

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO EGIDIO AMARAL NATALLI

**A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASOS DE
TOMBAMENTO DE IMÓVEIS**

VITÓRIA

2017

PEDRO EGIDIO AMARAL NATALLI

**A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASOS DE
TOMBAMENTO DE IMÓVEIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Professora orientadora: Renata Helena Paganoto Moura.

VITÓRIA

2017

PEDRO EGIDIO AMARAL NATALLI

**A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASOS DE
TOMBAMENTO DE IMÓVEIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Renata Helena Paganoto Moura
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Professor(a):
Faculdade de Direito de Vitória
Examinador(a)

Dedico esta monografia aos meus pais, David Egidio Natalli e Sigrid Maria Amaral Natalli, por sempre acreditarem em mim e se dedicarem para o meu bem e minha educação. Também dedico aos meus amigos, que pretendo levar por toda a vida.

RESUMO

O presente trabalho busca discutir a viabilidade da indenização, pelo ente estatal, ao proprietário cujo bem fora tombado, através da configuração de desapropriação indireta. Com este objetivo, se abordará o direito de propriedade, com o estudo das faculdades do domínio, a temática da intervenção do Estado na propriedade, com as razões motivadoras para tanto. Também se discutirá em específico o instituto do tombamento, com a justificativa para sua existência, sua natureza jurídica e efeitos na propriedade imóvel tombada. Além disso, se estudará o instituto da desapropriação e a modalidade de desapropriação indireta para, então, estabelecer a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento de desapropriação indireta causada pelo tombamento, com o consequente direito do proprietário prejudicado à indenização no valor de seu imóvel. O estudo da viabilidade da indenização se dará por meio de análise doutrinária sobre o tema, bem como de decisões judiciais, sobretudo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Com tais ferramentas, buscar-se-á esclarecer como é possível ocorrer a desapropriação indireta no caso de imóvel tombado, reconhecendo-se direito à indenização do proprietário quando o tombamento esvazia o conteúdo econômico de seu direito de propriedade.

Palavras-chave: Tombamento. Direito de Propriedade. Desapropriação Indireta. Esvaziamento econômico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DO DIREITO DE PROPRIEDADE	12
1.1 PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL	12
1.2 DAS FACULDADES DO PROPRIETÁRIO	14
1.2.1 Da faculdade de usar	14
1.2.2 Da faculdade de gozar	15
1.2.3 Da faculdade de dispor	15
1.2.4 Da faculdade de reivindicar	16
1.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO INSTRUMENTO ASSECURATORIO DA AUTONOMIA DO INDIVÍDUO EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	17
2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA IMÓVEL	18
3 O TOMBAMENTO DE IMÓVEIS	22
3.1 CONCEITO	22
3.2 DISCIPLINA LEGAL	23
3.3 NATUREZA JURÍDICA	25
3.4 EFEITOS JURÍDICOS	29
3.4.1 Efeitos principais	29
3.4.2 Efeitos secundários	31
4 DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA	32
4.1 BREVE CONCEITUAÇÃO DA MODALIDADE REGULAR DE DESAPROPRIAÇÃO (DESAPROPRIAÇÃO DIRETA)	33
4.2 CONCEITUAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA	34
5 A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASO DE TOMBAMENTO	38
5.1 BREVE APRESENTAÇÃO INTRODUTÓRIA DA TEMÁTICA	38

5.2 OS PODERES INERENTES AO DOMÍNIO E O ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	40
5.3 A POSSIBILIDADE FÁTICA DE OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ENSEJADORES DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASO DE TOMBAMENTO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa investigar a possibilidade de indenização para o particular que tem seu bem imóvel tombado pelo Estado, quando o tombamento inviabiliza o exercício das suas faculdades de proprietário e esvazia o conteúdo econômico do direito de propriedade.

O tombamento é um meio de intervenção do Estado na propriedade privada com o objetivo de proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, que é composto pelos bens cuja conservação seja de interesse público, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹. Sua regulamentação específica se dá no Decreto-lei nº 25/1937². Ao tombarem um imóvel, o Estado não o transfere para si³. O bem permanece sob propriedade do particular, que passa a ter uma série de deveres ligados ao imóvel tombado, destacando-se o dever de preservá-lo. Por permanecer com o proprietário, o tombamento não é indenizável.

Por sua vez, a desapropriação indireta, como ensina José dos Santos Carvalho Filho, é a apropriação, pelo Estado, de bem particular, sem que se observe os requisitos necessários para uma desapropriação, qual seja, a declaração de necessidade na desapropriação e a indenização prévia ao proprietário do imóvel⁴. Entretanto, há a possibilidade de declaração de desapropriação indireta em situações em que não ocorre, propriamente, a apropriação do bem imóvel pelo Estado.

São os casos em que a intervenção estatal na propriedade provoca esvaziamento do conteúdo econômico do direito à propriedade, situação em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhece como passíveis de indenização, com o reconhecimento de desapropriação indireta⁵. Assim, busca-se estabelecer a

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 178.

² BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 663.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 923.

⁵ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento**. Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. p. 143 Disponível em

discussão, neste trabalho, se o tombamento, que em regra não é limitação administrativa indenizável, pode ocasionar esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade e conseqüentemente desapropriação indireta. A problemática aqui investigada gira em torno desta questão, buscando-se explicar se o tombamento configurará, nestes casos, desapropriação indireta, gerando obrigação do estado em indenizar o particular proprietário do imóvel.

Como será demonstrado neste trabalho, o tombamento também pode ser utilizado de forma abusiva, causando danos ao particular que excedem as limitações normais provocadas pelo instituto. São situações em que o proprietário do imóvel tombado arca com ônus de preservar o patrimônio histórico e cultural, suportando todo o interesse da coletividade em detrimento de seu direito de propriedade, que perde seu valor e utilidade

Em geral, a temática de intervenções do Estado na propriedade possui profunda relevância acadêmica e prática. Em muitas situações, o Poder Público, valendo-se das justificativas de atendimento do interesse coletivo e supremacia do interesse público sobre o privado, pode agir de forma abusiva o particular, infringindo seu direito de propriedade além das limitações devidas a esse direito. Assim, discutir a responsabilização do Estado por intervenções excessivas na propriedade é discutir a defesa do indivíduo contra abusos do Estado.

Além disso, se trata de temática ainda pouco explorada academicamente no Brasil. Assim, a abordagem de um tema que, embora pouco discutido, tenha ocorrência prática no país pode servir para prestar contribuição ao debate acerca de tombamento e a configuração de desapropriação indireta, questão relacionada tanto com o Direito Civil, quanto com o Direito Administrativo.

Por fim, é válido ressaltar que a pesquisa e elaboração deste trabalho científico também servirão de oportunidade para crescimento pessoal e acadêmico. Trata-se de tema relevante, que merece um estudo mais aprofundado, o que proporcionará ao

pesquisador um ganho de conhecimento sobre o tema e uma oportunidade para expandir a discussão a respeito do tombamento de bens particulares e seus limites frente ao direito de propriedade do dono afetado.

Feitas tais observações, a presente pesquisa científica busca responder à seguinte indagação: é possível a declaração de desapropriação indireta em casos de tombamento de bens imóveis particulares?

O método de pesquisa escolhido para desenvolver este trabalho científico foi o dedutivo. Conforme Cláudia Servilha Monteiro e Orides Mezzaroba⁶,

o método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais [...].

Tem-se como premissa maior a seguinte: o esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade por intervenção do Estado sempre configura hipótese de desapropriação indireta

Já a premissa menor é esta: em algumas situações, o tombamento gera esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade.

Assim se estabelece como conclusão: “em alguns casos o tombamento configurará desapropriação indireta.

A pesquisa guiou-se pelo estudo da doutrina que trata dos temas de direito de propriedade, desapropriação indireta e tombamento. Assim, foram utilizadas obras e trabalhos científicos que tratem dos campos do direito civil e do direito administrativo. Além disso, buscou-se pesquisar o tratamento dado pela jurisprudência pátria sobre a temática do tombamento e a possibilidade de indenização do particular, por meio do reconhecimento de desapropriação indireta.

⁶ MEZZAROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha, **Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65

Para tanto, foram selecionadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, assim como um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que tratou especificamente do reconhecimento de desapropriação indireta em um caso de tombamento de imóvel particular.

No primeiro capítulo, buscou-se trazer uma conceituação do direito de propriedade com o apoio da doutrina civilista, bem como sua previsão legal, dando enfoque no art. 5º, XXII da Constituição Federal e no art. 1228 do Código Civil de 2002, que regula este direito. A discussão se aprofundou nas quatro faculdades do domínio, listadas no *caput* do art. 1228 do Código Civil (faculdades de usar, gozar, dispor e reaver a coisa) e na visão do direito de propriedade como meio para resguardar a autonomia do indivíduo, perante o Estado.

Já no segundo capítulo, abordou-se a temática da intervenção do Estado na propriedade privada, em um panorama geral, buscando explicar como ela pode se dar e o que deve motivar uma atividade interventora, para que ela seja legal e legítima.

Continuando a discussão do capítulo anterior, o terceiro capítulo foi dedicado à discussão de uma modalidade de intervenção em específico: o tombamento, que é o modo de intervenção na propriedade estudado neste trabalho. Com a ajuda de obras que tratam da temática, estabeleceu-se a conceituação de tombamento, a sua disciplina legal no ordenamento e abordou-se os efeitos que o ato de tomar um imóvel gera para o bem tombado e para seu proprietário.

No capítulo seguinte, estabeleceu-se uma discussão sobre desapropriação indireta. Primeiro, optou-se por conceituar brevemente o que seria desapropriação, para depois explicar a modalidade de desapropriação indireta. Em seguida, foi abordado no capítulo como a desapropriação indireta pode se configurar quando há a supressão das faculdades do domínio e o esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade.

Por fim, o último capítulo desta obra é dedicado a demonstrar como se configura a desapropriação indireta em casos de tombamento, explicando como o ato de tomar o imóvel pode impedir o exercício das faculdades do domínio e esvaziar o direito de

propriedade de todo o seu conteúdo econômico. Para tanto, utilizou-se sobretudo de decisões do Supremo Tribunal Federal e da decisão da Apelação Cível nº 270.823-2/9-00, do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo resultado foi confirmado posteriormente pelo Supremo. Estas decisões foram utilizadas por serem exemplos de casos em que a Justiça determinou ao Estado o dever de indenizar o particular que teve seu bem tombado, reconhecendo a procedência da ação de desapropriação indireta interposta pelo particular, em razão do esvaziamento do conteúdo econômico de seu direito de propriedade.

Assim, por meio de tais julgados, confirmou-se a tese de que há a possibilidade de se obter indenização em razão de tombamento de bem imóvel, quando configurada a situação de desapropriação indireta. Esta se restará ocorrida quando a interferência sobre a propriedade for intensa de modo a afetar o exercício das faculdades do domínio, além das limitações normais de um tombamento, e esvaziar o conteúdo econômico do direito de propriedade.

1 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1 PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar nas discussões subsequentes acerca de intervenção do estado na propriedade e tombamento, é importante abordar a temática do direito de propriedade. Como apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal⁷, percebe-se de certa forma que o instituto “propriedade” está fortemente arraigado na sociedade, de forma que é difícil conceber as relações humanas em que estamos submetidos sem a existência ou a garantia do direito de propriedade. Assim, os autores ressaltam que a antropologia não encontrou sociedades que ignoraram este direito, que antes de uma instituição legal ou convencional, é natural⁸.

O direito de propriedade possui garantia constitucional como direito fundamental. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXII, enfatiza⁹:

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;

Como direito fundamental, possui status de cláusula pétrea e assim, não pode ser abolido por emenda à Constituição, conforme previsto no art. 60, §4º, IV da Carta Magna¹⁰.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

⁸ *Ibidem*, p. 256.

⁹ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹⁰ Prevê o Art. 60, §4º, IV da Constituição Federal: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”. In ¹⁰ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

A propriedade privada também é regulada no Código Civil de 2002. Como já abordado anteriormente, o artigo 1228 trata dos poderes e faculdades do proprietário. É o texto legal, *in verbis*¹¹:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Carlos Roberto Gonçalves, reconhecendo a dificuldade de conceituar “propriedade”, elabora uma definição para este direito, tendo como base o art. 1228 do Código Civil¹²:

Considerando-se apenas os seus elementos essenciais, enunciados no art. 1.228 retrotranscrito, pode-se definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Assim, podem-se definir as faculdades do proprietário, quais sejam, a de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem de quem injustamente o detenha.

Orlando Gomes traz uma análise dos caracteres do direito de propriedade em sua obra *Direitos Reais*. Cabe destacar a característica de direito complexo. Conforme trecho da obra citada, *in verbis*¹³

A propriedade é um *direito complexo*, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

Percebe-se que o direito de propriedade possui a característica de direito complexo por consistir em um feixe de direitos. São estes direitos as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, direitos que são essenciais para configurar o direito de propriedade, compondo a sua constituição. Feitas tais considerações, passa-se a uma análise em específico de cada uma destas faculdades.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 229-230.

¹³ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 104.

1.2 DAS FACULDADES DO PROPRIETÁRIO

1.2.1 Da faculdade de usar

A faculdade de usar é a primeira listada pelo art. 1228 do Código Civil, no rol de faculdades do proprietário. Conforme conceituação de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, “O *jus utendi*, primeiro dos direitos refletidos pelo domínio, é a utilização da coisa, o usá-la e servir-se dela, de acordo com a destinação economia que se lhe imprimiu”¹⁴.

Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵,

É a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com a sua destinação econômica. O uso será direto ou indireto, conforme o proprietário conceda a utilização pessoal ao bem, ou em prol de terceiro, ou deixe-o em poder de alguém que esteja sob suas ordens – servidor da posse.

É assim faculdade que garante ao proprietário a utilização do seu bem como e quando bem entender, sempre conforme os ditames legais e função social da propriedade. Assim, a faculdade de uso permite inclusive que o proprietário deixe de usar o bem imóvel, preservando-o para servi-lo quando julgar apropriado, como ensina Carlo Roberto Gonçalves¹⁶. Entretanto, a falta de utilização do imóvel, de maneira antissocial poderá submeter o bem à desapropriação por interesse social¹⁷.

Tratando das modalidades de utilização direta e indireta do bem, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento faz uma explicação dizendo que o uso se dará de forma direta quando o próprio proprietário tiver contato físico com o bem, de forma indireta quando a utilização for de terceiro, em nome do proprietário, havendo ainda outra forma de

¹⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000. p. 228.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 289.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 230.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 290.

utilização: quando a coisa está à disposição do dono, servindo-lhe econômica e potencialmente¹⁸.

1.2.2 Da faculdade de gozar

A segunda faculdade está intrinsecamente ligada à destinação econômica que o proprietário pode dar a um bem. Nos dizeres de Farias e Rosenvald¹⁹,

A faculdade de fruir como relevante aspecto do 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.

Sobre frutos e produtos, o art. 1232 ressalta que pertencem, em regra, ao proprietário da coisa. “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”²⁰.

A faculdade de gozar do bem encontra forte ligação com o conteúdo econômico do direito de propriedade, parte da temática da presente pesquisa científica. A percepção de frutos naturais, industriais e civis representa a utilização econômica que um proprietário pode dar a seu bem imóvel. Assim, se o denominado *jus fruendi* sofre severa intervenção e limitação, pode ocorrer o caso de esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade.

1.2.3 Da faculdade de dispor

¹⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000. p. 228-229.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.290.

²⁰ Diz o texto do art. 1232 do Código Civil de 2002: “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

Fala-se agora do denominado *jus abutendi*, que, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “consiste no poder de transferir a coisa, de gravá-la de ônus e de aliená-la a outrem a qualquer título”²¹. Continua dizendo o doutrinador que o direito de dispor “não significa, todavia, prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente, pois a própria Constituição Federal prescreve que o uso da propriedade deve ser condicionado ao bem-estar social”²².

A faculdade de dispor, ou seja, de conferir destinação que não seja a de permanecer com a coisa também possui relação com o conteúdo econômico do direito de propriedade. Afinal, é a possibilidade de dispor do bem que permite ao proprietário aliená-lo, conferir ônus reais ou meramente transferi-lo para outrem, como dito acima. Conforme ensinamentos de Farias e Rosenvald, “é a escolha da destinação a ser dada ao bem, a mais ampla forma de concessão de finalidade econômica ao objeto do direito real”²³.

1.2.4 Da faculdade de reivindicar

A última faculdade do proprietário é exercida a partir do momento em que seu direito de propriedade sofre lesão. Através da denominada *res vindicatio*, nas lições de Caio Mário da Silva Pereira²⁴,

o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente.

Como ressaltado por Farias e Rosenvald, ao contrário das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, que possuem natureza real, a pretensão reivindicatória possui natureza obrigacional, visto que a propriedade em sua concepção funcionalizada é uma relação de obrigação, demandando dos não proprietários um dever de

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 230.

²² *Ibidem*, p. 230.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 291.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume IV – direitos reais** - 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 279.

abstenção²⁵. Assim, na esteira dos seus ensinamentos doutrinários, a violação do dever de abstenção gera ao proprietário lesado a pretensão reivindicatória, que postulará do réu a obrigação de devolução do bem²⁶.

1.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO INSTRUMENTO ASSECURATORIO DA AUTONOMIA DO INDIVÍDUO EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Cabe dizer que a propriedade possui um caráter de direito fundamental, preservador da liberdade econômica e de ação das pessoas. Sobre tal característica, dissertam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁷

A propriedade traz consigo uma noção profunda de obrigação e compromisso que não está presente em uma cultura de posse [...] Cuidar do que é seu – e do ambiente à volta -, em uma sociedade que valoriza a propriedade, torna-se tão importante quanto cuidar da vida de alguém. [...]

De qualquer forma, a propriedade será direito fundamental em todas as circunstâncias que instrumentalize liberdade. O art. 170, II, da Constituição Federal insere a propriedade privada como princípio da ordem econômica. A propriedade que representa a economia de mercado e a livre iniciativa será resguardada pelo sistema, como demonstração de apreço do Estado de Direito pela proteção dos contratos e segurança jurídica. A preservação da propriedade se imbrica com a própria subsistência da sociedade, como instrumento por excelência da liberdade de ação de cada qual de seus membros. Qualquer intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade de seu titular e/ou entidade familiar.

Ainda neste contexto, Richard Pipes destaca a importância do direito de propriedade como instrumento de proteção do indivíduo contra transgressões estatais e da sociedade²⁸:

O direito à propriedade por si só não garante as liberdades e direitos civis. Mas, falando em termos históricos, este tem sido o único dispositivo eficiente para assegurar ambos, porque cria uma esfera autônoma na qual, por mútuo consentimento, nem o Estado nem a sociedade podem cometer

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 293

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 293.

²⁷ *Ibidem*. p. 279.

²⁸ PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. Tradução de Luis Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 329

transgressões: traçando-se uma linha entre o público e o privado, ela faz do proprietário um co-soberano, como se ele o fosse.

Embora o direito de propriedade garanta ao seu proprietário autonomia na administração de seu bem, através de suas faculdades garantidas por lei, é certo afirmar que no contexto atual, o exercício deste direito sofre limitações. Como ensina Arnaldo Rizzardo²⁹

Não mais vigora o caráter absoluto da propriedade. Seu conteúdo está, nos tempos atuais, virtualmente limitado, ao contrário do que preponderava no Direito romano e em outros sistemas, onde dominava o caráter absoluto e ilimitado.

Assim, na ordem jurídica atual, não há mais o exercício absoluto dos direitos do proprietário. A função social da propriedade, prevista como um dos princípios da ordem econômica nacional pela Constituição, em seu artigo 170, inciso III,³⁰ é imposta como um condicionante no exercício do direito de propriedade e das suas faculdades. É isso que prevê o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição, ao prever que “a propriedade atenderá a sua função social”³¹.

Dessa forma, a função social é um condicionante do exercício da propriedade, que pode motivar restrições a esse direito. No contexto das limitações ao exercício do direito de propriedade, ressaltam-se àquelas promovidas pela atuação direta do ente estatal, com a intervenção do Estado na propriedade privada. Esta temática será tratada especificamente no capítulo a seguir.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA IMÓVEL

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 188

³⁰ Prevê o Art. 170, III da Constituição Federal: “Art. 170: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – Função social da propriedade.”. In ³⁰ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

³¹ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

Antes de adentrar na temática específica do tombamento de imóveis, cabe tratar das formas de intervenção do Estado na propriedade privada. Sintetizando o tema, Carvalho Filho ensina que ³²

“podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada.

Logo, qualquer ataque à propriedade que não esteja amparado por lei estará eivado de ilegalidade.

A intervenção estatal da propriedade encontra seu embasamento no princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo Carvalho Filho³³,

No caso da intervenção na propriedade, o Estado age de forma vertical, ou seja, cria imposições que de alguma forma restringem o uso da propriedade pelo seu *dominus*. E o faz exatamente em função da supremacia que ostenta, relativamente aos interesses privados. [...] toda intervenção visa ao atendimento de uma situação de interesse público e, sendo assim, há de justificar-se a atuação estatal, mesmo contrária ao interesse do particular.

Assim, em hipótese de conflitos de interesses entre o ente público e o particular, o primeiro acaba por ter a prevalência.

A intervenção estatal também encontra fundamento na função social da propriedade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina, ao comparar o tratamento do propriedade privada e seu caráter absoluto nos ordenamentos jurídicos antigos com o tratamento dado a este direito atualmente, que³⁴

O princípio permanece, mas o seu alcance alterou-se profundamente, dando à propriedade sentido social então desconhecido. Hoje, prevalece o princípio da **função social da propriedade**, que autoriza não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar fazer e, hoje, pela Constituição, a obrigação de fazer, expressa no art. 182, §4º, consistente no **adequado aproveitamento do solo**.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 829.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 831.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 163.

O art. 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988 diz que “a propriedade atenderá à sua função social”³⁵. Esta disposição visa regular o uso da propriedade, de forma que os interesses egoísticos do particular não ponham em risco os interesses da sociedade, permitindo ao Estado intervir na propriedade quando ela não estivesse conforme ao pressuposto da função social, previsto na Constituição.³⁶

Segundo Carvalho Filho, a Constituição revela um direito contraposto a um dever jurídico³⁷:

Dizendo que a propriedade deva atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional.

Dessa forma, a função social pode funcionar tanto como limitadora do direito de propriedade, quanto como garantidora do mesmo contra abusos estatais, visto que, se o uso da propriedade estiver em consonância com sua função, o Estado deve respeitá-lo.

A intervenção do Estado na propriedade ainda possui duas grandes modalidades, quais sejam, a **intervenção restritiva** e a **intervenção supressiva**. Carvalho Filho explana sobre a modalidade restritiva de intervenção³⁸.

A modalidade restritiva se caracteriza como “aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono. Este não poderá utilizá-la a seu exclusivo critério e conforme seus próprios padrões, devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público, mas, em compensação, conservará a propriedade em sua esfera jurídica.

³⁵ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08. nov. 2017.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 832.

³⁷ *Ibidem*, p. 832.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 833-834.

Esta modalidade não toma a propriedade do particular. Este continua sendo o dono, sofrendo, entretanto, limitação em seus poderes e faculdades de proprietário, expressas no art. 1228 do Código Civil.³⁹

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O tombamento de imóveis, que será tratado mais especificamente à frente, é modalidade de intervenção restritiva sobre a propriedade.

A segunda forma de intervenção sobre a propriedade é a intervenção supressiva. Segundo Carvalho Filho⁴⁰,

é aquela em que o Estado, valendo-se da sua supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei. O efeito, pois, desta forma interventiva é a própria supressão da propriedade das mãos de seu antigo titular.

Nesta modalidade de intervenção, não há mera limitação dos direitos de proprietário do dono de um imóvel. Aqui, de fato há a transferência arbitrária da propriedade de um particular para o Estado.

Há que se ressaltar que a possibilidade de o Estado intervir na propriedade privada pode ser caminho para uma série de abusos. De fato, o Poder Público possui a prerrogativa de intervir em nome do interesse coletivo e da função social. Todavia, por se tratarem de conceitos amplos, que resguardam certo grau de discricionariedade à Administração Pública em seus atos, interesse público e a função social da propriedade podem acabar se tornando pretextos para uma atuação estatal que viole direitos de particulares.

Dessa forma, é essencial que a intervenção do Estado sobre a propriedade seja pautada no respeito à legislação regulamentadora, ressaltando sempre a necessidade

³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 834.

de motivação dos atos administrativos, pois se a Administração Pública age de forma a restringir direitos de um proprietário, é preciso que haja uma devida fundamentação para justificar tal atuação.

3 O TOMBAMENTO DE IMÓVEIS

3.1 CONCEITO

Como já ressaltado, o tombamento é, via de regra, modalidade de intervenção restritiva do Estado sobre a propriedade. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹,

O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, “ o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (art. 1º do Decreto-lei nº 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional).

O interesse público que motiva o ato do tombamento é o de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Assim, o Estado interfere na propriedade privada visando salvaguardar o imóvel contra eventuais modificações a serem realizadas pelo proprietário, sob o fundamento do valor cultural daquela obra.

A razão para o tombamento advém da proteção do patrimônio cultural brasileiro, entendido por Adriana Zandonade como⁴²

um conjunto formado de “bens de natureza material e imaterial”, incluindo, pois, objetos patrimoniais (de expressão pecuniária) e não patrimoniais (sem projeção de natureza econômica), materiais (corpóreos) e imateriais, independentemente da respectiva titularidade.

Como ensina Di Pietro⁴³,

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 178.

⁴² ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.62.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 178.

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 à indenização**; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.

Assim, pelo fato de o tombamento ser, em regra, uma restrição parcial do uso da propriedade, não garante ao proprietário o direito de ser indenizado. Entretanto, como ressaltado por Di Prieto, é possível que o dono do imóvel faça jus à compensação pecuniária, quando restar-se provado prejuízo devido ao tombamento.

3.2 DISCIPLINA LEGAL

O principal diploma legal que regula o tombamento é o Decreto-lei nº 25, de 30/11/1937. De início, merecem destaque o art. 1º, *caput* e §1º da Lei, que definem e restringem o conceito de “patrimônio histórico e artístico nacional”⁴⁴.

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

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

Em linhas gerais, o processo de tombamento de um bem se dá com a sua inscrição nos chamados **Livros do Tombo**, para que estejam sujeitados à restrições parciais. Assim ainda que pertença a particular, passa a ser considerado **bem de interesse público**⁴⁵. Quando o bem é inscrito em um dos Livros do Tombo, o tombamento passa a ser definitivo. Entretanto, ele também pode ser provisório, como ensina Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. Segundo Alves, o tombamento provisório⁴⁶

⁴⁴ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 178.

⁴⁶ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural**. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/098065098.pdf>>. Acesso em: 06. nov. 2017. p. 68.

ocorre a partir da notificação ao proprietário pela autoridade administrativa competente, informando-o de que a coisa que possui tem notável valor histórico, artístico ou natural; é definitivo o tombamento a partir da inscrição dos bens, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo da repartição administrativa que determinou a medida (Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Tombo Histórico; Tombo das Belas Artes e Tombo das Artes Aplicadas).

O art. 4º, *caput* do DL 25/1937 trata dos livros do Tombo e das obras que neles podem ser inscritas⁴⁷.

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 incluem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

Conclui-se que o Decreto-lei nº 25/1937 se trata do diploma jurídico regulador do tombamento. Segundo Zandonade⁴⁸:

embora formalmente consagrado à ampla tarefa de organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico, o Decreto-lei 25, em verdade, estrutura e disciplina em seus detalhes um só instituto jurídico: o tombamento. Disso resulta que a ação estatal de salvaguarda desse patrimônio no Brasil, com a edição do Decreto-lei 25 (e durante muito tempo), praticamente se confundiu com a aplicação do tombamento.

O tombamento também encontra previsão na Constituição Federal de 1988. Segue o art. 216 do referido diploma⁴⁹.

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

I - as formas de expressão;

⁴⁷ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁴⁸ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 40.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

Primeiramente, o *caput* do artigo delimita o conceito de patrimônio cultural brasileiro para bens que fazem referência à “identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Já no §1º do art. 216, o texto constitucional inclui, dentre as formas de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, o tombamento. Assim, o referido instituto “é um dos instrumentos de inclusão de determinado bem no patrimônio cultural brasileiro”⁵⁰.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Não há consenso doutrinário sobre a natureza jurídica do tombamento. Como apontado por Carvalho Filho, parte da doutrina vê o bem tombado como bem de interesse público. Outros grupos de autores enxergam o tombamento como servidão administrativa, ou então como limitação administrativa. Por fim há aqueles que entendem o tombamento como instrumento de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, sendo nem servidão, tampouco limitação administrativa⁵¹.

Dentre os que defendem a natureza jurídica de servidão administrativa para o tombamento, está a doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo (exceto quando o tombamento aniquilar a propriedade privada, o que configurará desapropriação indireta). Como ensina⁵²:

⁵⁰ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 71.

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 857.

⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.196.

I - se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agredir esta situação o dispositivo constitucional de ampla proteção à propriedade (art. 5º, XXII), somente com “restrições” ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação – na hipótese, desapropriação indireta, que se resolveria com a indenização correspondente.

II – Se a propriedade privada tiver diminuída sua possibilidade de utilização, deverá o Poder Público constituir uma servidão, indenizando o proprietário na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento. Neste caso, estaremos diante de verdadeira servidão administrativa.

Por derradeiro, cumpre enfrentar a terceira hipótese levantada – o tombamento do bem não prejudicou seu proprietário.

Nada haverá a indenizar. Será, ao nosso ver, sem dúvida ainda a figura da servidão administrativa, porém não indenizável, por ausência de prejuízo.

Assim, o tombamento seria hipótese de servidão administrativa por se tratar de interferência nas faculdades do domínio, limitando o direito de uso do proprietário sobre o imóvel. Segundo Francisco Luciano Lima Rodrigues, “fundamenta este entendimento o aspecto de que a sua instituição seria um gravame que atingiria um dos poderes inerentes à propriedade”⁵³.

Nesse caso, configurando servidão administrativa, haveria o dever de indenizar o particular na medida em que o ato do Poder Público o atingiu.

Por outro lado, parcela da doutrina considera o tombamento como limitação administrativa. Filia-se a essa corrente Sônia Rabello de Castro, que diz⁵⁴:

O tombamento, conforme previsto no Decreto-lei 25/37, impõe ao proprietário da coisa tombada, seja ela móvel ou imóvel, obrigação de conservação, condicionando, sobretudo, seu uso adequado e a obrigação de zelar por suas características culturais. Impõe aos prédios vizinhos, em função da coisa imóvel tombada, a obrigação de uso adequado de sua propriedade de modo a não prejudicar a ambiência do bem tombado. **Traduz-se, por isso, o tombamento numa limitação de uso, acoplado a uma obrigação de fazer – a conservação da coisa. O tombamento não retira do proprietário a exclusividade do domínio; o proprietário continua no desfrute da coisa, mormente na sua possibilidade de uso econômico. Caracterizam-se**

⁵³ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Breve estudo sobre a natureza jurídica do tombamento.** Pensar, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 32-38, fev. 2003. p. 34. Disponível em <periodicos.unifor.br/rpen/article/download/735/1597>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁵⁴ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais:** o tombamento. Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. p. 139. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf>. Acesso em: 11. nov. 2017.

assim o tombamento e as restrições impostas à vizinhança da coisa tombada como limitações administrativas ao uso e gozo da propriedade em função do interesse público de proteção do patrimônio cultural. (Grifo nosso).

Já José dos Santos Carvalho Filho considera o tombamento como *instrumento especial de intervenção restritiva*. Não seria nem servidão administrativa, tampouco limitação administrativa. Discorrendo sobre a natureza jurídica do tombamento, o doutrinador enfatiza⁵⁵:

Trata-se realmente de *instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada*, com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção. Além disso, tem natureza concreta e específica, razão por que, diversamente das limitações administrativas, se configura como uma restrição ao uso da propriedade. Podemos, pois, concluir que a natureza jurídica do tombamento e a de se qualificar como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas.

Nesse caso, o tombamento se enquadra na categoria de intervenção restritiva do Estado, pois não provoca a transferência da propriedade de seu titular para o Poder Público. Trata-se de restrição ao exercício dos poderes de proprietário do dono, que terá que se adequar ao interesse público de proteção do patrimônio cultural, que seu bem, em tese, compõe.

Parece-nos que o tombamento possui sim a natureza de limitação administrativa. Ao contrário da servidão administrativa, não há, em regra, previsão de indenização para o caso de tombamento⁵⁶, ou como dito por Lúcia Valle Figueiredo, indenização ao proprietário “na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento”⁵⁷. A indenização virá a ocorrer em casos especiais, quando o tombamento impedir a possibilidade de se auferir vantagens econômicas do imóvel, como ensinado por

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 857.

⁵⁶ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento**. Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. p. 140. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf>. Acesso em: 11. nov.2017.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.196

Francisco Luciano Lima Rodrigues, ao explicar a natureza jurídica de limitação administrativa do tombamento. Segundo ele⁵⁸,

Parece, portanto, que dentre as diversas correntes que defendem a natureza jurídica do tombamento, a que melhor se adequaria ao entendimento de propriedade privada, indicada na Constituição Federal, seria a que atribui ao tombamento a natureza jurídica de limitação administrativa ao direito de propriedade, em vista de seu caráter genérico e da ausência de obrigatoriedade de indenização, por parte do Estado, advindos da imposição de limites ao direito de propriedade em prol da preservação de bens que tenham interesse para o patrimônio cultural.

O entendimento no sentido de atribuir ao tombamento a natureza jurídica de limitação administrativa ao direito de propriedade, ao contrário do que se possa concluir, não exime o ente estatal instituidor do tombamento de, na ocorrência de perda da capacidade de auferir vantagens econômicas do imóvel, obter a indenização por prejuízos advindos da limitação. Tal possibilidade, no entanto, não descaracteriza a limitação administrativa, uma vez que decorre do princípio de que o Estado estaria obrigado a ressarcir o administrado toda a vez que, por seus atos, viesse a causar prejuízos.

Assim, não há que se considerar o tombamento como servidão administrativa. Não há obrigatoriedade, em regra, da indenização, salvo na hipótese explicitada acima, de esvaziamento econômico do direito de propriedade, matéria a ser tratada especificamente no decorrer deste trabalho.

Quanto a ser ato discricionário ou vinculado, Carvalho Filho discorre que ⁵⁹

Sob o aspecto de que o tombamento há de ter por pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato é vinculado, o que significa que o autor do ato não pode praticá-lo apresentando motivo diverso. Está, pois, vinculado a essa razão. Todavia, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, visto que essa avaliação é privativa da Administração.

O tombamento apresenta, desta forma, um pressuposto definido, sendo vinculado neste aspecto. Não há hipótese de fundamentação de tal modalidade de intervenção estatal na propriedade que não seja a defesa do patrimônio cultural. Entretanto, como ressaltado por Carvalho Filho, a valoração que se faz de um bem, enquadrando-o

⁵⁸ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Breve estudo sobre a natureza jurídica do tombamento**. Pensar, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 32-38, fev. 2003. p. 38. Disponível em < periodicos.unifor.br/rpen/article/download/735/1597>. Acesso em: 11. nov. 2017

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 857.

como de natureza histórica, merecedor de proteção, é discricionária para a Administração Pública.

De acordo com Zandonade, ao ser utilizado como meio de intervir na propriedade, “o tombamento destina-se, de modo específico, a conciliar o exercício do direito de propriedade com o interesse público de salvaguardar os bens portadores de valor cultural”⁶⁰.

3.4 EFEITOS JURÍDICOS

O ato administrativo do tombamento gera uma série de efeitos jurídicos sobre a propriedade do afetado, limitando suas faculdades de usar, gozar e dispor do seu bem. Adriana Zandonade, em sua obra “O Tombamento à Luz da Constituição Federal de 1988”, lista uma série de efeitos principais e instrumentais provocados pelo tombamento.

3.4.1 Efeitos Principais

Como primeiro efeito do tombamento, lista-se a proibição de danificar. O art. 17, *caput*, do Decreto Lei nº 25/1937 preceitua que⁶¹:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Como se vê, a regra proíbe a produção de danos contra o bem protegido que provoquem tanto sua destruição completa, como também alguma descaracterização parcial (proibição de mutilar), podendo resultar de ação quanto de omissão no que tange à adotar medidas para impedir o perecimento ou degradação do bem protegido⁶².

⁶⁰ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 126.

⁶¹ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017

⁶² ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131

Como a norma não estabelece distinções sobre os sujeitos aos quais ela se dirige, entende-se que “a proibição se impõe a toda e qualquer pessoa, incluindo-se o proprietário da coisa tutelada e as entidades públicas competentes em cuja esfera foi promovido o tombamento”⁶³.

Outro efeito jurídico do tombamento consiste no dever de preservar. Segundo Di Pietro, o proprietário do bem tombado fica sujeito à obrigação de⁶⁴

fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa (art. 19)⁶⁵;

Carvalho Filho utiliza a terminologia “dever de conservar” para explicar este dever imposto ao proprietário de bem tombado⁶⁶:

Compete ao proprietário o *dever de conservar* o bem tombado para mantê-lo dentro de suas características culturais. É dele, pois, a responsabilidade de reparação do imóvel, salvo quando provada a ausência de condições financeiras.

Assim, o dever de preservação dos bens culturais consiste nas ações de manutenção da integridade do bem, visando mantê-lo em condições de uso e fruição, bem como nas medidas para a sua restauração, em caso de degradação.

O tombamento também impõe efeitos restritivos à alienação. O Decreto-Lei nº 25/1937 tratava da alienação de bens tombados em seu art. 22, que garantia o direito de preferência da União, dos estados e dos municípios, nesta ordem, na compra de tais

⁶³ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 183.

⁶⁵ Di Pietro faz referência ao art. 19 do Decreto-lei 25/1937. Conforme o caput do dispositivo: “Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa”. In BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 862.

imóveis⁶⁷. Entretanto, o dispositivo foi revogado pelo art. 1072, I, CPC⁶⁸, sendo que o art. 892, §3º, CPC agora só garante o direito de preferência para União, Estados e Município em caso de alienação judicial⁶⁹. Ao comentar como se dá a alienação de imóvel tombado atualmente, Carvalho Filho ressalta que⁷⁰:

[...] na execução por quantia certa, a União, os Estados e os Municípios, nessa ordem, terão o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta (art. 892, §3º, CPC). Como se observa, reduziu-se nitidamente o campo de aplicação do direito de preferência no caso de tombamento.

O tombamento também gera a proibição de tolher a visibilidade dos imóveis tombados. É assim que preceitua o art. 18 do Decreto-lei 25/1937⁷¹:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

3.4.2 Efeitos Instrumentais

Passa-se à abordagem dos efeitos instrumentais do tombamento. Primeiramente, fala-se do registro do tombamento. O tombamento definitivo de um bem ser dará com a sua inscrição no Livro do Tombo próprio, conforme art. 10, *caput* do Decreto-lei 25/1937⁷²

⁶⁷ Diz o texto do art. 22, *caput* do Decreto-lei 25/1937, que está revogado: “-Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência”. In: BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8. nov. 2017.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8. nov. 2017.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 863.

⁷¹ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁷² BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

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.

Tal inscrição materializa a declaração do ato, além de torna-lo público. Além disso, “consubstancia a realização de um registro administrativo”.⁷³

Vale ressaltar que o tombamento também está sujeito à escrituração no ofício competente dos Registros Públicos, conforme exigência do art. 13, *caput*, e §§1º e 2º do Decreto-lei 25/1937⁷⁴

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

Por fim, ressalta-se como efeito do tombamento a vigilância permanente sobre os bens tombados pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), positivada no art. 20 do Decreto-lei 25/1937⁷⁵:

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência.

4 DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

⁷³ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154.

⁷⁴ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

⁷⁵ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

4.1 BREVE CONCEITUAÇÃO DA MODALIDADE REGULAR DE DESAPROPRIAÇÃO (DESAPROPRIAÇÃO DIRETA)

Antes de se tratar especificamente do conceito de desapropriação indireta, aborda-se o conceito geral de desapropriação. Para tanto, vale-se da doutrina de José dos Santos de Carvalho Filho, cuja definição para “desapropriação” é a seguinte⁷⁶:

Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.

A desapropriação se trata, portanto, de transferência, realizada pelo Poder Público, de propriedade de terceiro para o seu próprio patrimônio. Como trazido no conceito acima, para que a desapropriação ocorra, é necessário que haja motivos de utilidade pública ou interesse social, que devem estar presentes em intervenções do Estado na propriedade para que ela não se demonstre abusiva.

Ressaltando como a desapropriação é utilizada pelo Estado como instrumento para viabilizar a construção de obras públicas, preservar o meio ambiente ou realizar justiça social⁷⁷, Hely Lopes Meirelles considera a desapropriação como instrumento conciliador entre a propriedade individual e a função social da propriedade. Nas palavras do autor⁷⁸,

A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade.

Hely Lopes Meirelles afirma o caráter de procedimento administrativo da desapropriação. Em sua obra “Direito administrativo brasileiro”, descreve como ocorre este procedimento⁷⁹:

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 868.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690.

A desapropriação é um *procedimento administrativo* que se realiza em duas fases. A primeira, de natureza *declaratória*, consubstanciada na indicação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social; a segunda, de caráter *executório*, compreendendo a estimativa da justa indenização e a transferência do bem expropriado para o domínio do expropriante. É um procedimento administrativo (e não um ato), porque se efetiva através de uma sucessão ordenada de atos intermediários (*declaração de utilidade, avaliação, indenização*), visando à obtenção de um ato final, que é a adjudicação do bem ao Poder Público ou ao seu delegado beneficiário da expropriação.

Como ensina Carvalho Filho, são pressupostos da desapropriação a utilidade pública (em que se inclui a necessidade pública) e o interesse social. Para ele⁸⁰

Ocorre a utilidade pública quando a transferência do bem se afigura conveniente para a Administração. Já a necessidade pública é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem.

Ao tratar do requisito “interesse social”, Carvalho Filho leciona⁸¹:

O interesse social consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O Poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas.

Após a indicação da necessidade pública ou interesse social, passa-se à fase de execução, estimando-se o valor da justa indenização pela desapropriação do bem, encerrando-se com a transferência do bem expropriado para o patrimônio do expropriante, o Poder Público⁸².

Esta é o que se pode chamar de desapropriação direta, o modo de desapropriação comum, conforme os ditames da lei. Passa-se agora a tratar do que se denomina de desapropriação indireta.

4.2 CONCEITUAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 869.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 870.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690.

Se na desapropriação direta, o Estado segue os ditames da lei, obedecendo ao procedimento devido para tal modalidade de intervenção, na desapropriação indireta o que ocorre é o contrário. Segundo Carvalho Filho, “desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia”⁸³.

Tratando sobre a desapropriação indireta, Hely Lopes Meirelles ensina que⁸⁴

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação (v. item 2.1.13), restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, de maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a conta do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.

Dessa forma, conforme ensinado por Hely Lopes Meirelles, como em casos de desapropriação indireta, o particular não poder reaver sua propriedade imóvel (uma vez que a mesma se integrou ao patrimônio público), restaria a ele a devida indenização.

Embora a desapropriação indireta não obedeça ao procedimento comum de desapropriação, percebe-se que o instituto é reconhecido em lei. A desapropriação indireta encontra previsão legal no art. 35 do Decreto Lei nº 3365/41, como desapropriação fundada em nulidade no seu processamento. Segue o texto legal⁸⁵:

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.

Como tratado por José dos Santos Carvalho Filho, a desapropriação indireta gera alguns efeitos para o proprietário que se viu alijado de seu bem imóvel. Seriam eles:

⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 923.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690.

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

1) o fim do vínculo tributário entre o ex-proprietário e o poder público e; 2) indenização conforme o valor real e atualizado do imóvel, tratados abaixo em citação ao ensinamento de Carvalho Filho⁸⁶:

Um deles [dos efeitos] é a cessação do vínculo tributário entre o ex-proprietário e o Poder Público. Desse modo, fica ele desobrigado do pagamento do IPTU a partir do momento em que se efetivou a expropriação.

Outro efeito reside em que a indenização deve corresponder ao valor real e atualizado do imóvel, ainda que este se tenha valorizado em virtude de obra pública, como, por exemplo, a abertura de rodovia ou a revitalização de área urbana. O fundamento está em que a desapropriação não observou o procedimento legítimo para suprimir o direito de propriedade.

Como constatado acima, tradicionalmente se considera como requisito para a ocorrência de desapropriação indireta, além do desrespeito ao procedimento necessário para desapropriação, a efetiva incorporação do bem imóvel ao patrimônio do Poder Público. Todavia, doutrina e jurisprudência reconhecem a desapropriação indireta em outras situações, quando não há transferência de propriedade para o Estado. São estas situações que serão tratadas especificamente neste trabalho.

É o caso em que o Estado intervém de maneira tão intensa na propriedade particular, impondo limitações de modo a impedirem o proprietário de exercer suas faculdades atinentes ao direito de propriedade. Há um esvaziamento do sentido e do conteúdo econômico deste direito, de modo que, em razão da intervenção estatal, mesmo que não tenha havido efetiva transferência de propriedade, o bem imóvel acabou por tornar-se sem utilidade para seu proprietário. É isso que Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina, ao abordar a temática⁸⁷,

Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar em parte o direito de propriedade.

Di Pietro faz menção justamente a situações em que não há apossamento do bem pela Administração Pública. Em certos casos, o Poder Público realiza intervenções na

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 924.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 226.

propriedade, seja na forma de limitações ou servidões, que não resultam em mera limitação no exercício das faculdades de proprietário. Vão além, impedindo ao proprietário praticar as faculdades inerentes ao seu direito de propriedade. Neste caso, conforme ressaltado no trecho da obra de Di Pietro acima citado, caracterizar-se-á a desapropriação indireta, pois o resultado da intervenção da Administração Pública na propriedade superou as consequências que uma mera limitação ou servidão podem causar, no que tange à limitação do exercício das faculdades de proprietário.

Marçal Justen Filho também discorre sobre o tema, apontando como a limitação ao direito de propriedade pode caracterizar desapropriação indireta. Segundo o autor⁸⁸,

se a limitação importar restrição de grande extensão, deixará de configurar-se uma limitação propriamente dita. Haverá uma situação similar à desapropriação. O direito à indenização decorrerá não da prática de um ato ilícito estatal, mas do reconhecimento de que a eliminação do conteúdo econômico da propriedade ou a imposição de uma carga diferenciada relativamente a determinado sujeito deve ser acompanhada da recomposição patrimonial.

É válido também trazer os ensinamentos de Lúcia do Valle Figueiredo sobre o tema. A autora ensina que⁸⁹

Se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agredir esta situação o dispositivo constitucional de ampla proteção à propriedade (art. 5º, XXII), somente com “restrições” ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação – na hipótese, desapropriação indireta, que se resolveria com a indenização correspondente.

Assim, a doutrina de Direito Administrativo reconhece como desapropriação indireta a situação de intervenções administrativas que limitam de forma tão intensa as faculdades do domínio, de forma a retirar da propriedade seu conteúdo econômico.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 612.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.196.

Sônia Rabello de Castro também segue o entendimento da doutrina administrativista, dizendo que ⁹⁰

2. As restrições, chamadas de limitações administrativas em sentido estrito, por condicionarem o exercício das faculdades do domínio, não são indenizáveis. Esta regra terá como exceção, indenizando-se, a limitação que, excepcionalmente restritiva, impedir o uso efetivo, inerente e atual de determinada propriedade, esvaziando-lhe o conteúdo econômico de forma absolutamente significativa, acarretando uma verdadeira desapropriação indireta

A autora reconhece que o tombamento, sendo uma limitação administrativa, não gera em regra direito à indenização. Todavia, na esteira dos autores citados anteriormente, reconhece o direito do proprietário à indenização quando a limitação “impedir o uso efetivo, inerente e atual”, esvaziando o conteúdo econômico da propriedade de forma significativa, configurando desapropriação indireta.

Passa-se agora à análise da viabilidade do requerimento de desapropriação indireta para o proprietário que possui imóvel tombado pela Administração Pública, em situação que se vê sem a possibilidade de praticar as faculdades do domínio, de forma em que seu direito de propriedade perde seu conteúdo econômico.

5 A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASO DE TOMBAMENTO

5.1 BREVE APRESENTAÇÃO INTRODUTÓRIA DA TEMÁTICA

Passa-se a abordar a temática do esvaziamento econômico do direito à propriedade, aprofundando-se na discussão iniciada no capítulo anterior. Tanto a doutrina de Direito Administrativo brasileira como a jurisprudência dos tribunais superiores trazem critérios necessários para que se identifique uma situação de desapropriação indireta em casos de intervenção do Estado na propriedade.

⁹⁰ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**: o tombamento. Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. p. 143 Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf>. Acesso em: 11. nov.2017.

Para que se configure hipótese de desapropriação indireta, é necessário que haja a impossibilidade, para o proprietário, de exercício dos poderes atinentes ao domínio em seu imóvel, como tratado por Di Pietro, em trecho de sua obra já citada anteriormente no presente trabalho⁹¹. Além disso, requer-se que ocorra a perda do conteúdo econômico da propriedade, como ressaltado por Marçal Justen Filho⁹².

Retomando a discussão acerca da intervenção do Estado na propriedade imóvel, é possível que a mesma se dê tendo como bases o atendimento do interesse público, se sobrepondo ao privado. A supremacia do interesse público pode estar embasada na proteção do patrimônio cultural da sociedade, de forma a justificar a intervenção por meio do tombamento de imóveis, atendendo à previsão constitucional deste instrumento, no art. 216, §1º da Constituição Federal de 1988⁹³.

Todavia, como já discutido, as intervenções da Administração Pública sobre a propriedade de particulares podem se configurar como abusivas, de forma que medidas que inicialmente deveriam se tratar de limitações ao uso do bem, em nome do interesse público, acabem por se tornar instrumentos que inviabilizam completamente a utilidade do imóvel para o proprietário, retirando seu conteúdo econômico e impedindo o exercício das faculdades inerentes ao domínio. Tal situação pode ocorrer quando a Administração Pública determina o tombamento de um imóvel, prejudicando excessivamente o proprietário do bem tombado, deixando como única alternativa para tirar proveito do imóvel de sua propriedade a declaração de desapropriação indireta.

É sabido que o tombamento não provoca a transferência do domínio ou da propriedade do bem para a Administração Pública. O imóvel passa a ser parte

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 226.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.612.

⁹³ Conforme o art. 216§ 1º, da Constituição Federal de 1988: "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação". *In*: BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional⁹⁴, mas sua propriedade permanece com o particular, limitado no exercício de seus poderes de proprietário.

Entretanto, quando o tombamento de um imóvel possui consequências extremas para o seu proprietário, impedindo o exercício de seus poderes de domínio e esvaziando a propriedade de seu conteúdo econômico, deve-se declarar a desapropriação indireta do imóvel, como forma de indenizar o cidadão que viu seu imóvel perder a utilidade econômica em ato do Estado que se mostrou abusivo. Há a possibilidade de se conseguir a desapropriação indireta de imóvel tombado, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a reconheceu em casos como os julgados no Recurso Extraordinário nº 361.127/SP⁹⁵ e no Agravo de Instrumento nº 127.174/SP⁹⁶.

Passa-se a abordar a temática do conteúdo econômico do direito de propriedade para, em seguida, discutir a viabilidade e os critérios para a observância de desapropriação indireta em caso de tombamento de imóveis, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial.

5.2 OS PODERES INERENTES AO DOMÍNIO E O Esvaziamento do Conteúdo Econômico do Direito de Propriedade

Como já discutido anteriormente no primeiro capítulo, o direito de propriedade confere quatro poderes (ou faculdades) ao proprietário, conforme disposto no artigo 1228, *caput*, do Código Civil de 2002. São eles as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver

⁹⁴ Diz o Art. 1º do Decreto-Lei nº 26/1937: Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. *In*: BRASIL, **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 127174/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravados: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de julgamento: 10. maio. 1995. Data de Publicação: 31. maio. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063052&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

a coisa que lhe pertença⁹⁷. Embora individual, é certo falar que a ordem jurídica nacional, em tendência estabelecida desde a Constituição Federal de 1988, vem submetendo a propriedade à sua função social, condicionando o exercício do direito de propriedade (e de suas faculdades) ao respeito aos interesses público e social. É isto que ensina Caio Mário da Silva Pereira, que prossegue dizendo⁹⁸:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi et abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções.

[...]

Na verdade, crescem os processos expropriatórios, sujeitando a coisa à utilidade pública e aproximando-a do interesse social. Condiciona-se o uso da propriedade predial a uma conciliação entre as faculdades do dono e o interesse do maior número; reduz-se a liberdade de utilização e disposição de certos bens; sujeita-se a comercialidade de algumas utilidades a severa regulamentação; proíbe-se o comércio de determinadas substâncias no interesse da saúde pública; obriga-se o dono a destruir alguns bens em certas condições.

O §1º do Art. 1228, do Código Civil ressalta que⁹⁹

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O tombamento é, inclusive, instrumento manejado pelo estado para possibilitar a preservação do patrimônio histórico e artístico. Todavia, o mesmo dispositivo traz que, além do exercício de acordo com suas finalidades sociais, o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas.

⁹⁷ Conforme o Art. 1.228 do Código Civil de 2002: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. In: BRASIL, : **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume IV – direitos reais - 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69-70.

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

Vale lembrar que o direito de propriedade é considerado princípio da ordem econômica nacional, conforme previsão do art. 170, inciso II da Constituição Federal de 1988¹⁰⁰. Assim, deve-se trabalhar o direito de propriedade também numa perspectiva econômica, sobretudo para o seu proprietário, já que o conteúdo econômico faz parte deste direito.

Em passagem já citada da obra *Curso de Direito Civil: direitos reais*, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressaltam a propriedade como representativa da economia de mercado e instrumento de proteção da liberdade de ação do indivíduo¹⁰¹.

Ao tratar do conteúdo econômico da propriedade do bem imóvel, é válido trazer os ensinamentos da análise econômica do direito à propriedade. Os professores da Universidade de Montreal, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, em sua obra *Análise Econômica do Direito*, discorrem sobre a perspectiva econômica dos poderes de proprietário. Segundo os autores¹⁰²:

O *usus* (uso) confere ao proprietário o poder de decidir o que será feito com o objeto da propriedade. O *fructus* (fruto) confere-lhe os resultados desta gestão; os frutos no sentido natural, o produto, a renda, mas também a perda, se for o caso. A conjunção do uso e do fruto dá ao proprietário informação sobre a qualidade da gestão; estabelece, por assim dizer, um canal de retroação imediata, sem intervenção de qualquer terceiro. Faz com que o proprietário tenha interesse direto na preservação do bem e na sua boa administração. Estimulá-lo cria, ainda interesse para que descubra formas novas e mais rentáveis, ou outras vantagens geradas pela utilização do bem.

Assim, mediante o exercício das faculdades do uso e do usufruto da propriedade, o proprietário pode conferir sentido econômico ao seu imóvel, utilizando-o de forma que lhe possibilite a aferição de lucro. Além disso, o valor de um imóvel está intrinsecamente ligado à possibilidade de sua utilização e fruição por um proprietário. Se o bem não pode ser objeto do exercício das faculdades inerentes ao domínio, a propriedade perde seu conteúdo econômico, pois são elas que garantem, segundo

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. p. 279.

¹⁰² MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 230.

Maackay e Rousseau, o interesse direto do proprietário na preservação do bem e na sua boa administração.

Nesse sentido, ainda na discussão da análise econômica do direito de propriedade, cabe citar Antônio José Maristello Porto e Paulo Fernando Franco, que dizem¹⁰³:

A inexistência de salvaguardas jurídicas da garantia da propriedade privada acabaria por desestimular a utilização eficiente dos recursos pelos proprietários porque, essencialmente autointeressados, poderiam não ter incentivos para explorar a propriedade em sua plenitude. Em situações jurídicas precárias, a insegurança impede a utilização eficiente da propriedade.

Assim, percebe-se que a garantia dos direitos do proprietário, que se traduzem nas faculdades do domínio, é fundamental para que se possa extrair uma utilização eficiente da propriedade. Se não há interesse dos proprietários em explorar sua propriedade, esgota-se a possibilidade de sua utilização econômica.

5.3 A POSSIBILIDADE FÁTICA DE OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ENSEJADORES DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASO DE TOMBAMENTO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Para adentrar-se na discussão sobre tombamento de imóveis, esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade e desapropriação indireta, temas centrais deste presente trabalho científico, é imperioso destacar um julgamento emblemático. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário 361.127/SP¹⁰⁴, de 22 de setembro de 2009, que, assim como o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça, manteve a indenização por desapropriação indireta em razão de um tombamento realizado pelo Estado de São Paulo, conforme decisão de 1ª instância.

¹⁰³ PORTO, Antônio José Maristello, FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 7, p. 207-232., jan-jun. 2016. p.213. Disponível em < <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473/pdf>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

Com a chancela do Supremo Tribunal Federal, foi mantida a condenação do Estado de São Paulo em indenizar Rubens Franco de Mello pelo tombamento de sua casa localizada na Avenida Paulista.

Cabe aqui breve explicação do caso. Com a Resolução nº 36, de 16 de novembro de 1992, DOE-SP 17 de novembro de 1992, a Secretaria de Estado e Cultura tombou o imóvel de Rubens Franco de Mello, situado na Avenida Paulista, em São Paulo-SP. O imóvel é a Residência Joaquim Franco de Melo, número 1.919 na Avenida Paulista, que consiste em uma mansão antiga, uma das últimas restantes em uma avenida completamente tomada de modernos edifícios comerciais, sendo tombado sob a alegação de preservação do patrimônio histórico e arquitetônico da importante avenida paulistana¹⁰⁵.

Os proprietários do imóvel moveram ação de desapropriação indireta contra o Estado de São Paulo, alegando que o tombamento provocou o esvaziamento econômico do bem. A sentença julgou procedente o pedido, condenando o Estado de São Paulo a indenizar os proprietários. O Tribunal de Justiça manteve a condenação. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal mantiveram o mesmo entendimento.

Cabe trazer os argumentos utilizados no voto do Ministro Joaquim Barbosa, relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 361.127 São Paulo, interposto pelo Estado de São Paulo, que teve seu provimento negado. Conforme voto do Eminentíssimo Ministro¹⁰⁶,

Quanto ao mérito do recurso, mantenho a opinião contida na decisão monocrática. **Como se sabe, a construção doutrinária por trás do conceito de desapropriação indireta destaca o caráter especial, individualizado, do prejuízo sofrido com o tombamento. Não é qualquer**

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 361.127 São Paulo**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Rubens Franco de Mello e outro. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 15. maio 2012. Data de publicação: 01. ago. 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282908>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

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 se 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, DJ 23.08.2002, no qual se discutiu o tombamento do bairro de Cosme Velho e de parte do bairro das Laranjeiras, na cidade do Rio de Janeiro.

No caso destes autos, tratando-se de um dos únicos imóveis da Avenida Paulista remanescentes da idade de ouro do café, é nítida a especialidade do interesse atingido pelo tombamento. **Em casos como o presente, a jurisprudência da Corte reconhece que o dano resulta do esvaziamento do direito de propriedade que resulta do tombamento.** Nessa linha de pensamento, veja-se a decisão monocrática do min. Celso de Mello que negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo Estado de São Paulo em recurso que tratava da desapropriação indireta da Casa Modernista de Gregori Warchavchik, imóvel que hoje integra o Museu da Cidade de São Paulo (AI 127.174, RDA 200/158).

Assim, dadas as premissas da lide, e devidamente instruída a ação, o acórdão recorrido demonstrou, de maneira satisfatória, o prejuízo decorrente do tombamento.

O voto destaca que, se comprovado o esvaziamento econômico do direito de propriedade em razão do tombamento, é o caso de desapropriação indireta, cabendo ao Estado o dever de indenizar.

Neste caso, é importante analisar a decisão de segunda instância do caso envolvendo o imóvel de Rubens Franco de Mello, em que houve discussão sobre o esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. Trata-se do acórdão do julgamento da Apelação Cível nº 270.823-2/9-00 da Comarca de São Paulo. Segue abaixo a ementa¹⁰⁷:

Tombamento - Indenização por restrição de uso e gozo. Preliminares: Prescrição quinquenal inexistente - Legitimidade das partes - Titularidade do bem comprovada. Mérito: Indenização cabida - Prejuízo existente - Cláusulas restritivas preservam o bem existente - Indenizabilidade pelo tombamento prevista constitucionalmente (art. 37, § 6o) - Descabimento de juros compensatórios por não se tratar de apossamento administrativo - Honorários mantidos, face à elevada soma que compõe a indenização - Recursos improvidos.

¹⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 270.823-2/9-00 – SP.** Apelante/Apelado: Rubens Franco de Mello e Outros. Apelado/Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo e outro. Relator: Desembargador Afonso Faro. São Paulo. Data de julgamento: 03. nov. 1997. Data de Registro: 24. nov. 1997. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1856974&cdForo=0>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

(TJSP; Apelação Com Revisão 9052073-69.1995.8.26.0000; Relator (a): Afonso Faro; Órgão Julgador: Sexta Câmara de Direito Público de Férias; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 24/11/1997)

Para tratar da situação de desapropriação indireta em razão de tombamento, o acórdão usou como referência a doutrina de Hely Lopes Meirelles. Sobre a temática, ensina o doutrinador¹⁰⁸:

Tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos: e, assim sendo, não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado [...]. Com efeito, o tombamento de uma obra de arte que permita a seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou sua normal exploração econômica há de ser indenizado.

Importante destacar algumas considerações de Meirelles no trecho acima transcrito. Como o tombamento é imposição do Poder Público em benefício de todos, com base no interesse coletivo, um particular não pode ser tolhido em seu direito de propriedade sem que haja indenização reparatória correspondente ao prejuízo sofrido. Além disso, se o tombamento impede a exploração econômica de um imóvel, seu proprietário deve ser indenizado.

Em trecho do acórdão, é feita a relação do trecho que explicita a indenização em certos casos de tombamento com o caso concreto envolvendo a mansão na Avenida Paulista. Conforme o acórdão¹⁰⁹:

A necessidade de serem indenizados os autores por esta limitação do direito de uso, no caso presente, é inconteste. Todos quanto caminham pela av. Paulista e percebam a existência de raros palacetes, entre os quais situa-se o dos autos, admira-os como resistentes aos imbatíveis interesses econômicos da nação, consubstanciados nos moderníssimos arranha-céus, construídos sobre terrenos onde outrora erguiam-se idênticas obras de arte,

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 664.

¹⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 270.823-2/9-00 – SP**. Apelante/Apelado: Rubens Franco de Mello e Outros. Apelado/Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo e outro. Relator: Desembargador Afonso Faro. São Paulo. Data de julgamento: 03. nov. 1997. Data de Registro: 24. nov. 1997. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1856974&cdForo=0>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

que o Estado não conseguiu preservar. O imóvel, ora em questão, foi objeto do interesse do Estado para preservar a cultura e arte a benefício da posteridade. **É evidente que outros tantos interesses imobiliários e financeiros, por certo, existiriam para a aquisição do bem ora tombado, o que renderia aos proprietários valores compensadores diante da notória valorização, por metro quadrado, de imóveis situados na conhecida av. Paulista, nesta Capital.** (Grifo nosso)

Prossegue o desembargador Afonso Faro, em seu voto vencedor¹¹⁰:

Não se trata, pura e simplesmente, de minúscula restrição ao direito de propriedade imposta por um tombamento teoricamente concebido. Mas, de restrição praticamente absoluta, posto que ao que mais se prestaria, diante dos interesses materiais, seria a edificação de outros moderníssimos edifícios. **A indenização é devida.** (Grifo nosso).

A procedência da ação efetivamente se impõe e nos exatos padrões expostos pela bem fundamentada r. sentença da lavra de Sua Excelência Dr. José Mareio do Valle Garcia.

O tombamento da Residência Joaquim Franco de Melo provocou seu esvaziamento econômico. O imóvel era um dos últimos casarões restantes na Avenida Paulista e, portanto, poderia ter o seu uso destinado para os mesmos fins dos outros imóveis da avenida, qual seja, a venda para a construção de empreendimentos diversos.

Entretanto, ao se tornar um imóvel, proíbe-se qualquer obra que promova a sua destruição completa ou alguma descaracterização parcial (denominada proibição particular)¹¹¹, bem como impõe-se ao seu proprietário dever de conservar e reparar o bem tombado, com o fim de preservar a sua integridade e mantê-lo em condições de uso¹¹². Sendo assim, o ato de tombamento por si só já caracteriza forte intervenção no direito de propriedade, por limitar o exercício, sobretudo, das faculdades de uso, gozo e disposição do bem.

¹¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 270.823-2/9-00 – SP.** Apelante/Apelado: Rubens Franco de Mello e Outros. Apelado/Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo e outro. Relator: Desembargador Afonso Faro. São Paulo. Data de julgamento: 03. nov. 1997. Data de Registro: 24. nov. 1997. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1856974&cdForo=0>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

¹¹¹ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131

¹¹² ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 132

Se analisado o contexto do caso, verifica-se completa inviabilização do uso esperado para aquele bem. Em razão de ter sido um dos últimos casarões preservados na importante avenida paulistana, o valor do imóvel sofreu forte valorização. Todavia, com o tombamento, aquele proprietário que poderia se aproveitar do valor do imóvel para vendê-lo para quem queira construir um novo empreendimento, se vê completamente inviabilizado desta possibilidade, por uma limitação provocada pela Administração Pública.

Como ressaltado pelo Ministro Joaquim Barbosa, o imóvel se trata de “um dos únicos imóveis da Avenida Paulista remanescentes da idade de ouro do café”¹¹³. Os outros foram destinados para a construção de edifícios comerciais. Dessa forma, o tombamento do referido casarão ocasionou grave intervenção no direito de propriedade, prejudicando o seu titular de dar ao seu imóvel uma destinação semelhante à de seus vizinhos.

Assim, se configura um dano especial ao direito de propriedade do afetado, que ao contrário de todos os outros antigos casarões semelhantes da avenida, foi o único que sofreu com a intervenção do tombamento. Dessa forma, o proprietário viu-se completamente prejudicado em seu direito de dispor do bem, visto que o bem, que antes possuía altíssimo valor imobiliário, perdeu considerável valor de venda, visto que foi tombado e assim sua preservação se tornou um dever.

Constata-se então a interligação entre a impossibilidade do exercício das faculdades do direito de propriedade com o esvaziamento do conteúdo econômico do mesmo. Quando o proprietário se vê impedido de, como no caso em questão, dispor do bem, alienando-o para quem possa dá-lo a destinação esperada naquele contexto, o conteúdo econômico do direito foi violado.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 361.127 São Paulo**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Rubens Franco de Mello e outro. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 15. maio 2012. Data de publicação: 01. ago. 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282908>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

Neste sentido, é importante ressaltar que um importante indicador de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade se demonstra quando o proprietário não consegue dar ao bem sua destinação esperada, ou seu “uso natural” em razão do tombamento. Sobre isso, Sônia Rabello de Castro faz o seguinte apontamento¹¹⁴:

Não obstante, foi mencionado que a regra geral da não indenização das restrições decorrentes da limitação, como no caso do tombamento, poderia conter, excepcionalmente, exceção: a restrição impedir o uso inerente, efetivo e atual de propriedade, também chamado por alguns autores como uso “natural”. Destaque-se, mais uma vez, que não se trata de o ato administrativo atingir certo número de propriedades, mas da avaliação das circunstâncias específicas das propriedades atingidas. A **imposição não deve causar distorção substancial a determinada propriedade quanto ao seu uso, se comparada às propriedades que lhe são assemelhadas, isto é, a destinação específica não deve se contrapor, de modo intolerável, ao uso geral das propriedades que, em determinado local e momento, lhe são assemelhadas.** Embora determinada propriedade possa ainda ter, faticamente, um uso residual, há de se verificar se ela deixa (ou não) de estar inserida no contexto que lhe condiciona o uso, com maior ou menor intensidade, mas não tolerando contraposição.

[...] A pergunta que se coloca então é: quando é que a propriedade deixa de ter seu “uso natural”? Não há como se definir prévia e teoricamente a questão, já que o chamado “uso natural” há de ser verificado em cada caso e circunstância. Dirá a sensibilidade do administrador, conferido e orientado pela construção pretoriana (ainda que se possa correr determinados riscos em função de julgamentos mais ou menos radicais). Entretanto, é necessário reafirmar-se a posição de que **a limitação indenizável terá de provocar na propriedade uso social distorcido, incongruente ou inviável economicamente, sobretudo em relação àquelas que lhe são circundantes.** (Grifo nosso)

Se o proprietário não pode mais dar para seu bem a destinação esperada a ele, sobretudo em relação aos imóveis semelhantes ou circundantes, há notável interferência na possibilidade de utilização econômica do imóvel tombado. Este impedimento de destinação natural ao imóvel é, como visto em trecho citado acima, exceção à regra geral de não indenização por limitações administrativas à propriedade, dentro das quais se inclui o tombamento.

Nesse caso, o tombamento acaba por se tornar uma limitação não apenas parcial do direito de propriedade, como em regra tal modalidade de intervenção é. Identifica-se aqui um esvaziamento do conteúdo econômico do direito e uma excessiva restrição

¹¹⁴ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento.** Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf>. Acesso em: 11. nov.2017. p. 143-144.

no seu exercício, restando ao proprietário do imóvel tombado ajuizar ação de desapropriação indireta.

Acaba-se, assim, provocando um ônus excessivo ao proprietário, que se vê obrigado a preservar o seu bem imóvel, conforme as suas características ao momento do tombamento, em nome da coletividade. Dessa forma, o dono do imóvel perde toda a possibilidade econômica de usufruto ou disposição onerosa do imóvel, em detrimento de vê-lo sendo reconhecido patrimônio histórico e cultural coletivo. Afinal, não pode alterar sua configuração visual ou estrutural, o que limita sua capacidade de usá-lo e esvazia do bem seu potencial econômico e comercial.

Como já visto, não é a desapropriação indireta nos casos em questão a modalidade comum de desapropriação indireta, em que há a apropriação irregular do bem imóvel pelo Estado, sem obedecer ao procedimento legal da desapropriação, mas sim possibilidade amplamente reconhecida pela doutrina e já consolidada na jurisprudência¹¹⁵. E como visto, tal possibilidade é válida e deve ser aplicada nos casos em que se identificou que o tombamento esvaziou o conteúdo do direito de propriedade.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento anterior ao do Recurso Extraordinário nº 361.127/SP, também julgou outro caso de ação de desapropriação indireta em razão de tombamento. Trata-se do Agravo de Instrumento nº 127174/SP¹¹⁶, julgado no dia 31 de maio de 1995. Esta decisão, do Ministro Relator Celso de Mello foi, inclusive, utilizada como precedente jurisprudencial para embasar a decisão já citada, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

O caso consiste no seguinte: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros moveram ação ordinária contra a Fazenda do Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, com

¹¹⁵ Reconhecida por autores já citados, como Marçal Justen Filho, Lúcia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, bem como pela jurisprudência do STF, consubstanciada nos julgamentos do Recurso Extraordinário 361.127/SP e do Agravo de Instrumento 127.174/SP.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 127174/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravados: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de julgamento 10. maio. 1995. Data de Publicação: 31. Maio 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063052&base=baseMonocrat icas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

o fim de obter indenização correspondente ao valor de seu imóvel, a “Casa Modernista”. O motivo alegado pelas partes autoras da ação é que o tombamento do referido imóvel causou o “esvaziamento do valor econômico da propriedade”¹¹⁷. Como citado na decisão, a sentença de 1ª instância foi procedente para os autores no sentido do reconhecimento do direito à indenização e, em segunda instância, confirmada¹¹⁸.

A decisão do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello traz importantíssimas conclusões que servem de fundamento para o entendimento acerca da necessidade de indenização para os casos em que o tombamento de um imóvel esvazia o conteúdo econômico do direito de propriedade. Vale citar o trecho abaixo¹¹⁹:

Embora de extração constitucional, o tombamento não pode - e não deve - ser invocado pelo Estado como causa de exoneração do seu dever de indenizar aqueles que, como os particulares ora agravados, expondo-se à ação desenvolvida pelo Poder Público na defesa do patrimônio cultural, vêm a sofrer prejuízos materiais de ordem econômica resultantes da utilização governamental desse instrumento de limitação ao uso da propriedade privada.

Como já destacado neste trabalho, o tombamento faz criar ao particular dono do imóvel o dever de preservá-lo. Sobre este ponto, destaca-se outro trecho da decisão ora estudada¹²⁰:

Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa.

[...]

Impende ressaltar, no entanto, tal como já precedentemente enfatizado, que o Poder Público ficará sujeito a indenizar o proprietário do bem tombado, se, em decorrência de sua ação administrativa, o dominus vier a sofrer prejuízos de ordem patrimonial.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 127174/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravados: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de julgamento 10. maio. 1995. Data de Publicação: 31. maio. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063052&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

Como se vê em trecho acima citado, o tombamento provoca a retirada de “uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa”. Ou seja, em regra, o tombamento irá interferir o proprietário no seu poder de usar o bem da forma que ele desejaria, impondo a ele certas limitações que possibilitem garantir a preservação do bem. Todavia, o Poder Público ficará sujeito a indenizar o dono do bem se em razão do tombamento o proprietário sofrer outros prejuízos patrimoniais.

Aqui se incluem a supressão das faculdades do domínio que provocam o esvaziamento do conteúdo econômico do bem. Assim, é possível estabelecer a relação deste julgamento com a decisão do Recurso Extraordinário 361.127/SP, visto que no caso do Recurso Extraordinário, o tombamento não ocasionou apenas a limitação na faculdade do proprietário de transformar e desnaturar a coisa, em razão do dever de preservar. Também retirou completamente a faculdade de dispor da coisa de forma onerosa, pois o tombamento esvaziou o bem de seu valor de venda, impossibilitando a destinação do terreno para empreendimentos comerciais, como ocorreu com a grande maioria dos demais imóveis da Avenida Paulista¹²¹.

Ou seja, a configuração de esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade também se identifica quando o tombamento provoca limitações ao exercício dos poderes do domínio que ultrapassem àquelas atinentes ao tombamento. Entende-se que o tombamento não retira a propriedade do particular, retirando-lhe apenas o direito de transformar e desnaturar a coisa¹²². Ou seja, é uma limitação à liberdade do proprietário em sua faculdade de uso do imóvel. Entretanto, outros prejuízos patrimoniais além deste, que já é natural do tombamento, ensejam o esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o que confere ao proprietário o direito à indenização mediante desapropriação indireta. Como é o caso da limitação

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

¹²²Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, ao decidir o Agravo de Instrumento 127174/SP. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 127174/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravados: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de julgamento: 10. maio. 1995. Data de Publicação: 31. maio. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063052&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

à disposição onerosa da coisa, em razão de o tombamento ter-lhe retirado completamente o valor de venda.

Diante do exposto, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecem a possibilidade de o tombamento gerar ao Estado o dever de indenizar o particular proprietário do bem tombado. Nas hipóteses em que se reconheça o esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, ou seja, quando os efeitos do tombamento ultrapassam as limitações comuns à essa intervenção administrativa, que seria o dever de preservar o bem, impossibilitando alterações significativas que venham a descaracterizá-lo.

Nos casos em que há o esvaziamento econômico da propriedade, o tombamento causa grandes prejuízos ao proprietário, de forma a impossibilitá-lo no exercício das suas faculdades de proprietário. Em exemplos como o da Residência Joaquim Franco de Melo, o imóvel perde completamente o valor de venda, e o proprietário não tem mais possibilidades de dar a destinação normal a seu bem, que seria a venda para a construção de empreendimentos comerciais. Nestas situações, é injusto conceder ao proprietário do bem o ônus de suportar a completa desvalorização do imóvel e o esvaziamento do conteúdo econômico de sua propriedade, somente para proteger um bem que passou a ser considerado, pelo Estado, patrimônio histórico e cultural.

Assim, quando o tombamento provocar o esvaziamento do conteúdo econômico do imóvel, caberá a interposição de ação de desapropriação indireta, em que o imóvel passará para o patrimônio da Administração Pública, recebendo o particular, em contrapartida, indenização correspondente ao valor de seu imóvel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de propriedade possui garantia constitucional de direito fundamental, previsto no art. 5º, XXII. Possui regulação no art. 1228 do Código Civil, que trata das faculdades do proprietário em seu *caput*. Destaca-se ainda o parágrafo 1º do dispositivo, que estabelece regulações e limitações para o exercício de tal direito. Usando como base o conceito de Carlos Roberto Gonçalves, ao analisar o art. 1228 do Código Civil, pode-se considerar o direito de propriedade como o poder jurídico de usar, gozar e dispor de um bem dentro dos limites da lei, além de reivindicá-lo de quem o detenha injustamente¹²³.

É possível que o Estado intervenha no direito de propriedade, uma realidade atual, chancelada pela ordem jurídica em determinados casos. Em geral, as intervenções se dão em situações onde se manifesta a prevalência do interesse público sobre o particular. Assim, é possível ao Poder Público intervir no exercício do domínio, sob a prerrogativa do atendimento do interesse público, mesmo que de modo contrário ao interesse do particular¹²⁴.

Destaca-se que a intervenção sobre a propriedade pode ocorrer tanto na modalidade repressiva quanto supressiva. Enquanto na primeira, o Estado impõe restrições e condições ao uso da propriedade ao particular, na última modalidade, o que ocorre é a transferência da propriedade para o patrimônio do Estado¹²⁵.

Um exemplo de intervenção supressiva na propriedade é o tombamento, modalidade estudada neste trabalho, cujo objetivo é a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Assim, o Estado intervém em um imóvel tombando-o, por considerar que a sua conservação seja de interesse público, dado seu valor histórico e artístico¹²⁶.

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 229-230.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.831.

¹²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 833-834

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 178.

O tombamento gera uma série de efeitos no imóvel. Dentre os efeitos principais, temos como exemplo a proibição de danificar e o dever de preservar. Sobre o primeiro, cabe dizer que o tombamento impõe a proibição de danificar o imóvel tombado, como apontado no art. 17, *caput* do Decreto-lei 25/1937¹²⁷. Outro efeito importante e fundamental para a discussão deste trabalho é o dever de preservar, realizado através da conservação e da reparação/restauração¹²⁸ do bem tombado pelo particular proprietário do imóvel.

Destacando passagem de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ressaltou-se que o tombamento, por ser em tese uma restrição parcial do uso da propriedade, não garante, em regra, direito de ser indenizado. Entretanto, quando comprovado prejuízo econômico devido ao tombamento, o dono do imóvel fará jus à indenização, em modalidade de desapropriação indireta¹²⁹, como fora explicado posteriormente neste trabalho científico.

Posteriormente, passou-se à análise específica do conceito de desapropriação. Este é um procedimento administrativo destinado à transferência de propriedade de terceiros para o Poder Público, por razões de interesse social ou utilidade pública, mediante o pagamento de indenização.¹³⁰ Já a desapropriação indireta, o Estado se apropria do bem, sem obedecer ao procedimento previsto em lei, tampouco pagando indenização. Como dito por Hely Lopes Meirelles, em obra citada, quando consumado o apossamento do imóvel pelo Estado, o bem torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação, restando ao particular obter indenização devida¹³¹.

Embora ocorra a transferência do bem ao patrimônio do Estado na situação de desapropriação em sua modalidade comum¹³², a doutrina e jurisprudência

¹²⁷ BRASIL. **Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

¹²⁸ ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 132.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 226.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 868.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690-691.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 690

reconhecem a desapropriação indireta em situações em que não ocorreu tal expropriação, como já discutido neste trabalho. São os casos de intervenções tão intensas no direito de propriedade, que impediram o exercício das faculdades de proprietário do particular, provocando o esvaziamento do conteúdo econômico do seu direito de propriedade.

Como demonstrado no presente trabalho, é possível o reconhecimento de desapropriação indireta para casos de tombamento de imóveis. Embora o tombamento não seja, em regra, indenizável, poderá gerar tal obrigação para o Estado em determinadas situações, como reconhecido pela doutrina e jurisprudência. São os casos em que a intervenção causada pelo tombamento foi tão intensa que inviabilizou o exercício das faculdades do domínio pelo proprietário, esvaziando seu direito de propriedade de seu conteúdo econômico.

Para tais situações, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido do reconhecimento do direito de indenização, por meio de ação de desapropriação indireta interposta pelo proprietário do imóvel afetado pelo tombamento. Destacou-se duas decisões, a do Recurso Extraordinário nº 361.127/SP¹³³, julgado em 22 de setembro de 2009 e a do Agravo de Instrumento nº 127174/SP¹³⁴, julgada em 31 de maio de 1995, usada como precedente para a primeira decisão.

Estes foram casos em que o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento das sentenças de primeira instância, julgando procedente a ação de desapropriação indireta interposta pelos particulares e, conseqüentemente, condenando o Estado de São Paulo a expropriar os imóveis tombados e a pagar indenização devida a seus proprietários.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361.127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out. 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocrat icas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 127.174/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravados: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de julgamento: 10. maio. 1995. Data de Publicação: 31. maio. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063052&base=baseMonocrat icas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

Em ambos os casos, entendeu-se que o tombamento provocou o esvaziamento econômico do imóvel. Cita-se o caso da Residência Joaquim Franco de Melo, tombada no caso do RE nº 361.127/SP, em que se entendeu que o tombamento inviabilizou completamente a destinação normal e esperada para aquele imóvel, qual seja, a sua venda para a construção de empreendimento comercial, como ocorrera com a grande maioria dos outros imóveis da Avenida Paulista¹³⁵. Não houve mais a possibilidade de aquele imóvel servir a seu “uso natural”, pois o tombamento inviabilizou completamente que se desse a ele o mesmo destino dos outros imóveis semelhantes.

Estes casos servem para ilustrar o ponto central da discussão de desapropriação indireta em casos de tombamento, qual seja o esvaziamento econômico do direito de propriedade. Não é justo que um particular tenha que arcar com o ônus de preservar o patrimônio histórico e cultural em nome da coletividade, sofrendo basicamente sozinho com a completa perda do valor de seu imóvel. É uma situação em que os efeitos do tombamento ultrapassam excessivamente o que se esperaria de uma situação normal de imóvel tombado, qual seja, a limitação de descaracterizar o bem tombado, mediante o dever de preservá-lo.

Aqui, a limitação imposta pelo ato de tombamento vai além, inviabilizando a faculdade do proprietário de dispor do seu bem, visto que, se o tombamento impede o mesmo de ter a destinação esperada e normal, o imóvel perde o seu valor de venda. Esta é uma situação que pode ser identificada em tombamentos de imóveis específicos, situados em localidades onde outras edificações não sofreram com o mesmo procedimento. Diferentemente de sítios históricos, onde imóveis são tombados em grande número, em casos como o citado, um dos proprietários se vê severamente limitado, pelo Estado, no exercício das suas prerrogativas de proprietário em relação a seu bem, enquanto outros particulares ao seu redor não se veem na mesma condição.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

Assim, esta pesquisa levou à conclusão que, se o tombamento revela flagrante injustiça com o particular, bem como causa intensos prejuízos patrimoniais para si, com o esvaziamento do conteúdo econômico de seu direito de propriedade, há a caracterização de desapropriação indireta. Nestas situações, o tombamento não se torna apenas limitação na possibilidade de alterar o bem e uma obrigação de conservá-lo e preservar suas características. Além disso, impede o exercício de outras faculdades do domínio do proprietário, que vê seu bem perder seu valor comercial, impossibilitando-o de dispor dele onerosamente. O tombamento, nestes casos, inviabiliza que o proprietário dê para seu imóvel aquela destinação natural e esperada de seu bem, que outros imóveis semelhantes tiveram ou terão, como ressaltado por Sônia Rabello de Castro¹³⁶.

Assim, ocorre a perda do valor e conteúdo econômico do imóvel, restando para o proprietário, como melhor solução ao caso, obter judicialmente a desapropriação indireta. Nesta situação, o Estado transferirá o domínio do bem para si, mas o particular receberá, em contrapartida, indenização correspondente ao valor de seu imóvel, situação mais vantajosa se comparado a manter a propriedade de um imóvel que perdeu a possibilidade de utilização econômica.

¹³⁶ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**: o tombamento. Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf>. Acesso em: 11. nov.2017. p. 143-144.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/098065098.pdf>>. Acesso em: 06. nov. 2017

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 25 de 30 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 11. nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8. nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 127174/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravados: Mauris Ilia Klabin Warchavchik e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de julgamento: 10. maio. 1995. Data de Publicação: 31. maio. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063052&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 361127/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Data de julgamento: 22. set. 2009. Data de Publicação: 09. out.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000053377&base=baseMonocraticas>> . Acesso em: 11. nov. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento**. Edição especial – Série Reedições do IPHAN. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/SerRee_OTombamento_m.pdf>. Acesso em: 11. nov.2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEZZARROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha, **Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume IV – direitos reais** - 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. Tradução de Luis Guilherme B. Chaves e Carlso Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PORTO, Antônio José Maristelo, FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 7, p. 207-232., jan-jun. 2016. p.213. Disponível em <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473/pdf>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Breve estudo sobre a natureza jurídica do tombamento**. Pensar, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 32-38, fev. 2003. p. 34. Disponível em <periodicos.unifor.br/rpen/article/download/735/1597>. Acesso em: 11. nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 270.823-2/9-00 – SP**. Apelante/Apelado: Rubens Franco de Mello e Outros. Apelado/Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo e outro. Relator: Desembargador Afonso Faro. São Paulo. Data de julgamento: 03. nov. 1997. Data de Registro: 24. nov. 1997. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1856974&cdForo=0>>. Acesso em: 11. nov. 2017

ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.