



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica**

**ÉRIKA TEIXEIRA PINHEIRO**

**MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO PARA A  
DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO:  
ANÁLISE DO CASO CONCRETO DO IDEAL CLUBE EM FORTALEZA/CE.**

**FORTALEZA - CE  
2010**

**ÉRIKA TEIXEIRA PINHEIRO**

**MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO PARA A  
DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO:  
ANÁLISE DO CASO CONCRETO DO IDEAL CLUBE EM FORTALEZA/CE.**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Orientadora: Professora Doutora Raquel Coelho Lenz César.

**FORTALEZA - CE  
2010**

**ÉRIKA TEIXEIRA PINHEIRO****MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO PARA A  
DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO:  
ANÁLISE DO CASO CONCRETO DO IDEAL CLUBE EM FORTALEZA/CE.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora e à Coordenação de Atividades Complementares e Elaboração de Monografias do curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_/\_\_/\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Raquel Coelho Lenz César (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Mestrando David Barbosa Oliveira  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Dr. Regnberto Marques de Mello Júnior  
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Ricardo e Stela.  
Ao meu avô Afrânio, que vibra por seus netos.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que pela Sua infinita bondade e amor me concedeu estar aqui.

Aos meus pais, pelas orientações sempre oportunas.

Ao meu noivo, Levi, que mesmo longe consegue estar presente.

Aos meus irmãos Camilla e Paulo Ricardo, por nunca deixarem faltar a ajuda e a descontração necessárias.

À Professora Raquel César, por ter aceitado orientar este trabalho.

Ao colega-professor David Oliveira, pela atenção e paciência na realização deste trabalho e pelo apoio na academia.

Ao Professor Regnberto Marques de Mello Júnior, pela solicitude ao aceitar o convite de participar da banca examinadora desta monografia.

“Àquele que puder ser sábio, não lhe  
perdoamos que não o seja.”

**(S. Josemaria Escrivá)**

## RESUMO

O presente trabalho analisa o instituto jurídico do tombamento como forma de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada necessária à preservação do patrimônio cultural brasileiro. São apresentados o conceito e as características do instituto, sua previsão constitucional e legal e o processo administrativo necessário à sua efetivação. Aborda-se o mandado de segurança como instrumento processual para a desconstituição do ato administrativo de tombamento ilegalmente realizado, tratando da controvérsia jurisprudencial a respeito do cabimento desse remédio constitucional em face da continuidade do processo administrativo quando caduco o ato de tombamento provisório. Por fim, apresenta-se o caso concreto do Ideal Clube, em Fortaleza/CE.

**Palavras-chave:** tombamento, mandado de segurança, processo administrativo.

## ABSTRACT

The present work examines the legal institute of tipping as a form of restrictive state intervention in private property necessary for the preservation of Brazilian cultural heritage. It is introduced the concept and characteristics of the institute, its constitutional and legal forecast and also the administrative process necessary for its enforcement. The writ of mandamus is addressed as the procedural for the dissolution of illegal administrative act of tipping, presenting the jurisprudential controversy regarding the appropriateness of this constitutional remedy in the face of the continuation of an administrative proceeding when the provisory act of tipping has expired. Finally, it is presented the case of the Ideal Club, in Fortaleza.

**Key-words:** tipping, writ of mandamus, administrative process.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE.....</b>	<b>12</b>
1.1 O direito de propriedade no ordenamento jurídico pátrio.....	12
1.2 Formas restritivas de intervenção estatal na propriedade privada .....	16
1.2.1 Servidão Administrativa.....	16
1.2.2 Requisição.....	19
1.2.3 Ocupação Temporária.....	20
1.2.4 Limitações Administrativas.....	21
<b>2 TOMBAMENTO .....</b>	<b>24</b>
2.1 Conceito e Características.....	24
2.2 Previsão constitucional e legal do tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro.....	26
2.3 Procedimento administrativo de tombamento no âmbito federal .....	28
2.4 Competência municipal para instituir normas sobre tombamento .....	33
<b>3 MANDADO DE SEGURANÇA NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO.....</b>	<b>35</b>
3.1 Hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança.....	35
3.2 Cabimento do Mandado de Segurança no processo administrativo de tombamento .....	36
<b>4 IDEAL CLUBE.....</b>	<b>41</b>
4.1 Breve histórico do Clube .....	41
4.2 Considerações acerca do processo administrativo de tombamento do Ideal Clube.....	43
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A análise jurídica do instituto do tombamento e o cabimento do mandado de segurança como instrumento para sua desconstituição, quando ilegalmente levado a efeito, é o tema do presente trabalho, como parte do programa do curso de graduação em Direito, pela Universidade Federal do Ceará.

A escolha do tema justifica-se na intenção de fomentar o debate acadêmico sobre a possibilidade de impetração de mandado de segurança para a desconstituição de ato administrativo de tombamento, sobretudo quando se verifica a caducidade do ato de tombamento provisório, indagando-se se a caducidade operada torna ilegal ou não a continuidade do processo administrativo e a conversão do tombamento provisório em definitivo.

Embora não se encontre doutrina considerável especificamente sobre o tema, verifica-se vasta construção jurisprudencial, sem pacificação do assunto, que assume grande importância prática.

O trabalho cinge-se ao estudo do tombamento como forma de limitação ao direito de propriedade, necessária à preservação do patrimônio cultural brasileiro, diferenciando-o, em um primeiro momento, de outras formas de intervenção estatal restritivas do direito de propriedade.

Analisa-se o instituto em seu conceito, características, efeitos, abordando-se a previsão constitucional e legal do tombamento, o procedimento administrativo necessário à sua efetivação e a competência municipal para regulamentar o tombamento.

O mandado de segurança - remédio constitucional adequado para atacar ato ilegal e abusivo de autoridade pública, prestando-se à proteção de direito líquido e certo - é estudado como solução para a desconstituição de ato administrativo de tombamento ilegalmente realizado, verificando-se suas hipóteses de cabimento no curso do processo administrativo.

Por fim, analisa-se o caso concreto do Ideal Clube, localizado em Fortaleza/CE, cujo processo de tombamento iniciou-se em 2006, não tendo sido, até a presente data, concluído, encontrando-se o imóvel sob os efeitos de ato precário que, não obstante, são idênticos aos efeitos de ato definitivo.

O trabalho objetiva demonstrar que o tombamento é instituto fundamental para a preservação do patrimônio histórico-cultural brasileiro, devendo ser utilizado em casos nos quais o interesse público de preservação imponha limites ao direito de propriedade, que deverá ser exercido de acordo com as finalidades do tombamento, apresentando o mandado de segurança como instrumento hábil à desconstituição de ato ilegal de tombamento.

A presente pesquisa adota o método de procedimento monográfico, envolvendo pesquisa bibliográfica, pela qual são analisadas as obras constantes nas referências bibliográficas, além de pesquisa jurisprudencial, que se concentra nos precedentes nacionais. Os julgados foram colhidos no sítio eletrônico dos tribunais, a partir do *link* “jurisprudência” e, sucessivamente, “inteiro teor dos acórdãos”, para os precedentes já conhecidos, e “pesquisa”, para os julgados desconhecidos. Nesta última hipótese, as palavras chaves da consulta foram “tombamento” e “mandado de segurança”.

## **1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE**

### **1.1 O direito de propriedade no ordenamento jurídico pátrio**

O direito de propriedade, ao longo do tempo, foi alvo de diversas transformações, que definiram seus contornos e seu conteúdo. Partindo da concepção existente no Estado Liberal, tal direito passou de absoluto para direito limitado por diversas condicionantes na atualidade.

O direito de propriedade, segundo a concepção liberal clássica, representava garantia da liberdade individual frente ao poder estatal. Não poderia o Estado intervir na propriedade, uma vez que o *dominus* era senhor absoluto, que exercia seu direito de forma ilimitada. O Estado, por sua vez, adotava postura absenteísta, consentindo que o particular defuisse os limites de seu direito, estabelecendo-se, então, nítida separação entre o Estado e a sociedade.

Durante todo o século XIX, a propriedade figurou como instituto central do direito privado, em torno do qual gravitariam os bens. A centralidade do instituto foi fundada, pelos teóricos do constitucionalismo clássico, no direito natural de subsistência individual, que mais tarde se transformaria em garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público<sup>1</sup>.

No entanto, com o surgimento de necessidades sociais que provocaram mudança na atuação estatal, o direito de propriedade passou a ser paulatinamente limitado, tendo seu legítimo exercício condicionado a fatores de interesse social. O interesse público passou, assim, a sobrepor-se ao interesse meramente privado, tendo início o desenvolvimento do chamado Estado Social.

No Brasil, a corrente individualista clássica dominou o pensamento político durante os períodos do Império e da Primeira República, por inspiração inglesa e francesa, no primeiro momento, e, posteriormente, por influência norte-americana.

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Brasília: Revista CJF nº. 3, dezembro/1997.

Apenas com o advento da Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, foram introduzidos no ordenamento jurídico nacional princípios que prezavam pelo aspecto social. A esse respeito, Paulo Bonavides ensina:

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no novo texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.<sup>2</sup>

Tal mudança na ordem constitucional foi responsável pela introdução dos direitos sociais básicos, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizadores do Estado Social, que se encontra politicamente vinculado a formas democráticas, tendo como valores supremos a sociedade e o homem-pessoa.

Nesse passo, também o direito de propriedade sofreu mudanças, não mais se admitindo seu exercício em prejuízo da coletividade, assumindo posição subordinada em relação ao interesse social. Na mesma linha, a atual Constituição garantiu o direito de propriedade em seu artigo 5º, XXII, determinando também que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, inciso XXIII).

A Constituição Federal impõe ao proprietário determinados deveres para o fiel cumprimento da função social da propriedade, definidos nos artigos 182, §2º<sup>3</sup> e 186<sup>4</sup>, respectivamente para as propriedades urbana e rural. A respeito da obrigação dos proprietários de cumprirem prestações positivas, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que:

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368.

<sup>3</sup> Art. 182. (*omissis*) § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

<sup>4</sup> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Embora seja característico das limitações administrativas apenas impor deveres de abstenção, não se pretendendo por meio delas captar do particular atuações positivas, em nosso Direito Constitucional há uma exceção notável, e que se constitui em candente expressão do art. 170, III, onde se impõe o princípio da *função social da propriedade*. Esta, na conformidade do art. 5º, XXIII, *cumprirá sua função social*, em cujo nome o proprietário é obrigado a prepor seu imóvel a uma função socialmente útil, seja em área urbana, seja em área rural.<sup>5</sup>

Segundo Fábio Konder Comparato<sup>6</sup>, o atendimento da função social da propriedade não deve ser interpretado apenas como recomendação do legislador, constituindo, em verdade, vinculação jurídica do proprietário, que assume deveres perante a sociedade.

Tais deveres decorrem justamente do direito fundamental de que são titulares os proprietários. Segundo o autor, a existência de um direito fundamental - como o de propriedade, ora tratado - implica na existência do respectivo dever fundamental - consubstanciado, na espécie, no cumprimento da função social da propriedade.

Uma vez descumprido o papel social da propriedade, imposto pela Constituição, o direito de propriedade, embora formalmente reconhecido como direito fundamental de primeira dimensão, restará desconfigurado como garantia da liberdade humana, não mais se prestando a proteger a dignidade da pessoa, tampouco representando contraposição da justiça ao poder. Assim, na lição de Comparato<sup>7</sup>:

É preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos.

A legitimidade do exercício do direito de propriedade está, pois, adstrita ao cumprimento da função social, não merecendo proteção de seu direito o proprietário que

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 736-737.

<sup>6</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Brasília: Revista CJF nº. 3, dezembro/1997.

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder (ob. cit.)

não der a devida destinação social ao bem. Poderá o Estado, em tais situações, aplicar sanções ao titular do direito, como a de desapropriação, prevista nos artigos 182, §3º<sup>8</sup> e 184, *caput*<sup>9</sup> da CF/88.

A respeito da possibilidade de intervenção do Estado na propriedade em razão do descumprimento de sua função social, explicita José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup>:

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consoante 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.

A intervenção do Estado na propriedade, todavia, não se restringe às hipóteses de aplicação de sanções aos proprietários, podendo ocorrer sempre que o interesse público o determine, inclusive em relação às propriedades que cumprem sua função social. É, pois, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado o fundamento da intervenção do Estado na propriedade.

As intervenções podem se dar de maneira restritiva ou supressiva, na classificação de José dos Santos Carvalho Filho. De acordo com o autor, por meio da intervenção restritiva, o Estado impõe condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la do seu dono, que deverá subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público. Esse tipo de intervenção subdivide-se nas modalidades de servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitações administrativas e tombamento.

<sup>8</sup> Art. 182. (*omissis*) § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

<sup>9</sup> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

<sup>10</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 690.

A intervenção supressiva, por sua vez, consiste na mais drástica forma de intervenção estatal na propriedade, pois dela será alijado o proprietário por meio da desapropriação, em virtude de algum interesse público legalmente previsto. Trata-se da expressão máxima do poder intervintivo do Estado na propriedade privada, que a transfere compulsoriamente para o domínio público, de forma onerosa, permanente e não executória.

Embora cada modalidade de intervenção do Estado na propriedade particular apresente traços característicos, inconfundíveis entre si, afetando ora o caráter absoluto da propriedade, ora a sua exclusividade e perpetuidade, todas representam exceção à garantia constitucional do direito de propriedade privada, apenas sendo admissíveis quando realizadas na medida necessária para a consecução de finalidade pública prevista em lei que lhes defina os limites, os quais não podem ser ultrapassados pelo Poder Público sob pena de abuso de poder<sup>11</sup>.

Passa-se, pois, a apresentar brevemente as formas de intervenção restritiva do Estado na propriedade com o fim de diferenciá-las do objeto de estudo do presente trabalho – tombamento -, que será mais à frente analisado de forma detida.

## **1.2 Formas restritivas de intervenção estatal na propriedade privada**

### **1.2.1 Servidão Administrativa**

Trata-se de direito real público que permite ao Estado utilizar-se de propriedade alheia para a execução de obras ou serviços de interesse coletivo.

O instituto da servidão, existente também na esfera privada, é regulado nos artigos 1.378 a 1.389 do Código Civil brasileiro, que assim dispõe:

Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se

---

<sup>11</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Análise jurídico funcional do tombamento como instrumento de preservação do patrimônio histórico**. Fortaleza: UFC, 2000. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000, p. 48-49.

mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

A servidão, tanto no âmbito público quanto no privado, tem natureza de direito real sobre coisa alheia; estabelece situação de sujeição da coisa serviente em relação à coisa dominante, obrigando o dono da *res serviens* a tolerar o uso ou gozo de determinada utilidade de sua propriedade pelo dono da *res dominans*.

A servidão de direito público e a de direito privado guardam, assim, idêntico núcleo, sendo também regidas pelos mesmos princípios, que, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>12</sup>, são o da **perpetuidade**, o de que a servidão **não se presume**, o da **indivisibilidade** (artigo 1.386 do Código Civil<sup>13</sup>) e o do **uso moderado** (artigo 1.385 do Código Civil<sup>14</sup>).

A diferença entre as servidões administrativa e privada reside principalmente nos interesses a que cada uma atende. Enquanto a servidão de direito privado atende tão somente aos interesses dos particulares envolvidos, a servidão administrativa é instituída para atender ao interesse coletivo, ainda que em contrariedade ao interesse do proprietário do prédio serviente.

O consentimento do particular, portanto, não é necessário para a instituição da servidão, vez que o fundamento desta se encontra na supremacia do interesse público sobre o privado. A Administração Pública, por seu lado, ao exercer tal prerrogativa, não deve impor ao proprietário restrições desnecessárias, devendo limitar-se apenas àquelas que bastem ao atendimento dos fins a que se presta a servidão.

As servidões administrativas podem ser instituídas por meio de acordo entre o Poder Público e o proprietário, após a expedição de decreto do chefe do Poder

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.135.

<sup>13</sup> Art. 1.386. As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro.

<sup>14</sup> Art. 1.385. Restringir-se-á o exercício da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente. § 1º Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro. § 2º Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa. § 3º Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso.

Executivo contendo a declaração de necessidade pública que justifique a instituição da servidão. O acordo, nesse caso, é celebrado por escritura pública, que deverá ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O direito real ora tratado também pode ser instituído por meio de sentença judicial, caso não ocorra acordo entre o Estado e o proprietário. Nesse caso, o Poder Público deverá promover ação judicial contra o proprietário segundo o procedimento estabelecido para a desapropriação no artigo 40 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, demonstrando a existência do decreto indicativo da declaração de utilidade pública<sup>15</sup>.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de instituição da servidão administrativa por meio de lei. José dos Santos Carvalho Filho entende que as servidões, por incidirem sobre propriedades determinadas, não poderiam ser instituídas por intermédio de lei, que imporia não uma restrição a uma propriedade específica, mas uma limitação genérica à propriedade, tratando-se, portanto, de limitação administrativa<sup>16</sup>.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, por sua vez, considera como servidões, e não como limitações administrativas, as restrições impostas sobre as margens dos rios navegáveis e ao redor dos aeroportos, assim consideradas como servidões por haver a coisa dominante. Tais casos são considerados de servidão decorrente diretamente de lei, independendo de ato jurídico unilateral ou bilateral<sup>17</sup>.

Ocasionando prejuízo ao proprietário, a instituição da servidão administrativa enseja direito a indenização em montante equivalente ao prejuízo sofrido, que será calculado em cada caso concreto.

A servidão administrativa é, em regra, permanente. Sua extinção pode, contudo, ser causada pelo desaparecimento da coisa gravada, com a qual desaparece o próprio objeto da servidão; pela incorporação da coisa gravada ao patrimônio público,

<sup>15</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 694.

<sup>16</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho (ob. cit., p. 695)

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 137.

extinguindo-se a relação bilateral que caracteriza o instituto; ou pela cessação do interesse público que inspirou a instituição da servidão.

### 1.2.2 Requisição

Trata-se de modalidade de intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico pela qual o Poder Público está autorizado a utilizar-se de bens - móveis ou imóveis – ou serviços particulares em situações de perigo público iminente.

O instituto, além de fundamentar-se na função social da propriedade, encontra amparo constitucional no artigo 5º, inciso XXV, que dispõe da seguinte forma:

Art. 5º. (*omissis*)

[...]

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

A situação de perigo público iminente caracteriza-se pelo perigo que não somente coloque em risco a coletividade como também que esteja prestes a se consumar ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for adotada. Entre tais situações se incluem não só as ações humanas, mas de igual modo os fatos da natureza, como inundações, epidemias, catástrofes e outros fatos do mesmo gênero<sup>18</sup>.

A requisição caracteriza-se por ser ato unilateral e auto-executório, dispensando qualquer intervenção do Poder Judiciário e a aquiescência do particular. Tais características se justificam pela situação de urgência que enseja a concretização do ato, não podendo o Poder Público esperar a autorização de qualquer esfera do poder estatal ou de particular para, só então, agir em defesa do interesse público.

Além disso, o ato administrativo de requisição, conforme explicita a própria Constituição Federal, é oneroso, devendo o proprietário ser posteriormente indenizado pelos danos eventualmente sofridos em virtude do ato. Descabe a indenização

---

<sup>18</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 698.

antecipada pela requisição do bem ou serviço também em virtude da urgência inerente à prática do ato.

A situação de iminente perigo é, conforme se pode verificar, elemento vinculante do ato administrativo de requisição; ausente tal pressuposto, a requisição se torna ilegítima. Embora a existência de perigo iminente seja averiguada no caso concreto segundo critério subjetivo do administrador, o ato pode sofrer controle de legalidade pelo Poder Judiciário caso se configure a inexistência do pressuposto.

Ademais, a Constituição Federal, no artigo 22, inciso III<sup>19</sup>, confere à União competência para legislar sobre requisição, podendo os demais entes federados praticar atos dessa espécie, embora incompetentes para criar normas sobre o instituto.

A extinção da requisição, por fim, se opera quando cessada a situação de perigo que deu causa à prática do ato, tendo, pois, natureza transitória.

### **1.2.3 Ocupação Temporária**

É modalidade de intervenção na propriedade que permite ao Estado ocupar, transitoriamente, bens imóveis necessários à consecução de obras ou serviços públicos.

Ocorre, por exemplo, quando o Poder Público, necessitando construir ou restaurar estradas, ocupa propriedades imóveis vizinhas ao local da obra a fim de alocar máquinas e equipamentos. Outra situação em que se verifica a ocupação temporária acontece no período eleitoral, quando a Administração Pública ocupa prédios particulares, como escolas, para a realização do serviço público.

O instituto encontra amparo legal no Decreto-Lei n.º 3.365/41, que trata de desapropriação por utilidade pública, e permite, em seu artigo 36, a ocupação temporária de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização, devendo ser, de acordo com o dispositivo, indenizada por meio de ação própria.

---

<sup>19</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

O decreto citado prevê a possibilidade de ocupação temporária como instituto complementar da desapropriação por utilidade pública. Nesse caso, a ocupação se justificará quando verificados os requisitos de a) realização de obras públicas; b) necessidade de ocupação de terrenos vizinhos; c) inexistência de edificação no terreno ocupado; d) obrigatoriedade de indenização; e) prestação de caução prévia, quando exigido.<sup>20</sup>

Não configurada a hipótese de desapropriação, a ocupação temporária será, em regra, gratuita; o proprietário apenas terá direito à indenização caso advenham danos da ocupação operada.

Interessante observação faz a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro ao diferenciar ocupação temporária das limitações administrativas:

Não se confunde com as limitações administrativas em sentido estrito, por quanto estas não implicam, como a ocupação temporária, a utilização do imóvel por parte de terceiros; as primeiras afetam o caráter absoluto do direito de propriedade, porque apenas regulamentam, no interesse da coletividade, o exercício, pelo particular, dos poderes inerentes ao domínio; a segunda afeta a exclusividade do direito de propriedade, porque confere ao Poder Público a faculdade de uso temporário do imóvel particular. A limitação se refere ao exercício dos poderes oriundos do domínio pelo próprio proprietário ou possuidor; a ocupação temporária refere-se ao exercício de um dos poderes oriundos do domínio – o uso – por terceiros.<sup>21</sup>

A ocupação temporária, como os demais institutos já tratados, gerará direito de indenização ao proprietário quando sua efetivação ocasionar danos ao particular. Tais danos deverão ser provados pelo proprietário; de outro modo, a ocupação se fará a título gratuito.

A extinção da ocupação temporária ocorre quando desaparecem as causas que a motivaram, cessando o interesse público que lhe deu ensejo.

#### **1.2.4 Limitações Administrativas**

---

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 120.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ob. cit., p. 122)

As limitações administrativas realizam-se quando o Estado, no interesse da coletividade, impõe aos proprietários, de forma genérica, determinadas limitações ao exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade a fim de adequá-lo ao atendimento da função social.

Trata-se de limitações genéricas, que atingem proprietários indeterminados, consubstanciando-se os atos de limitação em atos legislativos ou administrativos de caráter geral.

As obrigações impostas aos proprietários podem ser positivas, negativas ou permissivas, a fim de neste atendido o interesse da coletividade no que se refere, por exemplo, à segurança, à estética urbanística, à defesa nacional, entre outros aspectos.

Exemplo de limitação administrativa está previsto na própria Constituição Federal de 1988, que, ao tratar da política urbana, permite ao Poder Público Municipal impor prestações positivas, como o parcelamento ou edificação compulsórios, aos proprietários de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado<sup>22</sup>.

A instituição de limitações administrativas, além disso, configura exercício do poder de polícia do Estado, que encerra exatamente a prática de atos administrativos que restringem e condicionam a liberdade e a propriedade, com vistas ao interesse coletivo<sup>23</sup>.

Age o Estado, dessa forma, no exercício de seu *ius imperii*, pelo qual mantém o domínio eminente e potencial sobre todos os bens de seu território, de forma que, mesmo sem extinguir o direito do particular, tem o poder de adequá-lo coercitivamente aos interesses da coletividade<sup>24</sup>, não podendo o proprietário se opor, tampouco socorrer-se das esferas administrativas ou judiciais a fim de livrar seus bens de tais medidas.

---

<sup>22</sup> Art. 182, §4º.

<sup>23</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 706.

<sup>24</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho (ob. cit., p. 705)

Discorrendo sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo.

Sendo forma de exercício do poder de polícia estatal e incidindo sobre propriedades indeterminadas, as limitações administrativas têm caráter de definitividade e não rendem ensejo à indenização do proprietário, exceto se a Administração Pública agir com abuso de poder, vindo a causar danos ao particular.

## 2 TOMBAMENTO

### 2.1 Conceito e características

Na definição do dicionário Aurélio, “tombar” quer dizer:

fazer o tombo de; arrolar; inventariar; registrar. Pôr o Estado sob sua guarda, para os conservar e proteger (bens móveis e imóveis cuja conservação e proteção sejam do interesse público, por seu valor histórico, ou artístico, ou arqueológico, ou etnográfico, ou paisagístico ou bibliográfico).<sup>25</sup>

Nas palavras do Professor Francisco Luciano Lima Rodrigues:

Em definição mais precisa, penetrando na natureza jurídica do instituto, [...] tombamento é a intervenção ordenadora concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinado à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico.<sup>26</sup>

Alguns autores consideram o tombamento como um só ato administrativo, que “resulta necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação<sup>27</sup>”, mas, de maneira alguma, se pode confundir o processo que culmina no ato de tombamento com o ato de tombamento em si.

Em contrapartida, há também a definição de tombamento como “o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público<sup>28</sup>”, caracterizando-se o tombamento como procedimento administrativo em virtude de não se realizar em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à inscrição do bem no Livro do Tombo, último ato a ser realizado.

<sup>25</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008, verbete: *tombar*<sup>2</sup>.

<sup>26</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Análise jurídico funcional do tombamento como instrumento de preservação do patrimônio histórico**. Fortaleza: UFC, 2000. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000, p. 62.

<sup>27</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 712.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 126.

O interesse público na conservação dos bens pertencentes ao patrimônio cultural do País é que legitima a intervenção estatal na propriedade privada, sobrepondo-se ao interesse meramente particular.

Com o tombamento, o bem particular passa a ser regido por regime jurídico de tutela pública, sem que o domínio do bem seja transferido ao Estado. A restrição imposta pelo tombamento é sempre parcial, não impedindo o exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade.

De acordo com o artigo 19 do Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, o tombamento impõe ao proprietário o dever de realizar as obras de conservação e reparação de que a coisa necessitar, e, caso não disponha dos recursos necessários para tanto, deverá comunicar ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, atual IPHAN<sup>29</sup>, a necessidade das referidas obras, sob pena de multa igual ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pelo bem.

O proprietário arca ainda com o ônus de, em nenhum caso, destruir a coisa, demoli-la ou mutilá-la, nem, sem prévia autorização do IPHAN, reparar, pintar ou restaurar o bem, sob pena de multa de cinqüenta por cento do dano causado, conforme *caput* do artigo 17 do referido Decreto-Lei.

O proprietário tem ainda o dever de, em caso de alienação onerosa do bem, notificar a União, o Estado e o Município em que se encontre a coisa para que exerçam o direito de preferência que, nessa ordem, lhes é assegurado, sob pena de nulidade da alienação, seqüestro da coisa por qualquer dos entes federativos mencionados, além de multa de 20% (vinte por cento) do valor do bem, a ser imposta solidariamente ao transmitente e ao adquirente, por disposição do artigo 22, §§ 1º e 2º do DL 25/1937.

Tratando-se de bens móveis tombados, não poderão estes sair do País, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do

---

<sup>29</sup> O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é hoje o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN – vinculado ao Ministério da Cultura, a quem compete a proteção do patrimônio histórico e cultural, de acordo com a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003.

IPHAN, não podendo haver transferência de domínio, conforme artigo 14 do Decreto-Lei n.º 25/1937. Em caso de tentativa de exportação de bem tombado, a coisa ficará sujeita a seqüestro, e o proprietário terá sua responsabilidade apurada, podendo incorrer em multa e em crime de contrabando (artigo 15 do DL n.º 25/1937).

Se os bens tombados forem de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, serão, por natureza, inalienáveis, e apenas poderão ser transferidos entre as referidas entidades, devendo o adquirente dar imediato conhecimento da transferência ao IPHAN, segundo artigo 11 do DL n.º 25/1937.

As restrições decorrentes do tombamento também atingem a vizinhança do bem tombado, pois não poderão ser feitas construções que impeçam ou reduzam a visibilidade do bem, nem poderão ser colocados anúncios ou cartazes no seu entorno, sob pena de ser determinada sua destruição ou remoção, além de imposição de multa de cinqüenta por cento do valor do objeto que se mandou retirar ou destruir, por disposição do artigo 18 do DL n.º 25/1937.

Por se tratar de restrição parcial, o tombamento, via de regra, não gera direito a indenização, exceto se o proprietário do bem comprovadamente sofrer prejuízos com a instituição do ato.

Por outro lado, se, no caso concreto, houver completa restrição ao direito de propriedade, o tombamento se tornará ilegal, caracterizando-se como desapropriação indireta, o que enseja a devida reparação pecuniária, como observa Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>30</sup>.

## **2.2 Previsão constitucional e legal do tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro**

A Constituição Federal de 1988, no artigo 216, *caput*, define como patrimônio cultural brasileiro o conjunto de bens materiais e imateriais, considerados

---

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 124.

individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O patrimônio cultural, segundo dispõe o §1º do artigo 216 da CF/88, deve ser promovido e preservado pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação, o que foi bastante oportuno, nas palavras de José Afonso da Silva:

Modernizam-se e ampliam-se, portanto, os meios de atuação do Poder Público na tutela do patrimônio cultural. Sai-se também do limite estreito da terminologia tradicional, para utilizarem-se técnicas mais adequadas, ao falar-se em patrimônio cultural, em vez de patrimônio histórico, artístico e paisagístico, pois há outros valores culturais que não se subsumem nessa terminologia antiga.<sup>31</sup>

Assim, o tombamento é uma das diversas formas previstas pela Constituição Federal para a proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro.

O Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, também prevê o tombamento no artigo 4º, V, d, como um dos instrumentos da política urbana. A respeito da previsão do tombamento e de outros instrumentos de proteção ao patrimônio cultural, ensina Sônia Rabelo de Castro:

O tombamento tem sido, por excelência, o instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Tornou-se, por isto, muito conhecido; quase um sinônimo de qualquer ato de proteção do patrimônio cultural. Isto induz a que muitos pensem ser ele o único, ou o melhor instrumento de proteção legal ao patrimônio cultural. Esta, no entanto, não é uma boa conclusão. Por força da permanência histórica do Decreto-lei 25/37, vigente até os dias de hoje, e certamente em função da excelência do seu texto, o tombamento é o instrumento de preservação mais difundido, e mais sedimentado juridicamente. Mas existem outras formas de proteção, diversas do tombamento, que podem ser usadas para outros bens culturais, tais como aquela destinada à proteção do patrimônio arqueológico, ou aquela destinada à proteção dos bens móveis produzidos no País até o final do período monárquico<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> SIVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 846.

<sup>32</sup> CASTRO, Sônia Rabelo de. **Estatuto da cidade e a preservação do patrimônio cultural federal: compatibilizando a gestão.** Disponível em: <[www.inepac.rj.gov.br/arquivos/sonia\\_castro.pdf](http://www.inepac.rj.gov.br/arquivos/sonia_castro.pdf)> Acesso em: 16 nov 2010.

O instituto do tombamento foi disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional e normatiza o processo administrativo para tombamento.

Desde já, nota-se a maior abrangência da Constituição Federal em relação ao Decreto-Lei: enquanto a Constituição se refere à proteção do patrimônio cultural brasileiro, o Decreto-Lei faz alusão ao patrimônio histórico e artístico nacional, conceito este mais restrito que aquele.

A diferença se torna mais clara quando se observa o conjunto de bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro, nos termos da CF/88, artigo 216, incisos I a V, entre quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A Constituição Federal, ao assim dispor, ampliou o conjunto dos bens a serem protegidos por meio do tombamento, que, nos termos do Decreto-Lei n.º 25/1937, resumia-se aos bens móveis e imóveis existentes no País cuja conservação fosse de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história brasileira, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Dessa forma, “a Constituição de 1988 alargou em muito o conceito de patrimônio cultural brasileiro, seja em sua enumeração, seja na extensão dos meios de sua proteção<sup>33</sup>”.

O procedimento administrativo para a efetivação do tombamento, no entanto, continua a ser regido, no âmbito federal, pelo Decreto-Lei n.º 25/1937, cujo objeto de aplicação passou a abranger o conjunto de bens descritos pela Constituição Federal.

---

<sup>33</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227.

## 2.3 Procedimento administrativo no âmbito federal

O ato de tombamento, a fim de ser efetivado, deve seguir procedimento administrativo vinculado<sup>34</sup>, que levará, ao final, à inscrição do bem em um dos Livros do Tombo.

O processo administrativo para tombamento é disciplinado, no âmbito federal, pelo Decreto-Lei n.º 25/1937, que dispõe que pode o procedimento ser voluntário ou compulsório<sup>35</sup>.

Será voluntário o processo para tombamento iniciado pelo proprietário, submetendo-se o particular livremente a todos os efeitos do ato, que será efetivado se o bem se revestir das características necessárias à sua proteção como patrimônio histórico e artístico nacional, conforme possibilita o artigo 7º<sup>36</sup> do DL 25/1937.

Será ainda voluntário o tombamento quando o proprietário do bem anuir, por escrito, à notificação que a Administração Pública lhe fizer para a inscrição da coisa em um dos Livros do Tombo, conforme disposição do mesmo artigo 7º.

O tombamento compulsório, de iniciativa da Administração Pública, deve seguir o disposto no artigo 9º do Decreto-Lei n.º 25/1937.

O procedimento ali regulado determina, no item 1, a notificação do proprietário para anuir ao tombamento, no prazo de quinze dias, contados da data da notificação, ou para impugnar o ato, oferecendo, no mesmo prazo, as razões de sua impugnação.

Sônia Rabelo de Castro, citada por Francisco Luciano Lima Rodrigues, afirma ser incabível a analogia entre a notificação no processo administrativo de tombamento e

<sup>34</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.552.

<sup>35</sup> Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

<sup>36</sup> Art. 7º Proceder-se-à ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

qualquer ato processual judicial que seja necessário à formação do contraditório, uma vez que a formação do processo administrativo é regida por princípios que objetivam o atendimento de interesses coletivos, enquanto o processo judicial se forma a partir de uma pretensão do autor que é resistida pela outra parte<sup>37</sup>.

A notificação, na verdade, além de cientificar o proprietário, importa na determinação da preservação do bem, com efeitos de tombamento provisório<sup>38</sup>.

Assim, ao ser notificado para anuir ao tombamento pretendido pelo Estado ou para impugná-lo, o proprietário é também cientificado de que sobre seu bem já recai o tombamento provisório, previsto no *caput* do artigo 10 do Decreto-Lei n.º 25/1937, o qual produz todos os efeitos do tombamento definitivo, exceto quanto à inscrição no competente Livro de Tombo, segundo o parágrafo único do mesmo artigo.

A efetivação do tombamento provisório expressa, de forma concreta, a supremacia do interesse público sobre o privado, tal como apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da Lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzem o administrado a acatá-los.<sup>39</sup>

A notificação feita pelo órgão administrativo traduz também oportunidade ao proprietário para exercer o contraditório e a ampla defesa, garantidos constitucionalmente no artigo 5º, LV, para os litigantes em processos administrativos. Dessa forma, o particular pode, inclusive, produzir as provas pertinentes para ilidir o caráter histórico-cultural do bem, alegado pelo Estado para justificar o tombamento.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Análise jurídico funcional do tombamento como instrumento de preservação do patrimônio histórico**. Fortaleza: UFC, 2000. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000, p. 88.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (op. cit., p. 86).

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

Se o proprietário deixar de se manifestar no prazo assinalado, será a coisa inscrita no Livro do Tombo respectivo, após determinação do diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, conforme previsão do artigo 9º, item 2 do DL 25/1937.

Sendo oferecida impugnação, será esta remetida ao órgão que iniciou o processo de tombamento para, também em quinze dias, sustentar o ato. Em seguida, o processo será enviado ao Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que terá prazo de sessenta dias para decidir a respeito do ato de tombamento, não cabendo recurso de sua decisão, nos termos do item 3 do artigo 9º do DL 25/1937.

Em 29 de novembro de 1941, foi editado o Decreto-Lei 3.866, possibilitando a revisão do ato de tombamento pelo Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado. O Decreto-Lei em tela foi interpretado, por parte da doutrina, como autoritário, uma vez que conferia a uma autoridade o poder de desconsiderar o parecer técnico de um órgão colegiado<sup>40</sup>.

Em 1975, a Lei 6.292 determinou que a instituição e o cancelamento do tombamento dependeriam da homologação do parecer do Conselho Consultivo pelo Ministro da Cultura, sem fixar prazo para a homologação. Diante dessa previsão, deverão ser observados os prazos gerais da administração pública para a tramitação de processos e, por fim, em sua falta, os princípios da eficiência e da boa administração, que obrigam a observância de prazos razoáveis, que poderão ser apreciados pelo Poder Judiciário em casos de abuso de poder, quando a autoridade não decide ou não faz tramitar o processo regularmente<sup>41</sup>.

O Decreto-Lei n.º 25/1937 traz ainda a previsão de tombamento de bens de propriedade da União, dos Estados ou dos Municípios, que deverá ser feito de ofício por

<sup>40</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Análise jurídico funcional do tombamento como instrumento de preservação do patrimônio histórico**. Fortaleza: UFC, 2000. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000, p. 90 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 553.

<sup>41</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (op. cit., p. 89).

ordem do diretor do IPHAN, comunicando-se à entidade a quem pertença o bem ou que tiver a guarda da coisa, a fim de que produza os necessários efeitos<sup>42</sup>.

Pode ainda recair o tombamento sobre monumentos naturais, sítios e paisagens cuja conservação e proteção interessem pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana, nos termos do artigo 1º, §2º do DL n.º 25/1937.

Finalmente, efetivado o tombamento, serão os bens inscritos em um dos quatro Livros do Tombo, de acordo com suas características: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Livro do Tombo Histórico, Livro do Tombo das Belas Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas. Embora o artigo 4º do DL n.º 25/1937 tenha procedido à referida classificação, a definição dos conceitos ali dispostos foi feita de forma ampla, dependendo de regulamento a especificação dos bens a serem incluídos em cada categoria.

Os bens culturais de natureza imaterial, que não foram previstos no Decreto-Lei n.º 25/1937, têm tratamento próprio dado pelo Decreto n.º 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o registro de tais bens e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

De acordo com o artigo 1º, §1º do Decreto n.º 3.551/2000, o registro dos bens imateriais será feito em um dos seguintes livros: a) Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; b) Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; c) Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e d) Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

---

<sup>42</sup> Art. 5º, DL n.º 25/1937.

Além disso, o §3º do mesmo artigo faculta a abertura de outros livros para a inscrição dos bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros já definidos.

Dessa forma, criam-se novos instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural, articulados com o DL 25/1937, delimitando a aplicação deste a uma vertente específica do patrimônio cultural – o patrimônio histórico e artístico<sup>43</sup>.

## **2.4 Competência municipal para instituir normas sobre tombamento**

No ordenamento jurídico pátrio, as regras de competência são instituídas pela Constituição Federal, não podendo ser, portanto, modificadas por lei infraconstitucional. A distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal, como assevera José Afonso da Silva:

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. [...] A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.<sup>44</sup>

O artigo 23, I e III, da Constituição Federal conferiu competência material comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para conservar o patrimônio público, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como os monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos.

A competência legislativa para a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, no entanto, foi outorgada concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme inciso VII do artigo 24 da CF/88, não contemplando os Municípios.

---

<sup>43</sup> TELLES, Mário Ferreira de Pragmácia. **Tombaram o decreto-lei nº 25/37?** Disponível em: <[www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-03.pdf](http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-03.pdf)>. Acesso em 16 nov 2010.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 477.

Diante da disposição constitucional, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que os Municípios não têm competência legislativa nessa matéria, devendo utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual<sup>45</sup>.

Ocorre, no entanto, que artigo 30 da Constituição Federal, nos incisos I e II, conferiu aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, pelo que se possibilita aos Municípios a adequada disciplina das peculiaridades locais.

A competência legislativa municipal para o tombamento, por certo, não pode ser inferida diretamente do artigo 24 da Constituição Federal, mas deflui da competência material comum inscrita no artigo 23 da CF/88. Negar aos Municípios competência para dispor normativamente sobre as matérias constantes no artigo 23, I e III, esvaziaria o sentido da norma, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no RE 308.399/MG.

O ente municipal deve, ao dispor sobre a proteção ao patrimônio cultural, limitar-se a suplementar, no que couber, a legislação federal e a estadual, modelando-as ao atendimento das finalidades locais. No que toca ao tombamento, a lei municipal deve apenas estabelecer procedimentos administrativos para a realização do ato, sem dispor de forma diversa do que já foi estabelecido nas leis federal e estadual.

Assim, deve-se reconhecer a competência municipal para dispor normativamente sobre tombamento, ainda que a Constituição Federal assim não disponha expressamente.

---

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.124.

### **3 MANDADO DE SEGURANÇA NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO**

#### **3.1 Hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança**

O mandado de segurança surgiu, pela primeira vez, no ordenamento jurídico pátrio por disposição da Constituição de 1934, para assegurar a proteção de “direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, tendo sido consagrado, a partir de então, em todas as Constituições brasileiras, com exceção da Carta de 1937<sup>46</sup>.

A atual Constituição, em seu artigo 5º, LXIX, dispõe que será concedido mandado de segurança para “proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

A Constituição Federal de 1988 possibilita, ainda, a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída ou em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A ilegalidade ou abuso de poder perpetrado pela autoridade pública pode se manifestar por ação ou omissão, cabendo mandado de segurança quando for líquido e certo o direito lesado ou ameaçado de lesão. Acerca da conceituação de liquidez e certeza do direito a ser amparado pelo *mandamus*, embora não esteja o conceito pacificado, a doutrina se manifesta da seguinte forma:

Domina, porém, o entendimento de que direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que

---

<sup>46</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.632.

conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode se valer desse instrumento, mas sim das ações comuns. Não obstante, a controvérsia sobre matéria de direito não constitui óbice à concessão da segurança.<sup>47</sup>

A matéria fática deve ser, portanto, comprovada de plano, o que, em geral, se faz por meio de prova documental, não admitindo dilação probatória na ação de mandado de segurança.

O *mandamus* não poderá ser impetrado contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; contra decisão judicial passível de impugnação por recurso com efeito suspensivo ou contra decisão judicial transitada em julgado, conforme artigo 5º, I a III da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Embora não seja cabível a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, por entendimento do Supremo Tribunal Federal exposto na Súmula 266, admite-se sua impetração contra lei ou decreto de efeitos concretos, apresentados por Gilmar F. Mendes, esposando o magistério de Hely Lopes Meirelles, como:

aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais, os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações ou outros dessa espécie.<sup>48</sup>

Feitas as considerações gerais, a título de introdução, passa-se a analisar possibilidade de impetração do instrumento processual em referência para atacar ilegalidade possível de ser verificada no curso do processo administrativo de tombamento.

### **3.2 Cabimento do Mandado de Segurança no processo administrativo de tombamento**

---

<sup>47</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo.** 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 912.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 633.

O ato administrativo de tombamento realiza-se por meio de processo administrativo próprio, conforme anteriormente exposto, o qual deve ser necessariamente seguido, sob pena de nulidade:

Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das imposições legais e regulamentares, pois que, acarretando restrições ao exercício do direito de propriedade, há que observar o *devido processo legal para sua formalização*, e essa nulidade pode ser pronunciada pelo Judiciário, na ação cabível, em que serão apreciadas tanto a legalidade dos motivos quanto a regularidade do procedimento administrativo em exame.<sup>49</sup>

Deve o ato administrativo de tombamento atender a todos os elementos ou requisitos de validade dos atos administrativos, classicamente considerados como competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sob pena de vício de legalidade, que o sujeitará à invalidação.

De forma geral, a possibilidade de impetração do mandado de segurança no processo administrativo de tombamento cinge-se aos casos de vício formal em sua conclusão, já que tal demonstração pode ser feita de plano, não dando ensejo a dilação probatória, que inviabilizaria a utilização de mandado de segurança.

Nesse passo, o *mandamus* não poderá ser empregado para a demonstração de vício no motivo do ato - elemento vinculado ao caráter histórico-cultural do bem -, pois a comprovação de inexistência da característica alegada para o tombamento exigirá, necessariamente, a produção de prova pericial, incabível no processamento de mandado de segurança.<sup>50</sup>

Além disso, o mandado de segurança, logicamente, somente poderá ser impetrado no curso do processo administrativo de tombamento compulsório, uma vez que apenas interessará ao particular que resista à pretensão do tombamento pela Administração Pública.

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112; FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 552.

<sup>50</sup> STJ, 1<sup>a</sup> Turma, REsp 147.949/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 18/02/1998, DJ 20/04/1998, p. 35.

O processo administrativo de tombamento compulsório, como visto, inicia-se com a notificação do proprietário do bem, dando-lhe ciência da pretensão do Estado em tombar sua propriedade, bem como impondo ao particular o dever de conservação do bem, pois, desde já, a coisa encontra-se sob tombamento provisório, que tem os mesmos efeitos do tombamento definitivo.

O tombamento provisório subsiste durante todo o processo administrativo, devendo ser, ao final, confirmado, tornando-se definitivo, ou revogado, de acordo com o parecer técnico do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN -, no caso de haver impugnação pelo particular.

O Decreto-Lei n.º 25/1937 fixa o prazo de sessenta dias para a emissão do referido parecer. Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, a natureza de tal prazo e as consequências pelo seu descumprimento.

O silêncio administrativo, embora não possa ser considerado ato administrativo<sup>51</sup>, tem capacidade de gerar efeitos na ordem jurídica, que serão determinados caso a caso, já que, na esfera pública, não se aplica a presunção do direito civil, segundo a qual o silêncio importa na anuência tácita, quando os usos as circunstâncias o autorizarem, e quando não for necessária a declaração de vontade expressa<sup>52</sup>.

Considera-se ilegal a conduta do Poder Público quando permanece inerte diante de expressa imposição legal do sentido do *facere* administrativo em prazo determinado, como ocorre, por exemplo, no caso do artigo 49 da Lei n.º 9.784/1999, que assina o prazo máximo de trinta dias para a Administração Pública concluir o processo administrativo após a instrução<sup>53</sup>.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles leciona que a omissão da Administração Pública, quando ofende direito individual ou coletivo dos administrados

<sup>51</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

<sup>52</sup> Artigo 111 do Código Civil.

<sup>53</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

ou de servidores, é passível de correção judicial e de reparação dos danos que possa acarretar, acrescentando que “a inércia da Administração, retardando ato ou fato que deve praticar, caracteriza, também, *abuso de poder*”.<sup>54</sup>

Acerca da omissão administrativa na conclusão do processo de tombamento, quando o bem já sofre os efeitos do tombamento provisório, o mesmo autor manifesta o entendimento de que o tombamento provisório não pode ser protelado além do prazo legal, sob pena de a omissão ou retardamento se transformar em abuso de poder, corrigível pela via judicial.<sup>55</sup>

Isso porque o tombamento provisório produz os mesmos efeitos do tombamento definitivo, traduzindo-se em restrição ao direito de propriedade. Assim, não pode a Administração Pública, desatendendo de forma injustificada o prazo legal para a decisão sobre o tombamento definitivo do bem, impor ao proprietário os ônus advindos do ato provisório, indevidamente prolongado, enquanto o Poder Público permanece inerte, desobedecendo a preceito legal<sup>56</sup>.

Nesse sentido, foram proferidas decisões pelos tribunais pátrios, declarando a caducidade do ato de tombamento provisório não convertido, injustificadamente, em tombamento definitivo no prazo legal, anulando-se o procedimento administrativo por meio de mandado de segurança.<sup>57</sup>

O posicionamento, no entanto, não é pacífico. Parte da jurisprudência entende que a caducidade do ato de tombamento provisório, por desatendimento do prazo previsto no artigo 9º, III, do DL n.º 25/1937 não prejudica sua conversão em tombamento definitivo.<sup>58</sup>

Tal se explica pelo entendimento de que o tombamento provisório não se caracteriza como fase procedural precedente do tombamento definitivo, sendo

<sup>54</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. (op. cit., p. 112).

<sup>55</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. (op. cit., p. 553).

<sup>56</sup> STJ, 1ª Turma, Resp 41993/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 01/06/1995, DJ 19/06/1995 p. 18641.

<sup>57</sup> TJSP, Câmara Especial de Meio Ambiente, Ap. com revisão 652.204.5/0-00, rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, j. 25/06/2009, DJ 03/07/2009; TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Ap. Cível 834.286-5/9-00 V. 16.311, rel. Des. Pires de Araújo – j. 15/12/2008, DJ 14/01/2009; TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Ap. com revisão 2871465900, rel. Des. Oliveira Passos, DJ 23/08/2006.

<sup>58</sup> STJ, 2ª Turma, RMS 8252/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/10/2002, DJ 24/02/2003, p. 215.

apenas medida assecuratória da eficácia que o tombamento poderá, ao final, produzir. Assim, ainda que inexistente o tombamento provisório ou ultrapassado o prazo legal para sua conversão em definitivo, o processo administrativo não será prejudicado.

Além disso, o prazo previsto no Decreto-Lei para proferimento de decisão final em processo administrativo de tombamento foi estabelecido para que se resolvesse, o mais rápido possível, acerca dos bens que devem merecer proteção, não beneficiando os proprietários dos bens que serão tombados.

Ademais, o mandado de segurança poderá ser impetrado em casos de ausência de notificação do proprietário do bem, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo ou ainda quando, dada a oportunidade para que o particular se manifeste, não lhe seja facultada vista dos autos, inviabilizando, da mesma forma, o exercício das garantias do devido processo legal<sup>59</sup>.

O exercício do contraditório e da ampla defesa pelo proprietário deve ser garantido em todas as fases do procedimento, não só na primeira notificação, prevista no Decreto-Lei n.º 25/1937, como também quando da realização de perícia no imóvel, oportunizando-lhe a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos, pelo que restará garantida sua participação na confecção da indispensável prova pericial do processo administrativo.<sup>60</sup>

Assim, o mandado de segurança afigura-se como via apta a desconstituir atos de tombamento eivados de vício de formalidade, livrando o proprietário de arcar com os ônus de atos administrativos realizados sem a observância do processo legalmente previsto.

---

<sup>59</sup> TJMG, 4ª Câmara Cível, Ap. Cível [0160232-84.2009.8.13.0049](#), rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 27/05/2010, DJ 05/07/2010.

<sup>60</sup> TJMS, 5ª Turma Cível, Ap. Cível 31634, rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 11/02/2010, DJ 19/02/2010; TJSC, 2ª Câmara de Direito Público, MS 355645, rel. Des. Cid Goulart, j. 06/02/2008; TJBA, 5ª Câmara Cível, REEX 76619-1/2008, rel. Des. Rubem Dário Peregrino Cunha, j. 26/05/2009.

## 4 IDEAL CLUBE

### 4.1 Breve histórico do clube<sup>61</sup>

O Ideal Clube localiza-se na Avenida Monsenhor Tabosa, n.º 1381, no bairro Meireles, em Fortaleza-CE.

Nas primeiras décadas do século XX, os bairros Centro, Aldeota, Damas e Praia de Iracema consolidaram-se enquanto espaços políticos, econômicos e culturais de grande relevância para Fortaleza, aspiração almejada por sua emergente elite.

A fim de concretizar suas aspirações, as famílias tradicionais, ou melhor, homens bem sucedidos, comerciantes que trabalhavam com importação e exportação, intelectuais e profissionais liberais que fizeram fortuna e carreira profissional em Fortaleza, oriundos de cidades do interior do estado do Ceará, investiram em referenciais que lembravam modernidade, civilização, associativismo, lazer, distinção e sociabilidade. Em tal contexto, a construção e o fomento de diversos clubes sociais foram pertinentes.

Nesse cenário, estabeleceu-se o Ideal Clube, em 03 de outubro de 1931, com a primeira sede situada no bairro Damas, passando a representar e a acolher as famílias da elite burguesa da cidade de Fortaleza, uma vez que foi fundado por ricos comerciantes, industriais e banqueiros, os *Doze das Damas*.

Quando da comemoração do trigésimo segundo aniversário do Ideal Clube, um de seus fundadores e primeiro presidente, Pedro Sampaio, assim rememorou os primórdios do clube:

Foi à sombra de um telheiro rodeado de frondosos cajueiros e água fresca de um tanque que Luiz Gonzaga, proprietário de um terreno nas Damas, à margem da estrada de Parangaba, fizera construir para recreio seu e de sua família, e onde, mais tarde seria edificada a primeira sede do Ideal. Quase todos os domingos, senão todos, com

---

<sup>61</sup> Sinopse histórica da instrução para o processo administrativo de tombamento do Ideal Clube, em trâmite na Secretaria de Cultura do Município de Fortaleza sob o n.º 011/2006/FUNCET.

boas gargalhadas e pancadinhas amigáveis, o Luiz Gonzaga arrebanhava amigos para um banho no grande tanque que ele, vaidosamente, chamava de piscina. (...) entre um mergulho e outro, no tanque de Luiz, entre um trago de Ypióca e duas braçadas de nado, lédidos, rejuvenescidos, vibrantes, saíam os banhistas a proclamar exultantes, as excelências das águas miraculosas, exclamando cheios de fogo e de entusiasmo: Isto é maravilhoso. É uma delícia. É o Ideal. E foi por isso, creio, e de tanto repetir, que o clube que se inaugurou nas Damas, a 03 de outubro de 1931, recebeu o nome de Ideal. (...) E, sem tardança, começaram os preparativos para a organização de uma sociedade. Rapidamente cuidamos de adquirir os terrenos, fizemos plantas e projetos, construíram-se prédios, campos de tênis e de golfinho, cimentaram-se ringues de patinação, enfileiraram-se cabines e banheiros ao lado da piscina. E estava pronto o Ideal.

Um ano depois da fundação, foi construída uma segunda sede do clube, dessa vez na Rua dos Tabajaras, na Praia de Iracema, sem que, contudo, a filial das Damas parasse de funcionar. A nova sede firmou-se como local de preferência dos sócios com a inauguração do restaurante, ocorrida em 1935.

Entre os anos de 1940 e 1946, a sede da Praia de Iracema passou a ser substituída paulatinamente por outra com melhores instalações, situada na Avenida Monsenhor Tabosa, onde permanece até hoje a sede do clube. A substituição ocorreu definitivamente em 1960, no intuito de oferecer mais conforto e sofisticação aos associados.

O imóvel situado no bairro Meireles possui característica do “estilo Missões”, uma vertente da arquitetura neocolonial, e foi projetado pelo arquiteto Sílvio Jaguaribe Eickman, profissional de grande destaque na cidade pelos empreendimentos arquitetônicos de que foi autor nas décadas de 1930 e 1940.

Desde fins de século XX, o Ideal Clube destaca-se pelo discurso da sociabilidade e do lazer saudável, praticado com categoria e classe, difundido pelos gestores e associados. As famílias freqüentadoras do clube assumem posição ativa na sociedade, aderindo às causas sociais e prestando serviços a instituições como a Santa Casa de Misericórdia de Fortaleza, em nome da vida cultural e esportiva da cidade.

Atualmente, o clube também chama a atenção da cidade não só pela bela e memorável arquitetura, mas também pelos eventos organizados por sua diretoria, como

festas para os sócios e eventos culturais, como lançamentos de livros, exposições de arte e desporto aos sócios e visitantes.

#### **4.2 Considerações acerca do processo administrativo de tombamento do Ideal Clube**

Na data de 10 de janeiro de 2006, foi expedido o Ofício de n.º 0012/2006, proveniente do Gabinete da Exma. Sra. Prefeita do Município de Fortaleza, requisitando à Ilma Sra. Presidente da FUNCET – Fundação de Cultura, Esporte e Turismo de Fortaleza - que deflagrasse o processo de tombamento do Ideal Clube, sob a alegação de que o imóvel em que o clube tem sede possui valor histórico-cultural.

À vista de tal requisição, em 11 de janeiro de 2006, a Presidente da FUNCET acatou o pedido da Chefe do Poder Executivo Municipal, sob o fundamento de que o imóvel tem sido espaço para a realização de eventos culturais e que a sede do clube possui característica Estilo Missões, uma vertente da arquitetura neocolonial. A partir de então, foi deflagrado o processo administrativo de tombamento da sede do Ideal Clube, que passou a tramitar sob o n.º 011/2006/FUNCET.

Nesse diapasão, foi editado o Decreto Municipal n.º 11.959, de 11 de janeiro de 2006, tombando provisoriamente “o imóvel Ideal Clube, situado à Avenida Monsenhor Tabosa, nº 1.381, Meireles, tendo em vista o valor histórico-cultural do referido imóvel para os municípios de Fortaleza”.

Em seguida, a FUNCET expediu notificação extrajudicial ao Ideal Clube, informando-o sobre o procedimento de tombamento, e assinalando o prazo de 30 (trinta) dias para a anuência ou impugnação à medida efetivada.

Em decorrência do início do processo de tombamento, e conforme rege a legislação específica, o tombamento efetivado, ainda que provisoriamente, gera todos os efeitos legais decorrentes do tombamento definitivo. Assim, a partir de então, qualquer intervenção no bem, mesmo que por determinação de seus proprietários, só poderia ser levada a efeito com a prévia autorização do Departamento de Patrimônio Histórico Cultural da FUNCET.

Considerando que o tombamento causava prejuízo à consecução dos objetivos sociais do clube, os proprietários impugnaram o ato, visando seu cancelamento.

Em suas razões, os proprietários argumentaram que o Ideal Clube, atualmente, destaca-se pelos eventos culturais e esportivos que sedia, sendo grande incentivador de exposições literárias e competições esportivas capazes de atrair público e mobilizar os meios de comunicação. A capacidade de se transformar e de modificar suas estruturas, buscando maior adequação ao evento a ser realizado, é um dos maiores diferenciais do clube, que tem sua decoração e benfeitorias freqüentemente modificadas.

O tombamento pretendido pela Administração Pública prejudicaria bastante essa característica do clube, uma vez que qualquer modificação deveria ser comunicada ao órgão competente para a devida autorização, o que acarretaria morosidade excessiva e poderia comprometer o número e a diversidade das atividades do clube.

Em resposta à impugnação, a diretoria do Departamento de Patrimônio Histórico Cultural da FUNCET, em 25 de setembro de 2006, emitiu parecer favorável à continuidade do processo de tombamento do clube, considerando infundados os argumentos apresentados pelo impugnante.

Após a resposta do órgão no qual teve início o processo administrativo, os autos deveriam ter sido enviados ao Conselho Municipal de Proteção ao Patrimônio Histórico e Cultural, para que este, em sessenta dias, proferisse decisão acerca do tombamento definitivo do imóvel, o que, porém, não aconteceu.

Assim, mais de três anos após seu início, o processo de tombamento do Ideal Clube se delonga, visto que a decisão final a respeito do tombamento do imóvel ainda não foi proferida, tendo já sido esgotado o prazo previsto em lei para que a Administração resolvesse definitivamente o tombamento.

O parecer técnico para instrução do processo foi emitido em novembro de 2007, tendo sido concluída a instrução do processo administrativo. Desde então, não

houve qualquer manifestação da Administração Pública para a continuidade do tombamento iniciado.

O desatendimento do prazo legal para decisão final no processo em curso, conforme exposto, torna caduco o ato de tombamento provisório do Ideal Clube, concretizado na data de 11 de janeiro de 2006, por meio do Decreto Municipal n.<sup>º</sup> 11.959, devendo-se considerar se o ato de tombamento definitivo está, por essa razão, prejudicado, tornando ilegal a continuidade do processo administrativo, ou se a caducidade do tombamento provisório não impedirá a efetivação do ato definitivo, inexistindo vício no processo.

Além disso, o retardamento da Administração Pública Municipal provoca prejuízos ao particular, que tem seu direito fundamental de propriedade limitado pelos efeitos do ato de tombamento provisório que recaíram sobre seu imóvel – os mesmos efeitos do tombamento definitivo.

Cabe, ainda, averiguar a razoabilidade do tombamento de todo o prédio que sedia o Ideal Clube, uma vez que apenas a fachada do imóvel permanece inalterada, resguardando a arquitetura original, que merece ser preservada como patrimônio cultural da cidade de Fortaleza, como bem fundamentado pelo órgão público responsável pelo tombamento.

Uma vez que o interior do clube conta com instalações modernas, que constantemente são modificadas para atender às finalidades sociais do clube e às necessidades dos sócios, não há, ao menos aparentemente, justificativa para seu tombamento, já que em tal espaço não há preservação da história e da cultura da cidade, cuja população, em sua maior parte, a ele não tem acesso.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O direito de propriedade, ao longo do tempo, foi alvo de diversas transformações, que definiram seus contornos e seu conteúdo. Partindo da concepção existente no Estado Liberal, tal direito passou de absoluto para direito limitado por diversas condicionantes na atualidade.
2. Na atual ordem constitucional, não mais se admite o exercício do direito de propriedade em prejuízo da coletividade. A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de propriedade em seu artigo 5º, XXII, determinando também que a propriedade atenda sua função social (art. 5º, inciso XXIII).
3. A supremacia do interesse público legitima o Estado a intervir na propriedade privada, adequando-a à sua função social. Nesse passo, pode o Estado intervir de maneira supressiva, por meio da desapropriação, ou apenas restritiva, impondo condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la do seu dono. Esse tipo de intervenção subdivide-se nas modalidades de servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitações administrativas e tombamento.
4. O tombamento afigura-se como modalidade de intervenção estatal na propriedade privada que tem por objetivo a proteção do patrimônio cultural nacional. Não se trata, no entanto, da única forma de proteção ao referido patrimônio, que deverá ser acautelado e promovido pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, rol este apenas exemplificativo, de acordo com o artigo 216, §1º, da Constituição Federal de 1988.
5. Não há unanimidade na conceituação do tombamento, havendo, de um lado, a opinião de que se trata de ato administrativo e, de outro, de que é processo administrativo. De toda sorte, o processo administrativo de tombamento deve ser respeitado para que seja limitado o direito de propriedade.
6. Tal processo é disciplinado no âmbito federal pelo Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que apresenta conceituação mais restrita de patrimônio cultural que

aquela contida na Constituição Federal de 1988, devendo ser, portanto, interpretado conforme a Constituição, para alargar seu âmbito de aplicação.

7. Não obstante, os bens culturais imateriais, que não foram previstos no DL n.<sup>o</sup> 25/1937 como bens passíveis de tombamento, têm processo administrativo de tombamento próprio, disciplinado pelo Decreto n.<sup>o</sup> 3.551, de 4 de agosto de 2000.

8. A Constituição Federal, no artigo 23, incisos I e III, conferiu competência material comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para conservar o patrimônio público, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como os monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos.

9. Ao dispor sobre a competência legislativa para a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, no entanto, a Constituição Federal não a outorgou expressamente aos Municípios, conferindo-lhe concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme inciso VII do artigo 24.

10. A disposição constitucional, porém, não impedi a interpretação segundo a qual os Municípios podem editar normas sobre a proteção ao patrimônio cultural, uma vez que, segundo o artigo 30, incisos I e II, da CF/88, o ente municipal tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber. Assim, o STF entende pela constitucionalidade de lei municipal que institua normas procedimentais para efetivação do tombamento, uma vez respeitados os limites impostos pela Carta Magna.

11. A obediência ao processo administrativo para tombamento, possibilitando ao proprietário o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme previsto no artigo 5º, LV da CF/88 é condição fundamental para a legalidade do tombamento, que deve obedecer aos requisitos de forma, finalidade, competência, motivo e objeto previstos em lei, sob pena de invalidação.

12. O mandado de segurança apresenta-se como uma das formas de desconstituição do ato administrativo de tombamento realizado ilegalmente, mormente quando desrespeitado o requisito formal previsto em lei para sua efetivação.

13. A impetração desse instrumento exige a comprovação de plano do direito líquido e certo alegado pelo autor, o que, via de regra, é feito por prova documental pré-constituída, não comportando dilação probatória o processamento do *mandamus*.

14. Uma das ilegalidades que poderão surgir no processo de tombamento é a não observância do prazo para proferimento de decisão final, a fim de tornar definitivo o ato de tombamento provisório efetivado no início do processo administrativo, ou para que seja invalidado.

15. É controversa, na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de cabimento do mandado de segurança em tal caso. Entende-se que o *mandamus* seria cabível por afigurar-se ilegal a conversão de ato tombamento provisório tornado caduco por decurso de prazo em ato de tombamento definitivo, sendo imperiosa, em tal hipótese, a anulação do processo administrativo.

16. Em contrapartida, há também o entendimento de que o tombamento provisório foi previsto para que se protegesse desde o início do processo o bem que a Administração Pública pretendesse tomar, não permitindo ao particular que, de qualquer forma, viesse a esvaziar a pretensão administrativa. Assim, o tombamento provisório não configuraria fase procedural prévia indispensável ao tombamento definitivo, de forma que, ultrapassado o prazo para a decisão final do Poder Público, o tombamento provisório continuaria surtindo efeitos, não havendo qualquer prejuízo para o processo administrativo. Ademais, o prazo estipulado teria a finalidade apenas de tornar mais célere o procedimento, visando à proteção definitiva dos bens, não se beneficiando o proprietário se ele for ultrapassado.

17. O processo administrativo para tombamento do Ideal Clube, em Fortaleza, ilustra bem a questão. Iniciado em janeiro de 2006, o processo não foi concluído até a presente data, constando como último ato procedural a elaboração de laudo pericial, concluído em novembro de 2007.

18. No que pese a paralisação do curso do processo, o imóvel que sedia o Ideal Clube encontra-se provisoriamente tombado, sofrendo os proprietários todas as restrições decorrentes do ato.

19. No caso particular, o tombamento provisório dificulta a consecução das finalidades sociais do clube, que tem como uma de suas principais atividades a realização de eventos culturais e esportivos. A realização de tais eventos demanda a constante modificação da organização interna do clube, adequando-a a cada circunstância. O ato administrativo efetuado impõe a obtenção de prévia autorização do órgão público responsável pelo tombamento para que as alterações necessárias sejam feitas.

20. Questiona-se, por fim, a razoabilidade da medida de tombamento de todo o prédio do Ideal Clube, uma vez que apenas a fachada do imóvel tem valor cultural que merece a devida preservação, pois construída no estilo “Missões” e projetada pelo arquiteto Sílvio Jaguaribe Eickman, cuja atuação profissional foi bastante destacada nas décadas de 1930 e 1940.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;
- CASTRO, Sônia Rabello de. **Estatuto da cidade e a preservação do patrimônio cultural federal: compatibilizando a gestão.** Disponível em: <[www.inepac.rj.gov.br/arquivos/sonia\\_castro.pdf](http://www.inepac.rj.gov.br/arquivos/sonia_castro.pdf)>. Acesso em: 16 nov 2010;
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Brasília: Revista CJF nº. 3, dezembro/1997;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008;
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008;
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo.** 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- FORTALEZA, Secretaria de Cultura do Município. Processo administrativo n.º 011/2006/FUNCET, em trâmite;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Análise jurídico funcional do tombamento como instrumento de preservação do patrimônio histórico.** Fortaleza: UFC, 2000. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000;
- SIVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

STJ, 1<sup>a</sup> Turma, REsp 147.949/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 18/02/1998, DJ 20/04/1998, p. 35;

STJ, 1<sup>a</sup> Turma, REsp 41.993/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 01/06/1995, DJ 19/06/1995 p. 18641;

STJ, 2<sup>a</sup> Turma, RMS 8.252/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/10/2002, DJ 24/02/2003, p. 215;

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácia. **Tombaram o decreto-lei nº 25/37?** Disponível em <[www.cult.ufba.br/eneicult2008/14298-03.pdf](http://www.cult.ufba.br/eneicult2008/14298-03.pdf)>. Acesso em: 16 nov 2010;

TJBA, 5<sup>a</sup> Câmara Cível, REEX 76619-1/2008, rel. Des. Rubem Dário Peregrino Cunha, j. 26/05/2009;

TJMG, 4<sup>a</sup> Câmara Cível, Ap. Cível 0160232-84.2009.8.13.0049, rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 27/05/2010, DJ 05/07/2010;

TJMS, 5<sup>a</sup> Turma Cível, Ap. Cível 31634, rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 11/02/2010, DJ 19/02/2010;

TJSC, 2<sup>a</sup> Câmara de Direito Público, MS 355645, rel. Des. Cid Goulart, j. 06/02/2008;

TJSP, Câmara Especial de Meio Ambiente, Ap. com revisão 652.204.5/0-00, rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, j. 25/06/2009, DJ 03/07/2009;

TJSP, 11<sup>a</sup> Câmara de Direito Público, Ap. Cível 834.286-5/9-00 V. 16.311, rel. Des. Pires de Araújo – j. 15/12/2008, DJ 14/01/2009;

TJSP, 13<sup>a</sup> Câmara de Direito Público, Ap. com revisão 287.146-5/9-00, rel. Des. Oliveira Passos, DJ 23/08/2006.