedade. O objeto da relação jurídica ora decantada é o dever geral de abstenção, que consiste na necessidade de as não proprietárias respeitarem a exercício da situação de ingerência econômica do titular sobre a coisa.

Compreender a propriedade com toda a sua acepção complexa e muitas vezes bastante abstrata é tarefa árdua, que seria praticamente impossível de não fosse pela compreensão e conceituação dos meios que a concretizam, a face visível do direito de propriedade se divide em três faculdades fundamentais, quais sejam: A faculdade de usar, a Faculdade de dispor e a Faculdade de reivindicar desse direito.

A faculdade de usar, tem origem remota, num conceito mais “puro” do direito de propriedade, provavelmente sendo a característica mais remota, que mais guarda

ligação com suas características embrionárias, guarda relação íntima com a destinação econômica da propriedade pois possibilita a exploração econômica da propriedade de forma direta e/ou indireta(através da concessão do uso pessoal do bem), puro contudo não apartado da ordem pública e jurídica vigente. (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 294)

Nesse sentido de uma faculdade de usar que remonta à genealogia do direito de propriedade, mas que se insere e se concretiza nos espaços e ordenamento público, Farias e Rosenvald (2017, p. 294) dizem que:

[...] Caso ninguém exercite poder de fato sobre a coisa, intocado restara o direito subjetivo, malgrado a desídia quanto a uma de suas faculdades. Porém, é adequado afirmar que atualmente a falta de utilização da coisa privará alguém do direito de propriedade, quando se mostrar antissocial. A desapropriação por interesse social é conseqüente a um comportamento de inação do proprietário, assim como a arrecadação pelo Poder Público, em caso de abandono (art. 1.276 do CC) ou seja, muitas vezes a faculdade de usar perde a característica de um poder e se converte em um dever jurídico para o proprietário.

Perceberemos ao desenrolar deste trabalho, que não são somente nos casos em que a faculdade de usar compreendida enquanto dever jurídico imposto ao proprietário, que o estado irá “sentir-se” legitimado a arrecadar o bem, a chamada “desapropriação por interesse social” se perfaz também em momentos de uso pleno e socialmente adequado por parte do proprietário, é o caso do tombamento, em que são as características da propriedade em si, que iram ser o fator legitimador do estado intervir na propriedade em certos casos.

Ao seu turno a faculdade de gozar da propriedade caracteriza-se na faculdade de fruir economicamente do bem, de utiliza-lo de forma que possa dele colher os frutos, naturais ou industrializados e aqueles decorrentes das relações cíveis, fruir do bem é ter a plenitude da utilização econômica da propriedade.

Para Farias e Rosenvald (2017, p. 295) dizem que:

A faculdade de fruir como relevante aspecto de exercício de poder por parte do titular do direito real consiste na exploração econômica da coisa, mediante a extração de frutos e produtos que ultrapassem a percepção dos simples frutos naturais. Quando o proprietário colhe frutos naturais (percebidos diretamente da natureza), está exercitando somente a faculdade de usar. Mas estará verdadeiramente fruindo ao obter os frutos industriais (resultantes da transformação do homem sobre a natureza) e os frutos civis (rendas oriundas da utilização da coisa por outrem). Exemplificando: ao alugar o imóvel, o proprietário receberá aluguéis pelo fato da privação do poder de atuação sobre o bem. De forma análoga, ao mutuar um capital, os juros recebidos do mutuário serão os frutos civis que o titular da quantia receberá como contrapartida do empréstimo do capital.

Portanto se faz necessária a compreensão de que o uso da propriedade no se encerra na mera faculdade de explorar (*latu sensu*) o objeto sob o qual se exerce o domínio; o uso de que falamos abarca o conceito jurídico de tal faculdade, atribuindo-lhe as peculiaridades e características econômicas.

Ao seu turno a faculdade de dispor, se configura como sendo a possibilidade de atribuir a finalidade econômica à propriedade, ao passo que se compreendida em sua acepção pura, pode-se mencionar inclusive a faculdade de destruição daquela, se assim desejar o proprietário, contudo num conceito mais amplo e constitucionalmente adequado, compreende-se que essa faculdade está muito mais relacionada a transformação e destinação econômica do bem, transformar, adaptar e transferir, doar etc. São reflexos fundamentais da faculdade de dispor. (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 295 e 296)

Nesse sentido, conceituam Farias e Rosenvald (2017, p. 295 e 296):

No direito romano, às faculdades de usar e fruir unia-se o direito de abusar, o *jus abutendi*. Essa faculdade de abusar permitia até mesmo a destruição do objeto o da propriedade. Na idade moderna, o *jus abutendi* foi substituído pelo direito de dispor, representando uma impactante transformação na instituição da propriedade.

Entende-se como dispor a faculdade que tem o proprietário de alterar a própria substância da coisa. É a escolha da destinação a ser dada ao bem, a mais ampla forma de concessão de finalidade econômica ao objeto do direito real.

Por fim analisaremos agora a faculdade em que o direito de propriedade se desdobra que certamente é a mais importante quando tratamos da temática central deste trabalho, a característica que por existir e ser completamente dissociável do direito de propriedade, torna exigível a pretensão de que se observe os limites impostos aos terceiros, principalmente em relação ao Estado, de que se observe à limitações que este direito opõem aos terceiros de forma objetiva.

A demais faculdades apresentadas até este momento, quais sejam gozar, usar (fruir) e dispor, pertencem a dimensão subjetiva do direito de propriedade sendo estas estritamente ligadas a finalidade econômica do bem, ao passo que é na faculdade de reivindicação que reside a oponibilidade objetiva do direito de propriedade, sendo portanto o braço jurídico que garantirá a existência desse instituto na ordem jurídica e social. (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 297 e 298)

No que tange a essa dimensão extrínseca do direito de propriedade, definem Farias e Rosenvald (2017, p. 296 e 297):

Enquanto as faculdades de usar, gozar e dispor se relacionam à tutela do domínio possibilitando o exercício do senhorio pelo dono sobre a coisa, a pretensão reivindicatória se qualifica como a tutela conferida ao titular consequente à lesão ao direito subjetivo de propriedade por parte de qualquer um que desrespeite o dever genérico e universal de abstenção.

Como percebemos o dever genérico e universal de abstenção não se destina tão somente a condicionar o comportamento dos terceiros particulares em relação à propriedade, gera para o estado uma obrigação de caráter dúplice, quais sejam: garantir que o proprietário desfrute de sua propriedade protegendo a de intervenções e restrições ilegítimas, bem como não interferindo na relação subjetiva entre o titular do domínio e o seu objeto, a menos que o faça para garantir a estabilidade social e viabilizar o interesse público, que por excelência é a sua principal função.

## 2.2. Propriedade no contexto da Carta Fundamental de 1988

A carta política de 1988 trouxe no bojo do Art. 5º o direito fundamental à propriedade privada, direito esse que deveria ser titularizado sempre observando os pressupostos da função social.

No título VII, da ordem econômica e financeira, traz como fundamentos a valorização do trabalho e a liberdade de iniciativa, com observância da justiça social. Dentro deste rol de direitos, surge, novamente, o direito de propriedade bem como a função social de propriedade. (LOUREIRO, 2003, p. 95)

É nítido perceber, que a Constituição deu um tratamento especial a propriedade privada, aspectos de um pensamento mais liberal são perceptíveis, e sua influência axiológica é delineada de forma tal, que não se exclua uma perspectiva mais comunitária desse direito, ao passo que se observa um caráter a priori inviolável, porém, acentuam-se os aspectos vinculados ao exercício desse direito.

A propriedade privada, está longe de ser um *right* intocável, ao passo que como define a Carta Magna de 1988, a propriedade deve atender aos requisitos da função social (artigo 5º, XXIII), em verdade o direito de propriedade só existe, quando atende a função social constitucionalmente prevista, do contrário poderá o estado intervir com a finalidade de garantir o bem estar social. (JÚNIOR, 2014, p. 563)

Ao inserir a função social de propriedade na categoria de direitos e garantias fundamentais, a constituição de 1988 inovou. Sendo tal função interpretada como regra que se destina a instrumentalizar o esboço constitucional da propriedade e em decorrência lógica dessa instrumentalização; todas as normas infraconstitucionais relacionadas com a questão da propriedade, integralizando desta forma a intenção desenhada constitucionalmente, e o efetivo exercício deste direito.

Desde a Constituição de 1946, o legislador abordava a questão da função social da propriedade como fundamento de uma modalidade de desapropriação por interesse social. (DI PIETRO, 2017, p. 205 e 207)

Com a promulgação da Constituição de 1967 e posteriormente com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a função social da propriedade passou a ser interpretada como um dos princípios da ordem econômica e social, que viabiliza o exercício da propriedade como direito individual, cuja função é estritamente social, e limita-se a desapropriação para reforma agrária, nos moldes do artigo 161. (DI PIETRO, 2017, p. 205 e 207)

O art. 5º, XXIII, da Constituição postula no sentido de que a propriedade(deverá) concretizará a sua função social. Sendo assim, o direito à propriedade deve ser tutelado sob a condição de atingir sua função social. (JÚNIOR, 2014, p.563 e 564)

O século XX foi núcleo efervescente, em face das complexidades das relações sociais e jurídicas ao passo que o Código Civil, não dava mais conta para responder as demandas sociais travadas sob sua égide; o neoconstitucionalismo surgiu para pacificar essas demandas atuais, conferindo aos cidadãos proteção contra as forças pujantes do estado e do mercado. A constituição passou a ser o centro do sistema jurídico vinculando toda legislação infraconstitucional. (JÚNIOR, 2014, p.499 e 500)

A magna carta, garante em seu art. 5º, XXII, o direito de propriedade. No inciso subsequente, determina que a propriedade atenda sua função social, inserindo-se entre os princípios da ordem econômica, tendo por objetivo assegurar a todos a existência digna. (JÚNIOR, 2014, p. 563 e 564)

O conceito de função social, não pode ser interpretado de forma individualizada a função desempenha o papel que um princípio, garantia ou instituto desempenha no contexto de um sistema, não basta ao jurista saber como o direito é feito, mas sim saber qual sua finalidade e seus objetivos, que precisam ser alcançados, porque todo direito tem a finalidade de salvaguardar o interesse público e conseqüentemente o bem-estar social. (JÚNIOR, 2014, p. 164 e 165)

A propriedade é um direito subjetivo cujo a função social a limita o seu exercício externamente. Concretizando-se tanto nas normas constitucionalmente previstas, quanto nas leis há casos em que esse instituto jurídico complexo admite que suas limitações sejam regidas por atos administrativos, como veremos adiante nos casos

em que se perfaz através do tombamento, com o intuito de preservar o patrimônio histórico e cultural. (FILHO, 2016, p.182 e 183)

Mayer citado por Baptista e Capecchi (2018) afirmou o seguinte:

[...] “o direito administrativo permanece, enquanto o direito constitucional passa” talvez no momento que fez tal afirmação (limiares do século XX), pudesse sustentar algum tipo de razão, não fosse o fenômeno do neoconstitucionalismo que se deu naquela época, colocando a constituição como pilar de validade e sustentação do ordenamento jurídico.

Em um contexto de um Direito Administrativo pensado sobre à ótica neoconstitucional, devemos observar que ao invés de rejeitar uma aproximação constitucional; o direito administrativo passou a incorporar e aperfeiçoar características de um modelo constitucional mais sensível à sociedade ao seu redor.

Concluem o raciocínio Baptista e Capecchi (2018) com à afirmação de que:

A partir do segundo pós-guerra, a ascensão do constitucionalismo e a consequente consolidação da força normativa da Constituição arrefeceu em grande medida esse debate. Ao atrair todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito privado, para a sua zona de influência, a Constituição assume uma posição de proeminência e irradia o seu projeto para todos os campos do estudo do direito. De tal forma que todas as demais normas e institutos passam a ser lidos através das lentes constitucionais.

Nesse sentido, é importante ter em mente a reflexão Diante desse contexto e em reação a barbárie de um direito condicionado ao bel sabor da legalidade que surge o fenômeno neoconstitucionalista, com suas raízes fincadas principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, com o condão de refletir os valores da sociedade, com base em uma análise muito mais preocupada com a questão da justiça em sentido amplo, onde a preocupação com questões materiais são tão relevantes quanto as formalidades do processo legislativo; o próprio poder legiferante passa a subordinar-se a constituição, assumindo um papel periférico em relação as cartas fundamentais, que agora passam a assumir papel central como pilar de sustentação de todo ordenamento jurídico, e fonte de validade que direciona e viabiliza todas as

relações jurídicas travadas sob sua égide; é a transição do antigo estado legislativo de direito, para o atual estado constitucional de direito. O estado regido pelo direito cujo o fundamento de validade e razão de ser é a constituição, e toda sua expressividade axiológica, complexidade interpretativa, e poder normativo. (JÚNIOR, 2014, p. 34, 35 e 36)

Um Direito Administrativo pensado sobre à ótica neoconstitucional, devemos observar que ao invés de rejeitar uma aproximação constitucional; o direito administrativo passou a incorporar e aperfeiçoar características de um modelo constitucional mais sensível à sociedade ao seu redor.

É importante observar que, via de regra sendo as limitações administrativas geralmente assumindo uma postura de somente impor deveres de abstenção ao administrado, ou seja, não tem as limitações administrativas a função de extrair do administrado uma atuação positiva, no sentido de praticar uma conduta. (MELLO, 2012; p. 816 e 817)

Existe no ordenamento jurídico uma exceção a esta lógica, a função social da propriedade; a ideia de função social da propriedade vai muito além dá proibição de um comportamento socialmente danoso; um comportamento que vai de contra os pressupostos de uma função social; vai além e impõe a este proprietário que dê uma destinação útil. (MELLO, 2012, p. 816 e 817)

### ***2.2.1. Principais características do direito fundamental à propriedade***

A Constituição da República Federativa do Brasil, incorpora valores e ideais políticos tanto de ordem social quanto de ordem liberal, herda aspectos do estado de bem-estar social como a busca pelo pleno emprego (artigo 170, VIII/CRFB) e aspectos iminentemente capitalistas como a livre iniciativa (artigo 1, IV e Artigo 170 Caput/CRFB) no que tange especificamente ao Direito de Propriedade a constituição define que:

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:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;”

A propriedade é indispensável para a manutenção do sistema capitalista, é a pedra de toque desse modelo econômico que fora adotado por nossa constituição, sem sombra de dúvidas a propriedade se configura como um direito fundamental, não só por ser o principal alicerce da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, mas também por ser uma forma de manifestação das individualidades e da personalidade do ser humano, nas palavras de Marmelstein (2014, p. 155): Quando a propriedade de indivíduo lhe é subtraída coercitivamente, seja pelo Estado seja por outras pessoas, o sentimento de revolta daí decorrente atinge o amago do seu ser, afetando, inclusive, uma esfera relevante de sua dignidade.

Nesse sentido compreendemos que a propriedade é um direito complexo que se perfaz pelo domínio, ou seja, o exercício “soberano” sobre as coisas suscetíveis de apreciação econômica. Essa relação possibilita aquele que tem a titularidade do direito de propriedade, esse direito abstrato e genérico encontra sua concretude e

materialidade em seus desdobramentos ou faculdades, a faculdade de fruir, a de gozar e a de dispor. (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 265 e 266)

Abordaremos detalhadamente tais faculdades mais a frente, ao passo que são fundamentais para compreender a limitação imposta pelo estado à propriedade através do tombamento de bens imóveis, e os casos em que essas limitações são compreendidas como excessivas e danosas ao exercício deste direito fundamental.

### **2.3. Função social da propriedade**

Como dito anteriormente, dada as peculiaridades de nossa constituição, em que o legislador constituinte optou por incorporar características de um estado liberal, e ao mesmo tempo traços de um estado social onde inevitavelmente haverá momentos em que os princípios fundamentais entraram em rota de colisão, essa convergência de vetores axiológicos é uma característica inerente de uma democracia, ou melhor, ampliando conceito já apresentado anteriormente, um estado constitucional, pois esta é a norma fundamental e pilar de validade de todo ordenamento jurídico vigente; democrático, pois esse é o sistema de governo previsto na constituição; que é regido pelo Direito, que é o mecanismo através do qual a constituição e normas derivadas desta é aplicada. Deve encontrar mecanismos para solucionar os eminentes conflitos que podem vir a acontecer entre Direitos Fundamentais. (MARMELSTEIN, 2014, p.365 e 366)

Os direitos fundamentais possuem regras de natureza principiológica, o que implica em dizer que, sendo assim, sua aplicação não é excludente como é o caso das normas regra, regras são mecanismos de prescrição de conduta de forma que: dada regra A deve ser adotada conduta B e não se deve praticar nenhuma outra conduta que não seja esta aquela prescrita por exemplo a regra que determina que nas rodovias os faróis dos veículos devem estar sempre acessos não existe outra hipótese de trafegar naquele lugar sem sofrer sanções que não seja a prescrita na norma(Artigo 40 do código de Transito Brasileiro), para viabilizar um princípio não é possível que se exclua o outro, os princípios gozam de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou seja estarão sempre presentes em algum grau, e esse grau de aplicabilidade dependerá sempre das peculiaridades do caso concreto, devendo o julgador realizar um exercício

de ponderação, e determinar naquele caso, qual princípio deve gozar de maior aplicabilidade. (MARMELSTEIN, 2014, p. 365 e 366)

A função social da propriedade manifesta-se tanto em direitos e faculdades como em deveres e obrigações, apresenta-se conforme as hipóteses, ou seja, como pressuposto do exercício das faculdades atribuídas, ou como dever de executar determinadas faculdades de acordo com parâmetros preestabelecidos. Trata-se do cerne parametrizador dos casos em que o direito à propriedade sofre restrições, e/ou supressão, a função social é o poder balizar um destino certo para a propriedade dando-lhe objetivos. (FILHO, 2016, p.173 e 174)

A função social da propriedade multaciona-se de acordo com as relações sociais, estas que ao seu turno são influenciadas em sua grande maioria pelas relações mercadológicas, transformando a propriedade capitalista, sem socializa-la; ao passo que a função social da propriedade se torna o fundamento do raciocínio jurídico aplicado ao instituto da propriedade, de seu reconhecimento e da sua proteção, sendo o núcleo inclusive de seu próprio conteúdo. (FILHO, 2016, p.194 e 197)

A norma que abriga o princípio da função social da propriedade incide de imediato, assim como todo princípio na Constituição de 1988. Essa norma controla o conceito de propriedade convertendo-a em um instituto do Direito Público. Por tal importância possui eficácia plena e de grande alcance. (JÚNIOR, 2014, p. 511 e 512)

Observa-se recorrente o debate que se destina a questionar se é possível que a função social da propriedade altere a função econômica do instituto jurídico sem que a lei sofra qualquer modificação. O alicerce da propriedade foi nitidamente mudado sem alterações nas normas cíveis sobre a matéria, que, aliás, persistem no conceito tradicional. Mudanças socioeconômicas aperfeiçoaram o instituto da propriedade sem mudanças no seu conceito jurídico-legislativo, pelo menos sob a ótica civil. (JÚNIOR, 2014, p. 564 e 565)

A constituição de 1967 em seu art. 160, III já condenava a concepção absoluta de propriedade, concepção essa na qual o direito de usar, gozar e usufruir se torna antagônico do interesse alheio da sociedade. (DI PIETRO, 2013, p. 135)

A constituição da república federativa do Brasil, garante em seu art. 5º, XXII, o direito de propriedade. No inciso seguinte, condiciona o exercício deste direito a observação da função social, princípio de ordem econômica, cujo objetivo é o de assegurar a todos a existência digna, de acordo com os ditames da justiça social. (DI PIETRO, 2013, p. 135 e 136)

O fenômeno do neoconstitucionalismo finca suas bases como pensamento jurídico no contexto de uma Europa despedaçada pelas atrocidades vivenciadas pelo continente em decorrência das práticas atroz do terceiro Reich, naquele momento as constituições não gozavam do status de pelar de validade normativo e axiológico, ainda não existia a supremacia material do texto constitucional como ocorre nos tempos contemporâneos. A realidade vigente naquele momento de conturbação da moral, da economia e da ordem jurídica vigente, tinha um modelo de estado que era conduzido estritamente pelos critérios delineados pela legalidade, vivia-se num modelo de estado em que o poder legislativo, era o grande responsável por dar fundamento e validade aos acontecimentos ali experimentados, o princípio da legalidade seguia absoluto, e era “interpretado” da maneira mais restritiva possível, não havendo a menor preocupação com a questão da justiça, bastava a capacidade técnica e validade formal do legislador para conferir legitimidade e aplicabilidade a uma norma jurídica, pouto importasse seu conteúdo. (FERRAJOLI apud JÚNIOR, 2014, p.34 e 35)

O século XX foi palco de uma crise, em face das peculiaridades das relações jurídicas, e principalmente por conta do fenômeno da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, o Código Civil por si só, não dava mais conta de regular as relações jurídicas que se davam no contexto desta nova sociedade (LOUREIRO, 2003, p. 90). As constituições advindas no contexto do neoconstitucionalismo surgiram para oferecer proteção aos cidadãos contra as vicissitudes sobretudo do sistema capitalista, além de garantir-lhes maiores liberdades frente ao Estado na forma de Direitos Negativos. A constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, o pilar de validade que passou a vincular toda legislação infraconstitucional. (LOUREIRO, 2003, p. 90)

### *2.3.1. Supremacia do interesse público e propriedade privada*

Um outro princípio nos é tão caro quanto, quanto o princípio da Propriedade Privada, e da função social; para a compreensão geral e eventual solução do problema proposto por este trabalho. O princípio da Supremacia do Interesse Público, apesar de não está expressamente elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais ou em qualquer outro texto normativo existe um debate doutrinário a cerca desse princípio, muitos afirmam que além de existir enquanto princípio, sua característica e sobrepujança em relação dos direitos individuais seria indispensável para própria administração do estado, nesse sentido Júnior citado por Borges (2014 p. 739) afirmou que:

Ora, se o interesse público resulta da soma dos “dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações”, é inegável que a supremacia do interesse público avulta como condição de garantia dos próprios direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Filho (2012, p. 32) afirma que:

Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra que deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular.

Já aqueles autores que são definidos ou que se definem como sendo doutrinadores modernos do direito administrativo, tem um posicionamento contrário, que com venhas aos doutrinadores clássicos é constitucionalmente mais adequado, e observa com maior rigor os pressupostos constitucionais, ao passo que este é o véis teórico fundamentador deste trabalho. A cerca do princípio da Supremacia do Interesse Público doutrinadores modernos como Aragão (2013, p. 83) afirmam que:

Dentre os autores que poderiam ser citados como defensores dessa posição, claro que com peculiaridades individuais, destacam-se DIOGO DE FIGUEREDO MOREIRA NETO, ODETE MEDAUAR E HUMBERTO ÁVILA, os quais afirmam que não há uma prevalência a priori do interesse público sobre os interesses particulares, até porque são múltiplos tanto os interesses públicos como os privados, entrando em conflito negativo e positivo entre si. Às vezes satisfazer um interesse público é um interesse “do Estado” e priorizar um interesse privado.

Devemos também levar em consideração o *status* normativo em que a doutrina clássica do Direito Administrativo coloca o “princípio” da supremacia do interesse público, vejamos, se os princípios não se submetem ao sistema de aplicação excludente, ou sistema de aplicação *all or nothing*; sendo esta, portanto uma característica das normas regra, não seria inadequado falarmos em “supremacia” do interesse público? Se o que se entende por normas princípio é que estas são aplicáveis em maior ou menor grau de amplitude, e devem quando conflitantes ser submetidas a um exercício de ponderação, em que, analisando as minúcias do caso concreto devesse o julgador decidir qual grau de amplitude que cada uma deverá alcançar; não soa correto à afirmativa de que sempre que houver um conflito entre demais princípios a supremacia do interesse público será o ponto chave da resolução, a própria característica de supremo já o desqualifica enquanto princípio em termos práticos, de fato as relações e decisões no exercício da administração pública são demasiadamente complexas, porém uma aplicação de um princípio que genericamente destruiria qualquer obstáculo de forma genérica e abstrata, nos parece uma solução inadequada; conceber o princípio da supremacia do interesse público como uma espécie de “deus ex machina”, soa como uma solução muito mais desastrosa, e inadequada. (ARAGÃO, 2013, p. 83)

Um assunto que inevitavelmente vem a ser um ponto de conflito entre os princípios da Propriedade Privada e o da supremacia do interesse público, são as questões que envolvem a intervenção do estado na propriedade, para esse trabalho analisaremos mais especificamente a desapropriação e o tombamento. Assim como a supremacia do direito público não se configura como uma categoria jurídica absoluta, o direito fundamental.

Contudo não é somente nas situações em que o proprietário não cumpre como função social da propriedade, que o estado poderá intervir, existe uma série de situações em que, sempre com o fundamento de satisfazer o interesse público, poderá o estado intervir, em diferentes graus e gerando consequências distintas, podendo as intervenções apresentar caráter definitivo ou transitório. (NADAL e SANTOS, 2009, p. 102)

Para Filho (2014, p. 608):

A competência do poder de polícia é exercida em muitos setores, relativamente a direitos profissões e atividades de diversas naturezas. A tradição do grande destaque, no entanto, à aplicação do poder de polícia no âmbito dos direitos reais, especialmente no tocante a propriedade.

Dentre as inúmeras formas de intervenção do estado na propriedade, principalmente no âmbito dos Direitos Reais, a que se destaca pelas peculiaridades que consequentemente ensejam uma série de questionamentos de ordem prática e lógico-jurídica, é a modalidade denominada de Tombamento, o tombamento recebe essa nomenclatura pois quando uma determinada propriedade, atender certas características relacionadas ao interesse público, será inscrita no chamado livro de Tombo; tal modalidade de intervenção do poder público na propriedade particular tem suas normas gerais estabelecidas no Decreto Lei, número 25 de 1937, editado pelo então presidente Getúlio Vargas, dando competência para que cada ente federativo determine normas específicas para disciplinar o tombamento, nos limites de sua competência constitucional no artigo 24, VII, CF/88. (FILHO, 2014, p. 621)

Decreto Lei, número 25 de 1937:

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º;

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.

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

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

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

Art. 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 acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do

prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado. que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

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

Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo. (BRASIL, 1937)

O tombamento encontra fundamento constitucional encontra-se no artigo 23 da Constituição Federal, o qual determina que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - Zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - Proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - Promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL, 1998)

Podem ser alvo do tombamento, para além dos bens de caráter real, os bens imateriais, os monumentos naturais, sítios e paisagens, sejam públicos ou privados, pertencentes a qualquer ente federativo. O processo para que um bem seja tombado

acontece da seguinte forma: é um procedimento administrativo de caráter vinculado, onde existe uma etapa chamada de tombamento provisório, a grosso modo falando, seria como uma espécie de medida assecuratória, que tem como finalidade, a resguardar o bem até que o processo seja concluído, ou seja, na abertura do processo, o particular já começa a experimentar os efeitos relativos uma limitação no exercício de seu direito de propriedade, o processo termina quando o objeto a ser tombado é inscrito no livro de tombo, e se for o caso, no cartório competente para o registro de imóveis, é indispensável no processo que exista um parecer técnico do Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN), seja qual for o ente federativo que queira realizar o tombamento. (NADAL e SANTOS, 2009, p.115)

Abordaremos adiante o conceito de desapropriação que se faz fundamental para compreensão do problema proposto, se faz necessária uma digressão a respeito do tema para que mais adiante façamos um paralelo entre a desapropriação e o instituto do tombamento.

### 3. DESAPROPRIAÇÃO

#### 3.1. Conceito e natureza jurídica

Abordamos nos capítulos anteriores, aspectos gerais a respeito do chamado direito de propriedade, fizemos uma dissecação dessa garantia fundamental, abordando suas principais características, quais sejam o direito de usar gozar fruir e dispor; bem como abordamos o modo de como um direito predominantemente individual, deve observar e atender demandas sociais através da observação da função social. Iniciaremos agora, uma análise do instituto da desapropriação, como e quando a propriedade pode ser alcançada pelos interesses do estado, e qual a finalidade de tal intervenção.

Segundo Justen Filho (2014, p. 630):

[...] desapropriação é um ato estatal unilateral que produz a extinção da propriedade sobre um bem ou direito e a aquisição do domínio sobre ele pela entidade expropriante, mediante indenização justa [...]. Desapropriação não é um procedimento, mas um ato; mas esse ato pressupõe, inseparavelmente, um procedimento prévio. A desapropriação é o ato final desse procedimento.

Para Di Pietro (2017, p. 237), desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização. A referida autora faz também a seguinte observação:

[...] Aparecem nesse conceito as seguintes características do instituto:

1. O aspecto formal, com a menção a um procedimento;
2. O sujeito ativo: Poder Público ou seus delegados;
3. Os pressupostos: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social;
4. O sujeito passivo: o proprietário do bem;
5. O objeto: a perda de um bem;
6. A reposição do patrimônio do expropriado por meio de justa indenização. [...]

Bastante esclarecedora é, a opinião de Meirelles (2011, p. 650):

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade do particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovado pelo Senado Federal, no caso de área não urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, §4º, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184).

A desapropriação assim entendida é procedimento administrativo que culminará em um ato, cujo o resultado será a perda de uma propriedade. Como bem ressalta Mello (2008, p. 852): “[...] pode-se dizer que desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em interesse público”.

Devemos, portanto, compreender que desapropriar é desfazer a propriedade, é privar e suprimir direitos, nada na etimologia induz à ideia de que o instituto esteja diretamente ligado à constituição de direitos em favor da administração pública. Há, entretanto, motivo, mais sério para apartar as ideias de desapropriação e de aquisição por parte do estado de direitos propriamente ditos. (SUNDFIELD, 1993, p. 41)

A desapropriação, enquanto mecanismo jurídico de intervenção do poder público na propriedade privada, aparece no ordenamento com o escopo bastante delimitado, qual seja: proteger os administrados, quando devam ser privados de seu direito de propriedade. A indenização é o controle judicial do ato administrativo de desapropriar, a desapropriação em verdade configura-se como sendo proteção ao particular, vez que o proprietário vai perder a sua propriedade, valor especialmente tutelado com status de direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, ao passo que, se deve indenizar e se exige um processo onde a intervenção do juiz concretiza o condão de controle desse instituto. O cerne do problema da desapropriação, seja ela direta ou

indireta (e nesses casos ainda de maneira mais grave) acontece à medida que ela suprime direitos. (SUNDFIELD, 1993, p. 41)

A desapropriação não se confunde com o instituto da compra e venda, essa por sua vez é bilateral e ocorre quando duas partes fazem um acordo de vontades sobre a coisa, ajustando o preço a ser pago por ela. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 631 e 632)

É importante observar que a desapropriação pode ocorrer sobre qualquer bem, a transformação do bem privado em bem público incorpora-os de forma definitiva, e neste ponto que percebemos a diferença essencial entre a desapropriação e as demais modalidades de intervenção do estado na propriedade privada, a requisição e a ocupação temporária (mais especificamente); essas modalidades de intervenção tem como característica a transitoriedade, ou seja, existe um tempo determinado ou determinável para que aquele bem retorne na sua integralidade a esfera patrimonial do particular; os bens que estão sob intervenção transitória não chegam a ser incorporados ao patrimônio público; não altera de forma definitiva a propriedade do bem. (MAZZA, 2018, p. 1040)

A desapropriação é unilateral, pois o Estado em ato de império suprime a propriedade privada sem esperar independente de qualquer manifestação de vontade daquele que detém o domínio, há casos em que se verifica possível que haja concordância entre a administração e o administrado, quanto ao valor da indenização, fenômeno mais comumente percebido quando o ato de fixação da indenização acompanhar o ato da desapropriação em si. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 631 e 632)

A desapropriação é um procedimento composto de diversos atos formais buscando alcançar o objetivo ali estabelecido. Partindo da ideia de que a desapropriação é um procedimento, tanto a Administração Pública quanto o particular (proprietário) devem praticar atos para que a desapropriação se concretize. No intuito de tutelar o interesse público e preservar os direitos e garantias fundamentais do proprietário é necessário para ambas as partes que os atos sejam formalizados. Via de regra este procedimento contém duas fases: Uma administrativa e uma judicial, na primeira o Estado torna público seu interesse na desapropriação; a segunda fase acontece nos casos em que não houve acordo com o proprietário (desapropriação consensual), o que se verifica

na maioria dos casos. Nesses termos o procedimento estende-se a fase judicial corporificada pela ação que o Estado move em face do proprietário. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 831)

Mazza (2017, p. 1040 e 1041) faz uma dissecação do que se compreende por processo administrativo no âmbito da desapropriação, para o autor:

[...] procedimento administrativo: a desapropriação tem natureza jurídica de procedimento, isto é, consiste em um conjunto ordenado de atos administrativos. Por isso, a desapropriação não pode ser tratada como um ato jurídico isolado ou um fato administrativo, tampouco como processo (relação jurídica). Além disso, ao afirmar-se que a desapropriação é um procedimento “administrativo”, reforça-se a ideia de que a referida sequência de atos se encontra submetida diretamente à incidência dos princípios e normas do Direito Administrativo, e não de outro ramo jurídico. [...]

A desapropriação tem dois efeitos, ela extingue a propriedade sobre um patrimônio ou direito e ao mesmo tempo gera a aquisição de domínio por parte do estado, no entanto, não gera transferência de propriedade, este ponto é de importante relevância para a compreensão do modo de aquisição originário. É o modo imaculado de aquisição de propriedade, ou seja, não transmite características e problemas que eram inerentes a antiga relação jurídica, outro ponto a se observar é o da diferença entre desapropriação e confisco; este último é admitido no ordenamento somente se o bem decorre da prática de uma atividade criminosa; trata-se de um ato de império (unilateral) que extingue o domínio sem qualquer tipo de indenização. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 631 e 632)

Definir a natureza jurídica do instituto da desapropriação é um trabalho complexo vez que a desapropriação é dotada de um procedimento longo e repleto de peculiaridades. De antemão, não devemos limitá-lo apenas a fase administrativa e/ou a fase judicial, sendo composto por uma variedade de atos, podemos afirmar que este é um procedimento administrativo complexo; que se dá em duas fases, uma administrativa e outra judicial. (ARAÚJO, 2014, p.1149 e 1151)

A transferência de propriedade ocorre depois de ser firmado e registrado em escritura pública, ou sendo um acordo de desapropriação amigável depois de registrada, no cartório de registro de imóveis competente à sentença que fixe o valor da indenização; a fase administrativa por si só, não tem o condão de transferir nada. (ARAÚJO, 2014, p.1149 e 1151)

A pesar de prevista no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, a desapropriação não pertence ao direito público *lato sensu*. A desapropriação possui bases constitucionais e tem no ato administrativo o pressuposto, a desapropriação vai também caminha na direção do Direito Civil, a partir do registro de escritura pública de desapropriação consensual; também tem alcance no Direito Processual Civil, nos casos em que a desapropriação é litigiosa e, portanto, judicial. (ARAÚJO, 2014, p.1149 e 1151)

É importante salientar que o modo originário de aquisição não se configura como a natureza jurídica da desapropriação, trata-se apenas de uma característica deste. De fato, a característica faz parte da natureza, mas não é suficiente para defini-la. É pacífica na doutrina a compreensão do fenômeno da desapropriação como sendo de natureza jurídica procedimental complexa, jurídica não só tecnicamente, e complexa significa dizer que se seu espectro se apresenta em variadas searas jurídicas enraizando-se pelo Direito Público e com seus galhos alcançando o Direito Privado. (ARAÚJO, 2014, p.1149 e 1151)

Como observado, vemos que a desapropriação é a modalidade de intervenção do estado na propriedade privada, sobre o fundamento de atender o interesse público, ao passo que via de regra é um ato unilateral praticado pela administração pública, que extingue a propriedade do particular e a constitui sobre a titularidade do estado.

## **3.2. Indenização**

### **3.2.1. Indenização justa e prévia em dinheiro**

Como vimos anteriormente o instituto da desapropriação não se limita a uma norma jurídica de direito público *lato sensu*, tem suas bases na constituição, e sua concretização se dá pelo direito administrativo. (ARAÚJO, 2014, p.1149, 1151)

A ideia geral de indenização esta positivada no Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Ou seja, ao experimentar um prejuízo (desapropriação) deve o particular ser indenizado de forma justa a minimizar os seus danos; assevera sobre o tema Meirelles (2013, p. 693):

Indenização prévia: indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. Este mandamento constitucional vem sendo frustrado, pelo retardamento da Justiça no julgamento definitivo das desapropriações, mantendo o expropriado despojado do bem e do seu valor, por anos e anos, até transitar em julgado a condenação. Os depósitos provisórios geralmente são ínfimos em relação ao preço efetivo do bem, o que atenta contra o princípio da indenização prévia. Essa burla a Constituição só poderá ser obviada pelo maior rigor dos juízes e tribunais na exigência de depósito prévio que mais se aproxime do valor real do bem expropriado.

A indenização via de regra deve ser previa, justa e em dinheiro. A indenização previa ocorre quando ela é paga antes do bem ser desapropriado pelo estado. O pressuposto da indenização prévia significa dizer que: só com a indenização paga, é possível a transferência compulsória. É importante salientar que não basta ser prévia, a indenização deve ser justa, deve ser suficiente para no mínimo compensar o particular na integralidade pelo prejuízo experimentado. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 866)

Ainda no que tange a indenização justa, devemos levar em consideração que esse valor em dinheiro que deve ser pago previamente deve ser substancial a cobrir a perda patrimonial do desapropriado, esse valor não só cobre o valor em si do imóvel, ele também deve cobrir as melhorias ali realizadas(se houverem); devem ser também indenizar o desapropriado pelas perdas imateriais experimentadas em decorrência do processo desapropriatório; Mazza (2018, p.1061) assevera que: “[...] lucros cessantes, danos emergentes, honorários advocatícios e despesas processuais também devem ser computados para fins indenizatórios. [...]”

No tocante ao que se entende por paga em dinheiro, considero que o posicionamento doutrinário que melhor explica o pressuposto em análise é o descrito por Carvalho Filho (2017, p. 472):

Por fim, a indenização há de ser em dinheiro, ou seja, o expropriante deve pagá-la ou consigná-la judicialmente em espécie; isso, é óbvio, para permitir que o expropriado possa, em tese, adquirir bem idêntico ao que constituiu objeto da desapropriação. Vale sublinhar que, tendo em vista não representar ganho, a indenização não se sujeita à incidência do imposto de renda.

Quanto à abrangência, já se decidiu não ser indenizável a parte da propriedade que se situe na faixa marginal de estradas de rodagem, invocando-se, como fundamento, a incidência de restrições administrativas sobre a referida área. Ousamos dissentir de semelhante posição. A existência de restrições administrativas não despoja o dominus de sua propriedade. Sendo assim, mesmo diante de tais restrições, deve ser-lhe assegurada indenização sob pena de evidente e inaceitável afronta da garantia prevista na Constituição. O que se admite, isto sim, e se trata de coisa diversa, é que seja efetuado cálculo indenizatório próprio por força da restrição administrativa. A propriedade expropriada em si, porém, deve ser indenizada.

Se houver divergência entre a área registrada e a área real do imóvel, é aquela que deve prevalecer e ser indenizada. A não ser assim, o expropriante poderia estar indenizando quem não detém a propriedade. Por tal motivo, cabe ao expropriado, em ação própria, comprovar que o remanescente foi objeto de esbulho e pleitear a respectiva indenização. Havendo excesso indenizatório, deve ficar a diferença depositada em juízo até que se complemente o registro e se defina a titularidade do imóvel.

É importante destacar que nem sempre a desapropriação será indenizável, existe uma exceção, trata-se de uma hipótese sancionatória, cuja a natureza da desapropriação encontra-se prevista no art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil. (DI PIETRO, 2017, p. 250 e 251).

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao

proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (Brasil, 2018).

Afirma ainda Di Pietro (2017, p. 250 e 251):

[...] Com exclusão dessa hipótese única de desapropriação sem indenização, em todas as demais deve ser apurado o valor considerado necessário para recompor integralmente o patrimônio do expropriado, de tal modo que ele não sofra qualquer redução. [...]

Dentro da temática da desapropriação, nos cabe ainda estudar as hipóteses de desapropriação indireta; uma “modalidade de desapropriação” que em situações bastantes peculiares pode ser percebida; é o que por vezes pode vir a ser a acontecer nos processos de tombamento.

### **3.3. Desapropriação indireta**

#### **3.3.1. *Conceito e natureza jurídica***

Não existe uma divergência muito acentuada na doutrina no afã de conceituar desapropriação indireta.

Via de regra entende-se por desapropriação indireta à apropriação ilegítima do bem particular por parte da administração pública; ocorre quando o estado intervém na propriedade privada sem observar os limites administrativos e judiciais, nesses casos o que acontece é um esbulho da propriedade do administrado. (CARVALHO, 2017, p. 1030)

Os mecanismos de intervenção do estado na propriedade privada, não se dão pela simples vontade da administração pública de incorporar bens privados; existe um procedimento a ser seguido e que deve rigorosamente observado pelo administrador público; a inobservância destes procedimentos pode acarretar em uma responsabilização do administrador público nos termos do Art. 46 da lei complementar Nº 101/200, Lei de Responsabilidade Fiscal. (MAZZA, 2018, p. 994)

Segue o conteúdo do texto normativo mencionado supra:

Art. 46. É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3o do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização (Brasil, 2000).

Como vimos anteriormente a intervenção do estado na propriedade encontra seu fundamento na supremacia do interesse público, contudo essa prerrogativa do estado deve observar os limites do devido processo legal, e da garantia fundamental a propriedade privada.

A doutrina traz alguns exemplos de desapropriação indireta, propõe Carvalho Filho (2017, p. 1030) o seguinte exercício:

[...] Suponha-se, a título de exemplo, que um determinado particular de uma propriedade no interior do país, ao chegar na cidade, se depara com um logradouro público no local onde se situava seu terreno. Ao analisar o caso, descobre que nenhuma notificação foi expedida e que, simplesmente, o ente estatal penetrou em sua propriedade, dando início à construção de uma escola pública, atualmente, em regular funcionamento.

Nesses casos, dada a destinação pública ao bem, o proprietário não pode mais reverter a situação, buscando o bem para si, restando pleitear o pagamento de justa indenização através da Ação de Indenização por Desapropriação Indireta. De fato, o proprietário requer ao juízo que reconheça a desapropriação e defina um valor indenizatório justo, uma vez que a retomada do bem ensejaria um prejuízo à coletividade e violação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. [...]

Entendimento que corrobora com o exemplo citado anteriormente é o que se respalda no Artigo 35 do Decreto Lei de número 3.365/1941; a ideia central aqui, é a de que somente pode-se afirmar a ocorrência de desapropriação indireta nos casos em que de fato se verifica uma incorporação definitiva da propriedade privada do administrado ao patrimônio da administração pública. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 479)

A ideia fundamentada no art. 35 do Decreto Lei Nº 3.365/1941 pode ser percebida na exemplificação feita por (CARVALHO FILHO, 2017, p. 479):

União se aproprie de várias áreas e instale diretamente um aeroporto ou um abrigo para treinamento de militares. Concluídas essas realizações, os bens, certa ou erradamente, passaram à categoria de bens públicos, vale dizer, foram incorporados definitivamente ao patrimônio federal. Como reverter tal situação, levando em conta que esses bens se destinam ao exercício de uma atividade de interesse público? Como ficou despojado de seu direito de reaver o bem desapropriado, ao ex-proprietário só resta agir da forma como a lei previu, ou seja, terá que se conformar com a substituição de seu direito de reivindicar a coisa pelo de postular indenização em face das perdas e danos causados pelo expropriante.

Acontece que nem sempre a desapropriação acontece de maneira escancarada, acontece que por vezes ela assume uma postura velada, o estado através de outras modalidades de intervenção, tais como o tombamento, acaba por restringir a propriedade privada ao ponto de inviabilizar o uso de suas faculdades pelo proprietário. (DI PIETRO, 2017, p. 262)

Nesse sentido exemplifica Borges (2018, p. 1044):

[...] A proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural é espécie de limitação administrativa. No entanto, se o impedimento de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou sua totalidade, deixará de ser limitação, para ser interdição de uso da propriedade, e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem, evitando-se a desapropriação indireta ou apossamento administrativo.  
[...]

É indispensável para esse trabalho mencionar também o que diz ainda neste sentido (desapropriação indireta velada), Carvalho (2017, p. 1030):

É comum se vislumbrar a desapropriação indireta em situações nas quais o Estado disfarça a retirada do bem, sob a alegação de estar incidindo intervenções restritivas na propriedade. Isso porque, se a intervenção restritiva impede o uso do bem pelo particular, ela configura verdadeira desapropriação. Nestes casos, é possível que esta desapropriação seja disfarçada de tombamento ou de servidão administrativa. Neste sentido, imagine-se um ato de tombamento que determina que o bem tombado passará a integrar o patrimônio histórico do município expropriante, sujeito à visitação popular, com a exigência de desocupação do bem pelos proprietários, de forma a se garantir a manutenção do patrimônio. Assim, não obstante o ente estatal tenha formalizado o processo de tombamento, em virtude da impossibilidade de utilização do bem pelo particular, ocorreu, de fato, uma desapropriação do imóvel.

Podemos concluir com a ideia geral de que a desapropriação assume dois aspectos, um mais escancarado, outro mais velado; como mencionado no início do tópico, não existe divergência doutrinária significativa em relação ao conceito que se atribui à desapropriação indireta; o ponto de divergência encontra-se na questão relativa a necessidade ou não de incorporação do bem imóvel na esfera patrimonial da administração pública. Consideramos que o posicionamento mais assertivo é aquele com maior abrangência da compreensão do tema, ou seja, não se fazendo necessária a perda da propriedade pelo particular; uma restrição substancial desse direito já seria elemento suficiente a se observar o ato de desapropriação indireta.

Conceituar ato administrativo, é uma função iminentemente doutrinária, vez que a lei não determina este conceito; o que implica em uma pluralidade de definições acerca do tema. (MAZZA, 2018, p. 287)

Nesta lógica assevera Borges e Sá (2018, p. 152):

O trabalho da doutrina seria o de sistematizar e o de unificar a interpretação dos institutos jurídicos. No entanto, apesar das ricas discussões acadêmicas, os doutrinadores, com sua criatividade, "inventam" os mais diferentes

conceitos, e, na maior parte das vezes, distintos entre si. Nesse contexto, encontram-se definições das mais diversas de atos administrativos.

É importante compreender que são indispensáveis para conceituação do ato administrativo alguns pressupostos, primeiramente deve-se observar quem emanou o ato, deve ser o agente da administração pública ou aquele que esteja sobre as prerrogativas desta; uma outra característica que se faz indispensável é a do conteúdo do ato, não pode o ato administrativo ter um conteúdo diferente à produção de efeitos jurídicos para atender a finalidade pública. Como último requisito entende-se que atos praticados. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 99)

É importante observar que existem dois conceitos de ato administrativo segundo o Código Civil de 2002, a codificação, diferentemente da codificação Clóvis Beviláqua não manteve o mesmo entendimento a respeito do tema contido artigo 81 da codificação civil de 1916. O ato jurídico passou a ser tratado sobre dois prismas diferentes: Em sentido estrito de ato jurídico engloba aqueles atos que embora produzam efeitos jurídicos não são praticados com esta finalidade específica; já a noção de negócio jurídico (codificação de 2002) trata de atos cujo a finalidade específica é a de produzir efeitos jurídicos. (DI PIETRO, 2017, p. 275 e 276)

No entendimento que foi firmado em relação aos atos jurídicos que tem por finalidade produzir efeitos jurídicos, os negócios jurídicos são uma forma de concretização de manifestação da autonomia da vontade(a maneira mais adequada nos tempos atuais é tratar o tema por autonomia privada); acontece que não se pode falar em autonomia privada da administração pública uma vez que esta não goza de tal prerrogativa, a verdade é que a manifestação de vontade da administração pública é aquela postulada na lei. O conceito de negócio jurídico não pode ser utilizado para caracterizar o ato administrativo unilateral. (DI PIETRO, 2017, p. 275 e 276)

“Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.” (BRASIL, 1916)

Dispositivo revogado pela lei nº 10.406 e 2002.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - Agente capaz;

II - Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - Forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002)

Dispositivo vigente.

Sobre o tema Carvalho Filho (2017, p. 99) diz que:

Quanto à manifestação de vontade, deve assinalar-se que, para a prática do ato administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva difere da que o agente manifesta nos atos de sua vida privada em geral. Por outro lado, quando pratica ato administrativo, a vontade individual se subsumi na vontade administrativa, ou seja, a exteriorização da vontade é considerada como proveniente do órgão administrativo, e não do agente visto como individualidade própria. Por isso é que, como vimos, o ato administrativo é um ato jurídico, mas não um negócio jurídico.

Podemos então conceituar ato administrativo como sendo uma declaração do estado emanada pelo administrador público ou por quem tenha sido delegada uma função de natureza pública; manifestadas juridicamente com a finalidade de cumprir a lei. O ato administrativo estará sempre sujeito ao controle de legalidade. (MELLO, 2012, p. 389)

Não é comum doutrinariamente tratar especificamente da natureza jurídica da desapropriação indireta, até mesmo porque esta guarda relação íntima com o ato administrativo, o qual já abordamos oportunamente. Ora se a desapropriação indireta é terminantemente proibida pelo ordenamento jurídico como afirma Filho (2017, p. 479): “[...] Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, como regra, os estudiosos a têm considerado verdadeiro esbulho Possessório. [...]”.

Não devemos então compreendê-la de outra forma se não como um Ato Ilícito praticado pelo administrador público; peço venhas a doutrinadores como José Dos

Santos Carvalho Filho e Alexandre Mazza que conceituam à administração pública como fato administrativo (CARVALHO, 2017, p. 479); Mazza é categórico em afirmar: “Sua natureza jurídica é de fato administrativo, materializando-se por meio da afetação fática de um bem à utilidade pública, sem observância do devido processo legal (violação do art. 5º, LIV, da CF).”

Acredito que tal definição dá um ar de isenção ao estado e administração pública, vez que fatos jurídicos são decorrentes de acontecimentos naturais e muitas vezes independem de uma conduta volitiva.

Em uma breve digressão sobre o tema dos fatos jurídicos podemos afirmar que estes se dividem em duas categorias, os fatos naturais são aqueles que independem de atuação do homem e eventualmente podem ocasionar repercussões no mundo jurídico, podemos citar como exemplo o fenômeno reprodutivo dos peixes, que implica numa proibição da pesca até findo o período (defeso), as chuvas torrenciais que eventualmente ocasionam uma série de transtornos em uma cidade e acarretam inúmeras repercussões no mundo jurídico. Existem também aqueles fatos jurídicos que tem relação com o ser humano, podemos exemplificar com nascimento, que já implica uma série das relações desde atos de registro á tutelas de direitos da personalidade, e a morte que ao seu turno desencadeia as questões sucessórias. (VENOSA, 2017 p.336 e 337)

Di Pietro (2017, p. 270) afirma que:

O Direito Civil faz distinção entre ato e fato; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente. Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.

Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado fato da Administração.

Ora se um fato administrativo é aquele que não produz qualquer efeito jurídico no direito administrativo, como podemos afirmar então que a desapropriação indireta não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo? O que percebe é que muito pelo contrário, esta enseja para o administrado uma pretensão de buscar judicialmente o reconhecimento do instituto (trataremos de tema logo adiante), me parece correto que o tratamento adequado para a desapropriação indireta é o de ato administrativo, mas não um ato ordinário um ato ilícito, pois é praticado em desconformidade com o Direito vigente.

É bastante interessante para este trabalho a lição de Venosa (2017, p. 338) sobre atos ilícitos, vejamos:

[...] Os atos ilícitos, que promanam direta ou indiretamente da vontade, são os que ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários, lato sensu, ao ordenamento. No campo civil, importa conhecer os atos contrários ao Direito, à medida que ocasionam dano a outrem. Só nesse sentido o ato ilícito interessa ao direito privado. Não tem o Direito Civil a função de punir o culpado. Essa é a atribuição do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Só há interesse em conhecer um ato ilícito, para tal conceituado como ilícito civil, quando há dano ocasionado a alguém e este é indenizável.

Ora o que nós vimos até agora? a desapropriação indireta faz o administrado alvo de tal ilícito sofrer com uma restrição ilegítima e excessiva de sua propriedade, o particular nestes casos, experimenta sim um prejuízo um dano a sua esfera patrimonial.

Devemos compreender que a indenização se concretiza quando o dano acontece, o instituto da indenização tem um espectro amplo de incidência; toda vez que alguém experimentar um prejuízo em decorrência da atuação de outrem tem-se a formação de um ilícito, independente do elemento volitivo de quem o praticou, deverá este ser responsabilizado e compelido a indenizar a quem lesou com sua conduta. (VENOSA, 2017, p. 338)

Conclui-se por tanto que nos casos em que a administração pública atua em desconformidade com o direito, extrapolando e não respeitando os limites impostos pelo direito, tem-se a prática de um ato ilícito por parte desta, no caso da desapropriação indireta muitas vezes esse ato é velado e vem na forma de uma limitação ao uso da propriedade gerando para o particular o direito a ter seu dano reparado na forma de indenização, atendendo ao recorte metodológico deste trabalho, iremos tratar e explicar os casos em que essa desapropriação indireta “velada” se configura nas restrições impostas pelo tombamento de bens imóveis.

### **3.3.1.1. Aspectos processuais**

Já que abordamos a questão da desapropriação indireta, entendemos que trata-se de um ato ilícito da administração, que essa resulta em uma restrição excessiva do direito de propriedade; nos resta agora compreender os mecanismos que podem ser utilizados para que o administrado possa proteger sua propriedade e/ou ter seu dano reparado.

Existe legislação específica (Decreto-lei n. 3.365/41) e categórica no sentido de que, vez que o patrimônio do particular é incorporado ao patrimônio público não pode este se utilizar de mecanismos processuais possessórios ou reivindicatórios (MAZZA, 2018, p.1054, 1055)

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos (Decreto-lei n. 3.365/41).

Carvalho Filho (2017, p.479) comenta o dispositivo:

[...] Esse dispositivo cuida da hipótese do denominado fato consumado. Havendo o fato incorporação do bem ao patrimônio público, mesmo se tiver sido nulo o processo de desapropriação, o proprietário não pode pretender o retorno do bem a seu patrimônio. Ora, se o fato ocorre mesmo que o processo

seja nulo, pouca ou nenhuma diferença faz que não tenha havido processo. O que importa, nos dizeres da lei, é que tenha havido a incorporação.

Dessa forma só resta ao administrado que teve seu direito violado ingressar com ação indenizatória por desapropriação indireta; o resultado prático dessa ação é a inversão do momento indenizatório; que deveria ser realizado antes de desapropriado o bem; esse direito a indenização tem seu fundamento no artigo 5º, XXIV, Constituição da República Federativa do Brasil. O decreto em seu art. 27 o Decreto-lei nº 3.365/41 estabelece os critérios de fixação do valor indenizatório, e em seu art. 15-A, § 3º.

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu. (BRASIL, 1941)

Art. 15-A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

[...] § 3º. O disposto no caput deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

Mello (2012, p. 906 e 907) considera o dispositivo inconstitucional pelos seguintes motivos:

[...] De acordo com o parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei 3.365, parágrafo, este, ostensivamente inconstitucional - pois incluído pela MP 1.774-22, de 11.2.1999 (hoje 2.183-56, de 24.8.2001), obviamente expedidas

fora dos pressupostos de urgência e relevância, como todas as outras - mas que persistira no sistema, com o beneplácito do STF, maiormente depois da EC 32: “extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

É importante ressaltar que não existe consenso doutrinário a respeito da impossibilidade do administrado que teve sua propriedade lesada, a proteção possessória através das ações de reintegração de posse quando já consumado o esbulho ou nos casos em que há um receio legítimo por parte do possuidor direto e indireto de que sua propriedade venha a ser maculada por uma intervenção que passa a restringir-lhe o direito, uma turbação ou um esbulho iminente. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 480)

Nos casos em que as restrições impostas pelo tombamento se configurarem como uma ameaça de turbação da propriedade iminente ou já configurada à propriedade do administrado, estaria este legitimado à ingressar com ações que buscassem a manutenção da posse bem como ser indenizado através da ação indenizatória por desapropriação indireta, uma vez que teve o seu direito de propriedade suprimido. (MAZZA, 2018, p. 1055)

Nos tópicos que seguem serão dedicados a entender a intervenção do estado na propriedade por meio do tombamento, e especificar as circunstâncias e situações que ocorrem e quando devem ou não ser compreendidas como ato de desapropriação indireta, gerando para o proprietário, como acabamos de ver; a pretensão judicial de proteger a sua propriedade, de ser devidamente indenizado pela prática de um ato ilícito por parte da administração pública.

## 4. TOMBAMENTO

### 4.1. Conceito e natureza jurídica

Inicialmente se faz necessário realizar uma distinção entre tombamento e preservação, muitas vezes os institutos são tratados como sinônimos, mas na realidade um é o gênero do qual o outro é espécie. A preservação compreende toda qualquer ação do estado no sentido de preservar os fatos e valores sociais da nação. (RABELLO, 2009, p.19 e 20)

A preservação não necessariamente pressupõe uma intervenção ou restrição do estado à particulares; um detalhe importante é que a proteção no sentido de preservação patrimonial se dá através de um mandamento da lei, ou seja, não pressupõe a prática de um processo ou de ato administrativo, diferente do tombamento que se constitui no momento em que o ato administrativo de inscrição no livro do tombo como pode-se observar das disposições dos Decreto-lei N° 3.924/1961 e o de N° 25 de 30 de novembro de 1937. (RABELLO, 2009, p.19 e 20)

Decreto-lei N° 25 de 30 de novembro de 1937:

Art. 1º Constituem 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.

Decreto-lei N° 3.924/1961:

Art 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram

ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal.

Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição.

Art 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.

b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;

c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

Art 3º São proibidos em todo o território nacional, o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas.

Perceba que enquanto o Decreto-Lei Nº 25/1937 traz a ideia “só serão considerados parte integrada no patrimônio público” depois de devidamente inscritos em um dos 4 livros de tombo, ao seu turno o Decreto-Lei Nº 3924 de 1961 é categórico em afirmar que: A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados; enquanto o

tombamento incide sobre um objeto específico e demanda um processo para que tal seja incorporado ao patrimônio público, a preservação já traz no bojo da lei genérica e abstrata a ideia de ser prescindível qualquer tipo de processo e/ou prática de ato administrativo.

Veza realizada a distinção entre preservação e tombamento, nos é fundamental no momento abordar os conceitos e características específicos deste.

O tombamento está previsto no artigo 2016 da Constituição da República Federativa do Brasil é uma das espécies de intervenção do estado na propriedade privada, e tem o condão de limitar direitos inerentes a posse. (NETO, 2014. p. 418)

Tombar é o ato de levar a registro o tombamento por intermédio de um ato administrativo os bens dotados de valores históricos, culturais, artísticos, paisagísticos e ecológicos, arqueológicos e etnológicos. (SIRVINKAS, 2018 p. 569)

Conceituação bastante completa é a de Amado (2017, p. 274):

[...] Em sentido amplo, pode ser definido como um procedimento administrativo que veicula uma modalidade não supressivo de intervenção concreta do Estado na propriedade privada ou mesmo pública, de índole declaratória, que tem o condão de limitar o uso, o gozo e a disposição de um bem, gratuito (em regra), permanente e indelegável, destinado à preservação do patrimônio cultural material (móvel ou imóvel), dos monumentos naturais e dos sítios e paisagens de feição notável, pela própria natureza ou por intervenção humana.

Já em sentido estrito, o tombamento é o ato administrativo de inscrição de um bem material em um dos Livros de Tombo.

O estado pode e deve intervir na propriedade privada através do tombamento com a finalidade de proteger o patrimônio nacional, estamos falando aqui das próprias bases sob qual a nação foi construída, a história da nação reconhecida por todos, e que faz parte da cultura de todos, sendo fundamental para compressão de fenômenos contemporâneos. Sendo assim o bem particular que compreende essas características passa a ser de interesse público não podendo de forma egoística o

proprietário titularizar de maneira plena os direitos inerentes à propriedade. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 442)

[...] O Tombamento, como qualquer outra Lei Federal, Estadual ou Municipal, estabelece limites às vontades individuais que ameacem um bem de interesse público, com o objetivo de resguardar e garantir direitos e interesses do conjunto da sociedade. Não é autoritário porque sua aplicação é executada por representantes da sociedade civil, sendo consultado um Conselho do Patrimônio Cultural composto de representantes das várias dimensões sociais e de órgãos públicos com poderes estabelecidos pela legislação, além de não alienar o seu proprietário do bem que é de interesse comum. [...] (SECRETARIA DA CULTURA, 2018)

Via de regra o tombamento será sempre observado como uma restrição parcial do estado à propriedade privada, restrição parcial pois a ideia é que este não impeça o proprietário de exercer os direitos do domínio (gozar, fruir e dispor); sendo assim a regra é que este não seja indenizável, porém nos casos em que o particular demonstre que realmente experimentou prejuízos em decorrência das restrições impostas pelo tombamento. (DI PIETRO, 2017, p. 217)

Se faz indispensável para o enquadramento do tombamento na sua devida natureza jurídica realizar análise de como ele é instituído, o procedimento para que um bem seja tombado.

O tombamento decorre da expressa manifestação de vontade do poder público, materializa-se por ato administrativo que acontece depois de ocorrido processo administrativo em que tenha sido oportunizado ao particular o contraditório. (CARVALHO, 2017, p. 1053)

O procedimento tem início quando o poder público identifica o bem de valor cultural, cujo a proteção é imprescindível para preservação histórica daquele valor. Na esfera de competência da união o processo de tombamento tem seu início com a análise técnica do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que é o órgão responsável por identificar o ponto central da motivação do tombamento conforme Art. 7º do Decreto Lei Nº 25 de 1937. (SIRVINSKAS, 2018, p. 571)

O órgão consultivo da administração pública(em nível federal IPHAN, em nível estadual Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia) deverá notificar o proprietário dentro de um prazo de 15 dias a contar do recebimento da notificação, devendo este, caso discorde, impugnar o ato fundamentado os motivos da impugnação, caso não haja impugnação do administrado dentro do prazo estipulado, o presidente do conselho consultivo o diretor do órgão deverá por simples despacho realizar a inscrição da propriedade no livro de tombo. (SIRVINSKAS, 2018, p. 571)

Existe uma nítida manifestação de vontade por parte de órgão da administração pública, no sentido de atribuir a propriedade alvo do tombamento importância cultural e histórica, bem como tutela para proteção destas características, ou seja, tratamos aqui de um ato da administração, e não de um fato, como já abordamos essa distinção anteriormente, não se faz necessário reabrir a discussão.

Assevera Alves (2018) que:

[...] Na verdade, não se trata de um ato vinculado, mas sim discricionário do poder público, haja vista ter deixado a lei à escolha do administrador a decisão de tombou ou não, mesmo que o tombamento seja determinado por lei; é a administração quem valora a conveniência e oportunidade de realizá-lo. Há discricionariedade por ocasião da edição do ato, até porque o tombamento impõe vários encargos ao ente federativo que determinou a medida, como a fiscalização e, eventualmente, a reparação ou conservação. Mesmo que a medida seja determinada pelo órgão competente, a decisão precisa ser homologada (no caso de tombamento federal) pelo Ministro da Educação, nos termos do art.1º da Lei nº 6.292/75, o que torna mais nítido o aspecto da discricionariedade. [...]

Dentro das formas de intervenção do estado na propriedade, muito se discute a cerca de que natureza as restrições que são impostas pelo tombamento, nesse ponto existe divergência doutrinária. (DI PIETRO, 2017, p. 225)

A polemica se dá em torno de três correntes centrais, uma delas acredita que o tombamento é uma limitação administrativa ao direito de propriedade; a os que compreendam o instituto como servidão administrativa e por fim os que vislumbram o

instituto como sendo uma forma de intervenção autônoma. (AMADO, 2017, p.274 e 275)

Para Sirvinskas (2018, p. 569):

[...] É um instrumento jurídico de tutela do patrimônio cultural nacional (brasileiro) previsto na Constituição Federal (art. 216, § 1º). Assim, o patrimônio cultural integra o meio ambiente por ser um bem de uso comum do povo, cuja proteção tem por finalidade a preservação e a conservação da memória nacional. Trata-se, pois, de uma limitação administrativa da propriedade privada ou pública.

O bem tombado, por seu turno, tinha por natureza o interesse público, consoante se verifica no art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37. No entanto, com o advento da Constituição Federal o bem tombado deixou de ser um bem de interesse público. Trata-se de bem de uso comum do povo, ou seja, um bem difuso

Di Pietro faz a seguinte reflexão:

Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado. Preferimos, por isso, considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão. Nesse ponto, evoluímos um pouco em relação ao entendimento adotado na tese “Servidão Administrativa

No mesmo sentido de superar a compreensão do tombamento como sendo espécie de servidão administrativa, está o professor Mello (2012, p.927 e 928), que pontua:

[...] Distinguem-se os institutos do tombamento e da servidão em que: a) a servidão é um direito real sobre coisa alheia ao passo que o tombamento também pode afetar um bem próprio e ser satisfeito mesmo quando o bem de terceiro é expropriado, sem que com isto se extingam os gravames inerentes ao tombamento, não vigorando o princípio de que *nemini res sua servit*.; b) a servidão não impõe ao titular do bem tombado o dever de agir,

pois não se lhe exige um *facere*, mas *tao so* um *pati*, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conserva-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias; c) demais disto, as servidões só oneram bens imóveis e o tombamento tanto pode se referir a bens imóveis quanto a bens moveis, como quadros, estatuetas, joias e outros objetos de interesse cultural.

Entendimento bastante fora da curva é o de Mazza (2018, p. 1001), para o referido autor: “O tombamento tem natureza de direito pessoal e sua implementação depende, segundo maior parte da doutrina da expedição de ato administrativo discricionário”.

O entendimento que melhor se adequa a este trabalho é o que o tombamento se configura como sendo uma categoria de intervenção autônoma na propriedade privada, tem uma fisiologia peculiar, não podendo ser enquadrado nem na servidão. (CARVALHO FILHO, 2017 p. 444)

No âmbito da limitação administrativa, não pode se enquadrar por possuir uma restrição que recai sobre uma propriedade específica, se distancia de aspectos da servidão administrativa no quesito da falta da coisa dominante, que segundo Di Pietro é: “[...] essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado.[...]”

## **4.2. Modalidades**

A doutrina costuma dividir o tombamento em três modalidades distintas, cada uma abordando uma característica do instituto; geralmente o instituto é classificado da seguinte forma: quanto ao procedimento, quanto à eficácia e quanto aos destinatários. (MIRALÉ, 2018, p. 808)

Quanto analisarmos o tombamento sobre o espectro do procedimento que o institui, deveremos analisar os seguintes aspectos:

Quando temos por bem a ser tombado uma propriedade que já integra à esfera patrimonial da administração pública, convencionou-se chamar essa intervenção de tombamento de ofício; essa modalidade de tombamento está disciplinada no art. 5º do Decreto-lei Nº 25/1937. Nesses casos o procedimento se dá de maneira simplificada; basta que um ofício seja expedido para a autoridade que tem a tutela do bem a ser tombado; com a notificação já começam a produzir efeitos as restrições (DI PIETRO, 2017, p. 218).

[...] Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos. (BRASIL, 1937)

O tombamento pode ser voluntário e “é aquele em que o proprietário consente no tombamento, seja através de pedido que ele mesmo formula ao Poder Público, seja quando concorda com a notificação que lhe é dirigida no sentido da inscrição do bem.” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 444). Ou seja, havendo a anuência do particular, e observando os pressupostos do artigo 7º do Decreto-Lei 25/1937.

[...] Art. 7º Proceder-se-à ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo. (BRASIL, 1937)

O tombamento poderá ser compulsório, e acontecerá quando o particular não anuir com a intervenção, quando isso acontecer deve ser instaurado procedimento administrativo, sempre observando o direito de contraditório do administrado; a matéria encontra-se disciplinada no Art. 8 e seguintes, do Decreto-lei Nº 25 de 30 de novembro de 1937. (CARVALHO, 2017, p. 1050)

[...] 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 acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado. que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso. (BRASIL, 1937).

No que tange aos aspectos da eficácia temos duas modalidades, o tombamento provisório e o tombamento definitivo. (MIRALÉ, 2018, p. 808)

O que se entende por tombamento provisório é que este seria uma tutela provisória de natureza acautelatória (art. 294/CPC) do processo administrativo, acontece no desenrolar natural do procedimento administrativo, e tem por objetivo a garantia do resultado útil do processo que ao fim realizará inscrição no registro de imóveis. (CARVALHO, 2017, p. 1050)

É fundamental ter em mente que o tombamento provisório apesar de ser na grande maioria de efeitos equipado ao definitivo, por ter um caráter de cautelar deve perdurar por pouquíssimo tempo e logo ser convertido em definitivo; nas palavras de Meirelles

(1985, p. 3): “ocasiona uma restrição brutal ao direito de propriedade” e por isso o processo administrativo deve ser célere em constituir o tombamento.

Sobre o tombamento definitivo Fiorillo (2013, p. 433) afirma que:

[...] O tombamento definitivo é possível nas três vias: executiva, legislativa e jurisdicional. Ocorrerá na primeira quando o processo tiver sido concluído pela inscrição dos bens no competente Livro do Tombo. Acontecerá na segunda quando do início da vigência da referida lei que o instituiu. Por fim, na terceira, quando sobre a sentença que tiver determinado a inscrição do bem no respectivo Livro do Tombo pairar a autoridade da coisa julgada.

No que tange aos destinatários o entendimento é de que: “O tombamento será individual, quando atingir bem determinado, e geral, quando disser respeito a todos os bens de determinada área” (MIRALÉ, 2018, p. 808). Segue com o mesmo entendimento Di Pietro (2017, p. 2018).

O posicionamento firmado acima no que tange a classificação como geral não me parece interessante, percebemos nas digressões realizadas ao longo deste trabalho que o tombamento tem uma natureza individual, o que significa dizer que o ato administrativo de intervenção na propriedade privada, só afeta a esfera jurídica do proprietário de bem tombado. O tombamento de caráter geral não faz sentido quando confrontado com as demais características do instituto, este pressupõe-se genérico e abstrato. De fato, não é incomum encontrar em cidades históricas como Salvador - BA e Ouro Preto - MG zonas que são “praticamente inteiras” afetadas por tombamento. O que acontece na realidade é que cada imóvel ali sofreu um processo administrativo de tombamento por vez; não houve um “processo coletivo, difuso” isso seria impossível; a abrangência da sequência de atos por vezes pode dar essa falsa aparência de que a área foi inteiramente tombada por um único ato. (CARVALHO FILHO, 2017, p.445, 446)

#### **4.2.1. Objeto**

É recorrente quando tratamos de tombamento a falsa crença de que o tombamento somente se aplica a bens imóveis. Entretanto, está categoricamente postulado no decreto

25/37 que são sujeitos ao tombamento tanto os bens imóveis, quanto os imóveis desde que estes detenham as condições necessárias a serem considerados como relevante histórico e culturalmente. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 443)

“[...]Art. 1º Constitui 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” (BRASIL, 1937)

A quem defenda que o tombamento possa ser aplicado a qualquer tipo de bem, desde que este reúna as características necessárias a ser compreendido como relevantes a preservação da memória nacional, esses bens além de móveis e imóveis, poderiam ser também de ordem imaterial. (DI PIETRO, 2017, p. 2017)

Da mesma forma que não concordo com a possibilidade de tombamento geral, também não concordamos com a possibilidade de se tutelar por intermédio do tombamento os bens imateriais.

É importante a ressalva de que os bens de ordem imaterial são tão dignos de proteção pelo ordenamento jurídico quanto os bens materiais, os bens imateriais devem ser protegidos por instrumento adequado, qual seja: o registro nos órgãos de Proteção ao Patrimônio Histórico Artístico e Cultural; a matéria está disciplinada no Decreto-lei Nº 3.551 de 2000:

[...] Art. I. Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Ponto nevrálgico da discussão está no fato de que as características dos bens imateriais não são compatíveis a tutela do instituto jurídico do tombamento, vejamos: como se operariam as determinações que impedem a destruição do bem, Art. 17 Decreto-lei 25/37; é incongruente também com o Art. 16 do mesmo decreto, que disciplina o furto de bens tombados; ainda há as questões mais flagrantes, como a prevista no Art. 14 do mesmo decreto “A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.”

Com venhas a quem compreende pela possibilidade de se tombar bens imateriais, não é esta a posição que melhor se adequa a este trabalho. (CARVALHO, 2017, p. 1049)

Existe celeuma quanto à possibilidade de serem objeto do tombamento para além dos bens privados; os de natureza pública, que integram o patrimônio da administração pública, o STJ já teve oportunidade de apreciar o tema, oportunidade em que decidiu:

[...] Superior Tribunal de Justiça RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.952 - RJ (2004/0130728-5) RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON RECORRENTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROCURADOR: ANTONIO DE F. MURTA FILHO E OUTROST. ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO IMPETRADO: PREFEITO MUNICIPAL DE NITERÓI EMENTA

ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL.1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito

Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional.<sup>2</sup> Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação.<sup>3</sup> O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.<sup>4</sup> Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado.<sup>5</sup> Recurso improvido.

No estudo das modalidades foram feitas reflexões a respeito do tombamento de ofício, de forma que é cristalino o entendimento de que é totalmente possível o tombamento de bens públicos, desde que notificada a autoridade que notificada a autoridade que detém o imóvel (Art. 5º do Decreto-lei 25/1937).

### **4.3. Indenização**

#### **4.3.1. Posicionamento doutrinário**

Relembraremos aqui brevemente o capítulo que tratamos da conceituação e natureza jurídica do tombamento, como mencionado acredito que a doutrina mais acerta é a que vai em direção a conceituar o tombamento como uma intervenção autônoma, que assume algumas características tanto da servidão quanto da limitação administrativa, mas não se confundem com esses institutos.

Nesse sentido é importante observar que no tocante a restrição imposta pelo tombamento por muitas vezes causa restrição que atinge a substancialidade o direito de propriedade, seja com a supressão substancial do direito de construir, seja reduzindo o valor da propriedade inscrita no livro de tomo (é importante observar que a desvalorização comercial do imóvel nem sempre acontece, há situações em que não se percebe diferença, ou chegam a valorizar). Diferente da limitação administrativa gratuita (não indenizável) no caso dessa as limitações ao direito de propriedade quase sempre se percebem mínimas, em geral atingindo zonas inteiras

e não somente um indivíduo, é o exemplo da limitação de gabarito em zonas próximas a aeroportos, ou do recuo de permeabilidade nas zonas urbanas (MEIRELLES, 1985, p. 4 e 5)

Em relação ao que foi mencionado a respeito da distinção em que o tombamento a priori atinge apenas um indivíduo ao contrário da coletividade, fundamenta Meirelles (1985, p.5):

[...] E justifica-se que assim seja, pois essa regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo.

Nem todas as posições são radicais no sentido de tutelar o direito de propriedade, existem visões mais ponderadas a respeito do tem, cuja a análise casuística se faz na maioria dos casos, existe aqui a ideia de que deve se observar o “uso natural” da propriedade como sendo o parâmetro para verificar se o direito em cheque está ou não sendo violado. (RABELLO, 2005, p. 144)

Rabello (2005, p. 143) diz que:

[...] O chamado “uso natural” da coisa, portanto, deve ser observado não só do ponto de vista da sua natureza física, como também do ponto de vista social (costume e abrangência especial); quando determinada propriedade é atingida com uma limitação tal que lhe distorce o “uso natural”.

O raciocínio levanta uma questão, quando esse “uso natural” se verifica violado? Não há como fazer uma definição teórica desse limite, assim fica a cargo da casuística, do administrador, e do judiciário eventualmente estabelecer as balizas para cada caso, e encontrando o equilíbrio entre função social da propriedade e suas características inerentes(usar, gozar, fruir e dispor); a função econômica da propriedade propriamente dita. (RABELLO, 2005, p. 144)

[...] A adequação dos limites da limitação administrativa do tombamento ao direito de propriedade não está prevista no direito positivo brasileiro; e, de fato, seria muito difícil especificá-los, dada a diversidade de hipóteses. A eventual contraposição que se dá aí entre o interesse público, na constituição de um direito público pertencente a toda comunidade, sobre um bem privado, terá que ser avaliada, no tocante a seus limites, para se determinar outros efeitos, caso a caso, tendo-se como parâmetro o ordenamento jurídico como um todo, no momento da sua aplicação pelo jurista. (RABELLO, 2005, p. 145)

Di Pietro (2017, p. 216 e 217) assume uma postura semelhante, num entanto não avança tanto no assunto, e afirma que: “O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização [...]” no enteando à referida autora não deixa de fazer comentários no sentido de que: “[...] para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.” (DI PIETRO, 2017, p. 216 e 217)

Carvalho (2017, p. 1053) faz uma afirmação interessante, que leva em consideração os aspectos muitas vezes ignorados pela doutrina, afirma que:

[...] Caso se demonstre que o tombamento enseja gastos desproporcionais para a manutenção do bem, o poder público terá o dever de indenizar por estes prejuízos devidamente comprovados, uma vez que a manutenção ordinária do bem não geraria encargos de tal monta.

Por fim, tem-se a postura que considero a mais radical, Mello (2012, p. 927 e 928) vai além de qualquer critério de razoabilidade para afirmar:

[...] Como regra, o tombamento exige uma indenização ao particular cujo bem seja destarte afetado. Sem embargo, quando abrange toda uma cidade ou quase toda, como ocorreu com Parati ou Ouro Preto, os imóveis não se desvalorizam e o tratamento a que se sujeitam os administrados é uniforme, inexistindo razão para que sejam indenizados, até porque, em muitos casos, ocorrera valorização dos imóveis atingidos. Pelo contrário, na esmagadora maioria dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico, quando são atingidos algum ou alguns especificados bens há uma individualização do bem objeto de ato imperativo da Administração, que traz consigo um prejuízo

econômico manifesto para o proprietário e, assim sendo, e de rigor que este seja indenizado.

Da posição radical de Celso Antônio Bandeira de Mello, o único ponto que se adequa a este trabalho é o de que o tombamento por afetar um indivíduo, deveria em tese ser indenizado em decorrência do princípio da solidariedade social mencionado anteriormente; como já exposto supra, nos alinhamos com o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho no sentido de que não existir possibilidade de por um único ato administrativo se declarado o tombamento de toda uma área; também não concordamos com a ideia de que necessariamente o resultado do tombamento será um “prejuízo econômico” há de ser mais cauteloso e analisar o caso concreto; e analisar a lógica da desapropriação indireta pelo escopo da razoabilidade e da proporcionalidade. À intenção aqui não se constitui no sentido de demonizar o instituto do tombamento, muito menos isentar à administração pública de suas obrigações.

#### **4.3.2. Posicionamento jurisprudencial**

Existem 3 decisões paradigmáticas no âmbito do STF, realizaremos breve análise desta com a finalidade de verificar sua aproximação ou não com os posicionamentos doutrinários trados supra.

O primeiro caso trata da desapropriação da Casa Modernista o imóvel foi projetado no ano de 1920 pelo arquiteto Gregori Warchavchick, indiscutível era o tombamento em si, dada a importância do personagem:

[...] Gregori Warchavchik chega ao Brasil em 1923, para trabalhar na Companhia Construtora de Santos e aí ficou até o ano de 1927 quando abre escritório próprio, naturaliza-se brasileiro e se casa com Mina Klabin (3). A sua fase inicial como arquiteto autônomo é a mais conhecida, discutida e também permeada de críticas, sendo que a principal contribuição do arquiteto, decorre do seu pioneirismo na introdução da linguagem moderna na obra inaugural, de 1927, primeiro projeto autoral em solo brasileiro, a sua

residência da Rua Santa Cruz na Vila Mariana, em São Paulo.  
(GHIRARDELLO e RAMOS, 2016)

O embate jurídico se dava em torno das restrições impostas pelo tombamento ao imóvel em questão, vamos a decisão.

AI 127174 / SP - SÃO PAULO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 10/05/1995 Publicação DJ 31/05/1995 PP-15858:

[...] Trata-se de ação ordinária promovida por MAURIS ILIA KLABIN WARCHAVCHIK e outros, contra a FAZENDA DO ESTADO e a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, objetivando uma indenização correspondente ao valor do imóvel de sua propriedade, sob a alegação de que o tombamento e outras providências tendentes à sua conservação, esvaziou economicamente seu direito de propriedade. (STF, 2018)

A fazenda pública do Estado de São Paulo, utilizou em sua defesa argumento doutrinário clássico e de maior abrangência, no sentido de que via de regra não se deve indenizar o tombamento, pois este não retira a titularidade da propriedade do administrado. (MIRALÉ, 2018, p. 812 e 813)

A discussão está centrada na amplitude das limitações ao direito de propriedade ocorrente no caso concreto. Segundo a “Fazenda do Estado não está o dono impedido de usar o imóvel, e não havia qualquer intenção de retirar-lhe essa condição, porque se assim fosse se valeria ela diretamente do processo expropriatório (STF, 2019).

O ministro Celso de Mello decidiu com base nos seguintes argumentos:

[...] Já os Autores sustentam a tese de que o ato governamental extravasou o simples tombamento e provocou o esvaziamento do valor econômico da propriedade, o que acarreta a obrigação de prestar a indenização integral contra a incorporação. Essa última colocação foi aceita pela Câmara, que sustentou com clareza: “Vale dizer que o caso dos autos não evidencia uma mera limitação administrativa, mas verdadeira interdição integral do uso da

propriedade, semelhante a uma desapropriação indireta, passível de ser indenizada, como bem demonstrou Hely Lopes Meirelles no parecer que foi encartado aos autos: 'E justifica-se que assim seja, pois essa regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aqueles ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo' (fls. 137);" (fls. 1420). Assim, não se discutiu o cânone constitucional da proteção ao direito à propriedade, previsto no artigo 153, § 22, da Carta Magna, mas apenas a extensão de sua limitação, admitida no mesmo artigo, em razão do interesse social, em termos econômicos. (STF, 2019)

"[...]Sendo assim, tendo presentes estas razões, e considerando, ainda, o próprio teor do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – em tudo obsequioso para com os postulados constitucionais que regem o tombamento e o direito de propriedade em nosso sistema normativo -, nego provimento a este recurso, por não vislumbrar a ocorrência, no caso, de qualquer situação configuradora de ofensa ao texto da Carta Política (CF/69). Publique-se. Brasília, 10 de maio de 1995. Ministro Celso de Mello Relator. (STF, 2019)

Percebemos no caso, que o relator decidiu em conformidade com posicionamentos que vão no sentido de que: quando esvaziadoras do Direito de Propriedade, devem ser compendiadas como ato de desapropriação indireta, e por tanto indenizáveis.

Em 2002 o ministro viria a enfrentar novamente o tema, só que dessa vez no plenário, manteve a coerência, e decidiu em conformidade com o julgamento anterior, só que nesta oportunidade foi derrotado por maioria; que entendeu não se tratar essa situação de ato de desapropriação indireta.

[...] o STF deu provimento a agravo do Município do Rio de Janeiro num caso envolvendo proprietário de um imóvel residencial no bairro do Cosme Velho, sujeito a regras específicas de uso devido à necessidade de preservação do conjunto arquitetônico do bairro. (STF, 2019)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO

COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE: 121140 RJ, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 26/02/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00272)

[...] Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que o decreto municipal que transformou o bairro em área de proteção não violou o direito de propriedade nem extrapolou a competência legislativa do município. “Se toda uma rua ou bairro é alvo de tombamento, fica muito difícil para o proprietário de um dos imóveis alegar o prejuízo necessário para a configuração da desapropriação indireta”, assinalou o ministro Joaquim Barbosa. (STF, 2019)

Dez anos depois novamente o tema das limitações impostas pelo tombamento e da desapropriação indireta iram bater nos portões do supremo:

[...] Ementa: AVENIDA PAULISTA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TOMBAMENTO. SÚMULA 279. Na desapropriação indireta, destaca-se a dimensão individual do prejuízo sofrido com o tombamento. Demonstração, no acórdão recorrido, do dano especial sofrido pelo proprietário, o qual resultou no esvaziamento do direito de propriedade. Inviabilidade da pretensão recursal de reexame das premissas fáticas do acórdão (súmula 279 desta Corte). Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - RE: 361127 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 15/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012).

O ministro Joaquim Barbosa deu voto interessante, no sentido de mais uma vez pontuar a doutrina de Meirelles (1985, p. 4 e 5), no sentido de que o caráter individual ou coletivo do tombamento é um fator determinante para que se determine o caráter de desapropriação indireta ao instituto, vejamos:

[...] Não é qualquer tombamento que dá origem ao dever de indenizar: é preciso demonstrar que o proprietário sofre um dano especial, peculiar, no direito de propriedade. Em um exemplo que se extrai da jurisprudência desta Corte, se toda uma rua ou todo um bairro é alvo de tombamento, fica muito difícil para o proprietário de um dos imóveis alegar o prejuízo necessário para a configuração da desapropriação indireta. Foi a situação fática tratada, por exemplo, no RE 121.140, rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ23.08.2002, no qual se discutiu o tombamento do bairro de Cosme Velho e de parte do bairro das Laranjeiras, na cidade do Rio de Janeiro. (STF, 2018)

Apesar de não concordar com a ideia de que existe a possibilidade de haver um “tombamento geral” e que na verdade o que existe é uma série de atos individuais, que acabam por culminar em uma espécie de “zona tombada”. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 445 e 446)

Devo reconhecer o sucesso da tese do princípio da solidariedade sustentada por Meirelles (1985, p. 4 e 5) e dizer que, apesar de parecer; não discordamos deste raciocínio; a crítica que faz é no sentido da imprecisão técnica ao tratar do “tombamento geral” conceito com que concorda maior parte da doutrina inclusive.

#### **4.4. Critérios necessários para determinar a desapropriação indireta decorrente do tombamento**

##### **4.4.1. Limitações absolutas à utilização e manutenção do bem tombado que devem ser compreendidas como desapropriação indireta**

Com base no que desenvolvemos até agora, desde os conceitos iniciais até o estudo comparativo entre a jurisprudência; temos elementos suficientes para analisar as

situações descritas no **Apêndice**; O apêndice deve ser analisado junto com parecer técnico emitido por profissional especializado localizado no **Anexo**.

Antes de iniciarmos devemos ter em mente a seguinte observação feita por Di Pietro (2017, p. 264):

[...] o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, extingue-se em cinco anos. Com essa norma, ficou derogada a jurisprudência anterior sobre a matéria. Ocorre que essa Medida Provisória foi objeto da ADIn no 2.260/DF, tendo sido acolhida liminar por acórdão publicado no DOU de 2-8-02, ficando, até julgamento final, restabelecida a jurisprudência anterior sobre a matéria. Só que hoje o prazo para a usucapião é de 15 anos, conforme art. 1.238 do novo Código Civil.

Na situação apresentada no apêndice A (p. 72 e 730) deste trabalho, percebemos que se concretizam ali algumas situações que corroboram com o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho, temos elementos suficientes para afirmar que o tombamento que incide sobre o imóvel, extrapola os propósitos do instituto, configurando-se como desapropriação indireta.

Estão presentes ali elementos arquitetônicos (Apêndice A) que devem ser preservados, e que flagrantemente se mostram excessivamente oneroso (Anexo A) a manutenção e uso do bem, se encaixaria perfeitamente no conceito desenvolvido anteriormente de “uso natural”. (RABELLO, 2005, p. 144)

Bem como na ideia de que este é o único imóvel tombado naquela área específica, não existindo ali, uma espécie de “zona tombada”; o que no entendimento do Supremo Tribunal Federal, seria elemento nevrálgico para se pleitear à ação de desapropriação indireta. (STF, 2018)

#### **4.4.2. Situações limítrofes, existe ou não desapropriação indireta?**

São situações em que o ato de desapropriação indireta se encontra latente (Apêndice 2), não se pode em uma análise superficial determinar se existe ali um esbulho por parte da administração pública ou não.

Em uma análise superficial os elementos restritivos ali impostos (Apêndice B) não fazem jus a legitimar uma ação indenizatória, contudo; quando analisamos o contexto, percebemos ali situações que se configurariam como uma violação ao princípio da solidariedade social. (MEIRELLES, 1985, p. 5)

Contudo observa-se ao seu turno que não existe uma ameaça ao “uso natural” do bem protegido (Anexo B), muito menos que seus elementos de preservação sejam excessivamente onerosos (Anexo B).

Nos casos imprecisos com esse, a casuística e a produção probatória serão fatores determinantes para responder se existe ou não desapropriação indireta; a pergunta somente pode ser respondida no curso do processo de desapropriação indireta.

#### ***4.4.3. Limitações que não configuram desapropriação indireta***

São limitações que flagrantemente não correspondem a um ato de desapropriação indireta (Apêndice 3), nesses casos não existem elementos suficientes (doutrinários ou jurisprudenciais) para enquadrar a restrição ali imposta como tendo natureza ilícita.

Observa-se que praticamente inexistente motivo para restrição do próprio bem tombado, vez que este praticamente já perdeu suas características (anexo 3).

No que tange à área de entorno, trata-se aqui de servidão administrativa decorrente do tombamento do imóvel principal, nesses casos não existe hipótese de indenização, pois o entorno do imóvel tombado impõe limitações que abrangem toda coletividade local; e flagrantemente (anexo 3) não chegam a esvaziar o direito de propriedade.

## 5. CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, de maneira cirúrgica e objetiva desenvolvemos conceitos e estudamos a natureza de institutos indispensáveis à compreensão do Direito de propriedade, da desapropriação (direta e indireta); do instituto do tombamento e as hipóteses em que este tem relação com aquele.

A proteção do patrimônio histórico se faz indispensável em um estado democrático de direito; representatividade, história, cultura e meio ambiente são elementos imprescindíveis para à identidade de uma nação.

Contudo o interesse público em tutelar esse patrimônio não autoriza o estado a lançar mão de mecanismos arbitrários e ardilosos para desvirtuar o compromisso que fez com a sociedade através dos direitos e garantias fundamentais.

No exercício da ponderação entre a proteção do patrimônio histórico através do tombamento de bens imóveis, e da tutela do direito da propriedade privada. Sem muitas direções e com bastante objetividade conseguimos de maneira satisfatória; observar e conceituar, os parâmetros que se fazem necessários para encontra o justo equilíbrio entra a proteção do patrimônio histórico como corolário da função social da propriedade, bem como, estabelecer os limites para evitar condutas arbitrarías por parte da administração pública; o trabalho não se acovarda e se põe em cheque, confrontando suas ideias centrais com situações concretas, reais, e dando-lhes uma resposta digna e acima de tudo técnica.

É nesse contexto, que chegamos ao fim do trabalho, não é possível admitir que, somente pelo fato do particular manter a titularidade do bem tombado, que o seu direito de gozar, fruir e dispor (principalmente este último) da propriedade não se encontra restringido. Obviamente que não é sempre que tais restrições serão passíveis de serem compreendidas como ato de desapropriação indireta; sendo esse um dos objetivos primários desse trabalho, a criação de critérios claros e específicos para determinar os casos em que a conduta do estado nesse sentido gera um dever de indenizar.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **O Tombamento como Instrumento de Proteção ao Patrimônio Cultural**. Disponível em

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/69/67>> Acesso em: 10 de setembro de 2018.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ARQUITETURA NO BRASIL. **Arquitetura Eclética (Virada Séc. XIX para Séc. XX)**. 2010. Disponível em <<https://arqbrasil10.wordpress.com/arquitetura-eclética/>> Acesso em: 04 de abril de 2019.

BAPTISTA, Patrícia, CAPECCHI, Daniel. **Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão**. *Revista Direito da Cidade*. Volume 08, Nº 4. 2016.

Disponível em:

<[www.academia.edu/30166838/Se\\_o\\_Direito\\_Administrativo\\_Fica\\_o\\_Direito\\_Constitucional\\_N%C3%A3o\\_Passa\\_perspectivas\\_do\\_direito\\_p%C3%BAblico\\_contempor%C3%A2neo\\_sobre\\_uma\\_velha\\_quest%C3%A3o](http://www.academia.edu/30166838/Se_o_Direito_Administrativo_Fica_o_Direito_Constitucional_N%C3%A3o_Passa_perspectivas_do_direito_p%C3%BAblico_contempor%C3%A2neo_sobre_uma_velha_quest%C3%A3o)> Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Manual de Direito Administrativo Facilitado**. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acessado em: 10 de agosto de 2018.

BRASIL. **Decreto – Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm)>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

BRASIL. **Decreto - Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm)>. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.**

Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm)>. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

BRASIL. **Tombamento: Conceitos.** Secretaria da Cultura, Governo da Bahia.

Disponível em:

<<http://www.patrimoniocultural.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4>> Acesso em: 10 de setembro de 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 4ª Edição, revista e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo.** 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo.** 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo.** 30ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Volume 5: Reais**. 13ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição, revista atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. **O Direito Civil na Disciplina Jurídica do Patrimônio Cultural Brasileiro**. São Paulo, 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª edição, revista atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

G1 BAHIA. **Casarão histórico na Ribeira, Solar Amado Bahia é leiloado por R\$ 1,5 milhão em Salvador**. 2017. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/bahia/noticia/casarao-historico-na-ribeira-solar-amado-bahia-e-leiloado-por-r-15-milhao-em-salvador.ghtml>> Acesso em: 04 de abril de 2019.

GHIRARDELLO, Nilson; RAMOS, Alfredo Zaia. **Gregori Warchavchik, Marília, 1935**. Vitruvius, 2016. Disponível em

<<http://vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/17.194/6118>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição, revista ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. 2003. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MAIS DE SALVADOR. **Comércio Colonial**. 2016. Disponível em <<http://maisdesalvador.blogspot.com/2016/02/comercio-colonial.html>> Acesso em: 04 de abril de 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Tombamento e Indenização**. 1985. Disponível em: <[bibliotecadigital.fgv.br/brsindex.php/prda/article/view/4475243449](http://bibliotecadigital.fgv.br/brsindex.php/prda/article/view/4475243449)> - Acesso em: 25 abril de 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MIGUEZ, Saulo; CORDEIRO, Hilza. **Solar Amado Bahia vai a leilão; veja fotos internas e conheça a história do antigo casarão**. Correio 24 horas. 2017. Disponível em <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/solar-amado-bahia-vai-a-leilao-veja-fotos-internas-e-conheca-a-historia-do-antigo-casarao/>> Acesso em: 15 abril de 2019.

MIRALÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11ª edição. São Paulo, 2018.

NADAL, Fábio; SANTOS, Vauleidir Ribeiro. **Como se preparar para o Exame de Ordem, 1ª Fase: Administrativo**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2009.

NETO, Figueredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

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

RABELLO, Sonia. **O tombamento**. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. 1. ed. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015. Disponível em: <[http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Tombamento%20pdf\(1\).pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Tombamento%20pdf(1).pdf)> Acesso em: 15 abril de 2019.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA BAHIA.  
**Patrimônio Cultural da Bahia – Solar Amado Bahia**. Governo do Estado. 2019. Disponível em <<http://patrimonio.ipac.ba.gov.br/bem/solar-amado-bahia/>> Acesso em: 02 de maio de 2019.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA BAHIA.  
**Patrimônio Cultural da Bahia – Imóvel nº 622 Fazenda Grande**. Governo do Estado. 2019. Disponível em <<http://patrimonio.ipac.ba.gov.br/bem/imovel-no-622-fazenda-grande/>> Acesso em: 02 de maio de 2019.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA BAHIA.  
**Patrimônio Cultural da Bahia – Sobrado do Taboão nº 56**. Governo do Estado. 2019. Disponível em <<http://patrimonio.ipac.ba.gov.br/bem/rua-silvajardimsobrado-no-56/>> Acesso em: 02 de maio de 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Revisão da Desapropriação no Brasil: Revista de Direito Administrativo**. v. 192, p. 39-49. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993. Disponível em: <[bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45734](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45734)> Acesso em: 10 janeiro de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Mandado de Segurança nº 18.952 - RJ (2004/0130728-5)**. Rio de Janeiro. 2005. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1723095&num\\_registro=200401307285&data=20050530&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1723095&num_registro=200401307285&data=20050530&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 10 de maio de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AG. REG. No Recurso Extraordinário 361.127**. SÃO PAULO. 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282908>> Acesso em: 10 de maio de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário: RE 121140 RJ**. 2002. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282908>> Acesso em: 10 de maio de 2019.

STF. **Agravo de instrumento. AI 127174. Relator: Ministro Celso de Mello**. São Paulo. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28AI+127174%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y5nard7s>> Acesso em: 5 de maio de 2019

STF. **Notícias STF: Mantida indenização a proprietários de casarão tombado na Avenida Paulista**. 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207464&tip=UN>> Acesso em: 5 de maio de 2019

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Parte Geral**. 17<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

## 7. APÊNDICE

### 7.1. Apêndice A - Estudos de caso

#### 7.1.1. Caso 01 – Solar Amado Bahia

Endereço: Rua Porto dos Tanheiros, nº 80, Ribeira, Salvador – BA.

#### **Tombamentos - Janeiro de 1981 (IPHAN)**

- Livro do Tombo das Belas Artes - Inscrição nº 547;
- Livro do Tombo Histórico - Inscrição nº 485.

Nº do processo: 0988-T-78 (Obs.: O tombamento inclui o mobiliário pertencente ao Solar Amado Bahia.)

Construído pela família Amado Bahia e inaugurado no ano de 1904, o Solar Amado Bahia é um dos grandes ícones da arquitetura eclética brasileira e foi utilizado como residência da família até 1924. Com grande utilização de ferro fundido genuinamente inglês, além de vidros franceses aplicados nas esquadrias, a riqueza e combinação de distintos estilos compõem o exterior e o interior do imóvel. (CORREIO)



**Imagem 01.** Fachada do Solar Amado Bahia. Fonte: G1 Bahia.

O solar foi doado à Associação de Empregados do Comércio da Bahia em 1949 que utilizou o espaço como sede e escola até meados 90, onde iniciou-se uma série de problemas administrativos que levaram à uma grande dívida trabalhista. O imóvel foi avaliado em 2017 em R\$3,7 milhões e foi recentemente levado à leilão. (G1 BAHIA)



**Imagens 02, 03 e 04.** Fotografias internas do casarão. Pode-se notar os acabamentos rebuscados nas paredes e forro, o piso e corrimão originais em madeira. Fonte: Correio 24horas.

O tombamento realizado pelo IPHAN pretende, além do aspecto arquitetônico da fachada, conservar também o mobiliário do solar. Dessa forma, a manutenção do

edifício é fundamental para conservar os materiais originais ali presentes. Outro aspecto importante a ser preservado é a sua planta. O solar apresenta, internamente, uma planta típica de uma casa urbana do início do século 20. A sua obra foi realizada pelo português Francisco Mendonça, e possui uma planta retangular com corredor central e cômodos que são distribuídos em seu prolongamento. Possui dois pavimentos e um sótão, onde essa mesma planta descrita repetida. (PORTAL IPHAN, 2019)

### 7.1.2. Caso 02 - Imóvel nº 622

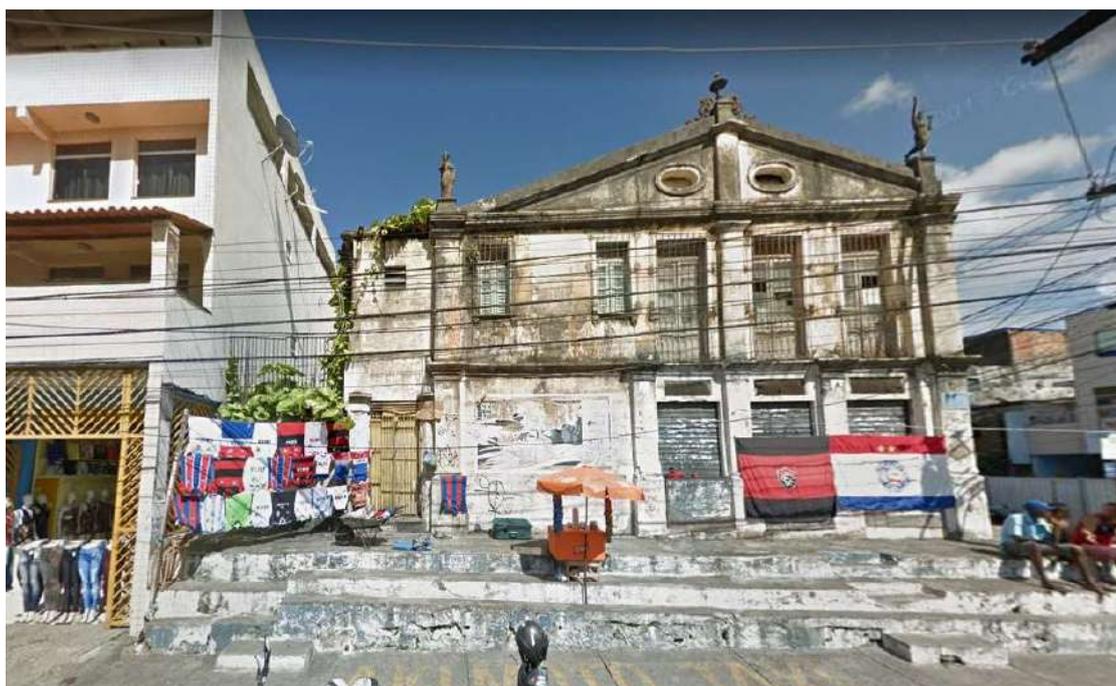
Endereço: Rua Melo Morais Filho, nº 622, Fazenda Grande do Retiro, Salvador – BA.

#### **Tombamentos - Julho de 2008 (IPAC)**

- Livro do Tombamento dos Bens Imóveis

Nº do processo: 0607080026023/08

A antiga Associação dos Moradores Educativa Cultural do bairro de Fazenda Grande do Retiro é, simplesmente, o único edifício histórico da região. Estima-se que a construção tenha mais de 100 anos de existência. (SISTEMA SIPAC, 2019)



**Imagem 05.** Fachada do Casarão nº 622. Fonte: *Google Earth*.

O imóvel possui características da arquitetura eclética, bastante disseminada no Brasil no início do século 20, pela influência das correntes estilísticas provindas da Europa. (ARQBRASIL, 2010). Pode-se identificar o frontão dividido por uma coluna com aberturas ovais, além das estatuetas e os ornamentos que coroam edificação. As colunas em seção retangular são destacadas na fachada, além do edifício estar em um nível elevado ao da calçada, formando uma base de acesso ao mesmo e reforçando o seu protagonismo no sítio. O imóvel está implantado em uma esquina e a sua planta reforça esse aspecto, formando uma espécie de “chanfro” que marca a sua forma. Possui um ritmo de aberturas ortogonais bem definido.



**Imagem 06.** Fachada vista da esquina do Casarão nº 622. Fonte: IPAC.

O local atualmente encontra-se fechado, porém já foi utilizado como depósito e como a Associação de Moradores da região. Possui localização privilegiada no bairro.

### 7.1.3. Caso 03 - Sobrado nº 56

Endereço: Rua do Taboão, nº 56, Centro Histórico, Salvador – BA.

#### **Tombamentos - Novembro de 1981 (IPAC)**

- Livro do Tombamento dos Bens Imóveis: Inscrição nº 23

Nº do processo: 28.398/81 (Obs.: Entorno protegido em raio de 200m.)

O sobrado da ladeira do Taboão possui registro na prefeitura Municipal de Salvador datado no ano de 1893, pelo então proprietário Manoel Francisco de Almeida Brandão. Possuindo características da arquitetura neocolonial, o sobrado já pertenceu a Liga Baiana Contra o Câncer, e abrigava famílias de baixa renda que precisavam de atendimento. (IPAC)

Ainda hoje, o edifício abriga várias famílias e possui alguns comércios no pavimento térreo. O estado de conservação do edifício é considerado ruim tanto externamente, quanto internamente. (IPAC)



**Imagem 07.** Fachada do Sobrado nº56 na ladeira do Taboão. Fonte: SIPAC.

O imóvel está localizado no perímetro do centro histórico de Salvador, tornando-o parte integrante do frontispício da cidade, conjunto arquitetônico tombado pelo IPHAN e pela UNESCO. Os edifícios históricos habitacionais dessa região apresentam características muito semelhantes no que tange a sua volumetria e aberturas, além da disposição dos cômodos internos por se tratarem de habitações típicas do início do século passado, e alguns deles até antes disso. (IPHAN)

Muitos dos edifícios da região encontram-se em estágio de degradação avançada e encontram-se ociosos por apresentarem riscos se ocupados. É comum encontrar sobrados e casarões com escoramento em suas estruturas, numa tentativa de preservar as ruínas do edifício. Existe uma acirrada discussão sobre a condição desses imóveis porque, além de tornar muitas das ruelas do centro histórico em locais ermos, também são locais que deixam de abrigar famílias ou de exercer qualquer outro tipo de função social.



**Imagem 08.** Frontispício da cidade de Salvador visto da Baía de Todos os Santos.

Fonte: MAIS DE SALVADOR.

## ANEXO A - BREVE PARECER TÉCNICO SOBRE O SOLAR AMADO BAHIA

### CONDICIONAIS DE UTILIZAÇÃO PARA O IMÓVEL

Imóvel: Solar Amado Bahia / Endereço: Rua Porto dos Tanheiros, nº 80, Ribeira, Salvador – BA.

Tombado pelo IPHAN em: 29 de janeiro de 1981 / Livro do Tombo das Belas Artes - Inscrição nº 547; Livro do Tombo Histórico - Inscrição nº 485.

**Nº do processo: 0988-T-78** (Obs.: O tombamento inclui o mobiliário pertencente ao Solar Amado Bahia.)

Devido à quantidade de aspectos arquitetônicos históricos intrínsecos à edificação, a sua preservação é fundamental para o patrimônio nacional. Por possuir uma planta característica das habitações do início do século passado e conter ainda, acabamentos e mobiliário originais, há de se perceber uma certa limitação em seu uso. É necessária uma periodização da manutenção desses elementos, tanto de fachada, como de todos os elementos internos (móveis, espelhos, vidros, pisos, revestimentos, louças, etc.). Sendo estes materiais sensíveis e datados a mais de 100 anos, estima-se um elevado orçamento para sua manutenção, levando-se também em conta a mão de obra especializada para realizar tais serviços.

Atualmente possuímos uma série de normas de segurança que garantem a circulação segura dos usuários no interior dos edifícios, além do funcionamento de certos programas que garantem a salubridade do local. Nem sempre é possível adaptar um programa específico em um edifício histórico em que, ao mesmo tempo, garanta o enquadramento nas normas de segurança e ao mesmo tempo, preserve as características originais do edifício. Desse modo, há uma limitação de programas que podem ser adaptados num local como o Solar Amado Bahia, necessitando de um estudo de viabilidade para a implantação do projeto, que será avaliado pelo órgão responsável pelo tombamento.

É o que se tem a apresentar.

Salvador, 5 de maio de 2019.



Laísa Aiala Lima Tibúrcio - CAU nº A149831-2

## ANEXO B - BREVE PARECER TÉCNICO SOBRE O IMÓVEL Nº 622

### CONDICIONAIS DE UTILIZAÇÃO PARA O IMÓVEL

Imóvel: Casarão nº 622

Endereço: Rua Melo Morais Filho, nº 622, Fazenda Grande do Retiro, Salvador – BA.

Tombado pelo IPAC em: 31 de julho de 2008 / Livro do Tombo dos Bens Imóveis.

**Nº do processo: 0607080026023/08**

O imóvel apresenta um estado de degradação bastante delicado em sua fachada. Percebe-se também a necessidade de retirada de vegetações que atualmente crescem na cobertura do imóvel devido ao tempo e que podem degradar ainda mais o edifício. Há também a necessidade de alterar algumas esquadrias que foram modificadas, principalmente no pavimento térreo, porém visando a segurança do local. Como não há o tombamento no livro das belas artes, estima-se que as esquadrias e vidros podem ser substituídas por novas, porém mantendo o aspecto similar as existentes. Necessita-se de restauração no revestimento de fachada e, possivelmente em suas instalações internas.

Como não foi possível estimar e analisar o estado de conservação no interior do edifício e levando em consideração o seu estado atual de abandono, as adaptações que devem ser feitas tanto a nível de *layout*, de instalações e de estrutura devem ser analisadas tecnicamente. Possivelmente a sua disposição interna em dois pavimentos e sótão deverá ser mantida, porém deverá existir uma liberdade maior no que tange a disposição de novos programas arquitetônicos. Dessa forma, como não há móveis e outros elementos de composição tombados, as adaptações à novos programas tendem a ser mais flexíveis, permitindo a inserção de novos elementos. Contudo, deve-se apresentar um projeto de restauração e estudo de implantação do novo programa que deverá ser apresentado ao órgão responsável pelo tombamento que avaliará o atendimento a condição de preservação histórica do edifício.

É o que se tem a apresentar.

Salvador, 5 de maio de 2019.



Laísa Aiala Lima Tibúrcio - CAU nº A149831-2

## **ANEXO C - BREVE PARECER TÉCNICO SOBRE SOBRADO DO TABOÃO Nº 56**

### **CONDICIONAIS DE UTILIZAÇÃO PARA O IMÓVEL**

Imóvel: Casarão nº 622 / Endereço: Rua do Taboão, nº 56, Centro Histórico, Salvador – BA.

Tombado pelo IPAC em: 10 de novembro de 1981 / Livro do Tombamento dos Bens Imóveis.

**Nº do processo: 009/80** (Obs.: Obs.: Entorno protegido em raio de 200m.)

O sobrado atualmente está habitado por algumas famílias e possui funcionamento de alguns comércios em seu térreo. O imóvel, além de possuir sua importância histórica pelo seu aspecto neocolonial e possuir em seu perímetro uma importante galeria de captação de águas pluviais datada do início do século passado, ele está dentro do perímetro do tombamento pelo IPHAN e pela Unesco do Centro Histórico de Salvador, que ocorreu em meados dos anos 80. Dessa forma, além da preservação essencial da sua fachada e dos aspectos originais da galeria citada, o seu perímetro estará protegido para preservação do conjunto arquitetônico tombado.

Na prática, a conservação do entorno do edifício leva, por exemplo, ao impedimento de se construir um estacionamento ou qualquer outro elemento urbanístico que não esteja de acordo aos encontrados originalmente no local. Contudo, como na maioria dos imóveis dessa região do centro histórico da cidade, no interior do edifício há uma maior flexibilidade no que tange ao programa, por muitas vezes necessitando apenas do escoramento da sua fachada e possibilitando que a sua estrutura interna seja totalmente renovada e projetada para um novo uso. Essa característica é avaliada partindo do ponto em que, no caso deste imóvel, os aspectos interiores provavelmente foram descaracterizados pelo uso de habitação ao longo do tempo e não oferecem mais importância histórica para preservação. Quaisquer modificações em sua fachada e aberturas, bem como a demolição da estrutura interna ou de elementos que tenham sido construídos *a posteriori*, deve-se sempre apresentar o projeto ao órgão responsável pelo tombamento.

É o que se tem a apresentar.

Salvador, 10 de maio de 2019.



Laísa Aiala Lima Tibúrcio - CAU nº A149831-2