

## DESAPROPRIAÇÃO DE BENS TOMBADOS

### RESUMO

O tombamento assim como a desapropriação são atos pelos quais a administração interfere na propriedade privada de modo a restringir os direitos a esta inerentes, seja de forma parcial ou total. Classifica-se como desapropriação o ato pelo qual o poder público transfere de forma compulsória alguma propriedade, tendo como motivo: utilidade pública ou necessidade pública ou interesse social; já o tombamento é o ato pelo qual o Estado coloca em seu poder bem que possui determinado valor social. Desta forma, são tais atos exemplos de formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Por meio do estudo das legislações pertinentes sobre os temas descritos, observa-se uma clara contradição por conta da possibilidade, ou não, de desapropriar bem tombado, uma vez que as mesmas tratam de forma distinta a possibilidade da existência de tal medida. Os Decretos-leis que tratam do tema em questão, apresentam como peculiaridade o tempo em que foram redigidas, em período bastante diverso do atual, fator que também serve de justificativa para a necessidade de uma reformulação, que tragam de forma explícita os casos em que a medida desapropriatória seja realmente cabível.

**Palavras-Chave:** Desapropriação. Tombamento. Hierarquia. Princípios. Cultura.

### RESUMEN

La preservación, así como el despojo son actos por los cuales la administración interfiere con la propiedad privada con el fin de restringir los derechos inherentes a esta, ya sea parcial o total. A diferencia clasificado como expropiar el acto por el cual el gobierno transfiere una propiedad en forma obligatoria, con la razón: utilidad pública o de necesidad pública o interés social, ya que el registro es el

acto por el cual el Estado pone a su alcance y que tiene un valor social en particular. Por lo tanto, esos actos son ejemplos de formas de proteger el patrimonio cultural brasileño. A través del estudio de las leyes pertinentes a los problemas descritos, no existe una clara contradicción debido a la posibilidad o no de expropiar y caído, puesto que tratan de manera diferente con la posibilidad de medida. Os tales decretos-leyes tratar con el tema, se presentan como la peculiaridad del momento en que fueron escritas en muy diferentes de la época actual, un factor que también sirve como una justificación de la necesidad de un cambio de imagen, que traen en forma explícita los casos en que la medida es desapropiatria realmente apropiada.

**Palabras clave:** expropiación. Registro. Jerarquía. Principios. Cultura.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará duas espécies clássicas de ato administrativo, de modo a apresentar várias contradições existentes em relação a aplicação das leis que vigoram sobre o tema da desapropriação de bens tombados.

Conforme a desapropriação de bens tombados, primeiramente será apresentado o tombamento como ato administrativo que visa preservar patrimônio que apresenta importância histórica ou cultural, paralelamente a esta conceituação, serão abordadas as características do ato desapropriatório, de modo à apresentar os motivos para seu cabimento.

Nesse contexto, vale destacar que o artigo 216 § 1º da Constituição Federal como forma de proteção ao patrimônio cultural: a desapropriação. Por meio do estudo das legislações pertinentes sobre os temas descritos, observa-se uma clara contradição no que tange os decretos-lei sobre o tema por conta da possibilidade de desapropriação de bens tombados, uma vez que as mesmas não apresentam entendimento uniforme sobre tal assunto.

Em relação a legislação que versa sobre o tombamento, vale destacar ainda que a mesma é bastante antiga, em meados da década de 40; sendo assim, vários temas relativos a algumas situações recorrentes de tal ato acabam não sendo enquadradas pela regulamentação.

Desta forma, tem-se os Decretos-lei nº 3.365/41 e 3.866/41 que apresentam algumas controvérsias entre si, uma delas decorrente da possibilidade do Presidente da República de cancelar ato de tombamento por motivos de interesse público; com relação a isso, deverá considerar que um dos motivos que justificam a desapropriação é exatamente o interesse público, tendo o referido texto merecido críticas.

Outro ponto bastante controverso sobre a desapropriação de bens tombados refere-se aos princípios básicos do Direito administrativo, entre eles o da supremacia do poder público sobre o privado. Conforme estabelece, os atos administrativos deverão ser justificados pela sua importância social, ainda que prevaleçam sobre interesses particulares.

Desta forma, caso seja provada a necessidade social ou interesse social do ato desapropriatório, mesmo que relativo a bem tombado, poderá o mesmo ato ser considerado válido mediante respeito ao princípio descrito?

Portanto, o tema em debate coloca em conflito alguns direitos constitucionais entre eles o de propriedade e o da preservação do patrimônio cultural ou histórico que também serão devidamente observados, a fim de esclarecimento sobre suas aplicabilidades.

## 1.1. BREVE ANÁLISE DO TOMBAMENTO E SUA REGULAÇÃO LEGAL PERTINENTES

O termo tomar surgiu do direito português que denota sobre um bem que foi arquivado e guardado na Torre do Tombo (localizada em Portugal) conforme classificações referentes a qualidade de tal bem (DI PIETRO, 2004, p.139/142).

O tombamento encontra-se regulamentado pela Constituição Federal e pelos Decretos-lei número 25/37, 1.075/70 e 3.866/41.

Determina a Constituição Federal Brasileira atual, expressamente, a função real do tombamento, conforme se evidencia abaixo:

**Art. 216.** § 1º O poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação.

"O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, **direito a indenização**" (grifo da autora) (DI PIETRO, 2004, p.141). Juntamente a esse argumento acrescenta-se:

O tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral. É restrição individual quando atinge determinado bem - uma casa, por exemplo, reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos; como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos. (MEIRELLES, 2009, p. 583)

Com relação à natureza jurídica do tombamento, Di Pietro (2004, p. 148/149) destaca que ocorre uma divergência entre alguns doutrinadores, sobre o tema uma vez que a legislação se mostra omissa nesse estabelecimento. De fato, encontram-se duas correntes: a primeira defendida pela mesma autora, que classifica o tombamento como não servidão; em contrapartida encontra-se a segunda corrente, que de modo contrastante caracteriza o tombamento como servidão administrativa, devido a forma pela qual o dano que o tombamento de bem causa à seu proprietário. A consequência jurídica desta divergência implicará sobre a forma pela qual ocorrerá a restrição parcial do direito do proprietário sobre seu bem, uma vez que a servidão administrativa caracteriza-se por maior subordinação do proprietário à administração.

De forma específica, o Decreto-Lei 25, de 30.11.37 rege o tombamento, de forma a destacar seu procedimento e cabimento. Com relação a esse Decreto-Lei, vale salientar:

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. (MEIRELLES, 2009, p.583)

Nesse contexto, sobre o procedimento do tombamento, Meirelles (2009, p. 583/585) destaca que até que a decisão final sobre o tombamento seja realmente efetivada, ocorrerá a proteção de determinado bem; logo, não poderá ocorrer a destruição ou dano a este patrimônio, sob pena equivalente àquelas praticadas ao patrimônio nacional, conforme prevê o artigo 17 do Decreto-Lei 25/1937.

No entanto, Meirelles (2009, p. 584) ressalta: "[...] esse tombamento provisório não pode ser protelado além do prazo legal, sob pena de omissão ou retardamento transformando-se em abuso de poder, corrigível por via judicial." Exemplo disto, se encontra quando da omissão do Poder Executivo, ao não se pronunciar o decreto do tombamento de determinado bem em que há claro conhecimento de ser passível de tal ato. A respeito, aliás:

Quando o Poder Público Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido, em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público (ação civil pública) ou de cidadão (ação popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo que faça a proteção. (MEIRELLES, 2009, p. 587)

Há lacunas legais que caberão revisão do texto legal do Decreto-Lei 25/37, de modo a sanar hipóteses que causam dúvida em relação a prática, como é o caso da omissão do Poder Executivo e sobre algumas formas de desapropriação de bens tombados, que serão abordadas adiante.

## 1.2. BREVE ANÁLISE DA DESAPROPRIAÇÃO E SUA REGULAÇÃO LEGAL PERTINENTES

O procedimento desapropriatório deverá ocorrer pelo Poder Público motivado pelo interesse social, necessidade ou utilidade pública; nesse caso, caberá a indenização ao proprietário desapropriado de determinado bem (DI PIETRO, 2004, p. 165/169). Nesse mesmo contexto, Mello (2009, p. 863) destaca: "O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatível"

"Desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público" (MELLO, 2009, p. 859).

Ao abordar o tema de desapropriação mostra-se importante destacar a diferença entre a modalidade instaurada conforme utilidade pública e interesse social. Sobre as mesmas vale ressaltar:

Na desapropriação por utilidade pública as hipóteses legais que autorizam o exercício do poder expropriatório, como visto, são diferentes daquelas previstas na desapropriação por interesse social. Além disso, o prazo de caducidade da declaração de utilidade pública para desapropriação realizada com fundamento em necessidade ou utilidade pública é de cinco anos e o prazo de caducidade da declaração de interesse social, com fins de desapropriação, é de dois anos. (MELLO, 2009, p.867)

Nos casos descritos como passíveis de desapropriação, existe a possibilidade de determinado ato, conforme destaca Di Pietro (2004, p. 161/165) ter caráter sancionador por conta do descumprimento de determinada função. Em se tratando da aplicação da desapropriação com esse elemento, vale destacar as hipóteses pelas quais serão cabíveis, conforme a seguir apresentadas:

Duas delas são previstas para os casos de descumprimento da função social da propriedade urbana (art. 182, §4º da CF) e da propriedade rural (art. 186), hipóteses em que o pagamento da indenização é feito em títulos da dívida pública e não em dinheiro. A terceira é a prevista no artigo 243, que trata da **expropriação** (grifo da autora) de glebas de terras em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, hipótese em que o expropriado não faz jus a qualquer tipo de indenização, além de ficar sujeito às sanções previstas em lei. (DI PIETRO, 2004, p.161/162)

Nesse aspecto, vale ainda ressaltar, como descreve também Di Pietro (2004, p.171/174) que o poder público administrativo se funda na ideia de ato que decorre do interesse coletivo, nesse caso, deverá a desapropriação, como já apresentado, se enquadrar na justificativa de que roga-se por um interesse maior da sociedade ao fazê-lo.

Sobre a desapropriação, caberá a Constituição Federal em seus arts. 5º, XXIV, 182, §4º, III e 184 exercer fundamentos legais sobre o tema. No entanto existem outros complementos legais que o abordam, são eles: o Decreto-Lei 3.365/41 (Lei básica da Desapropriação) e o Decreto-Lei 1.075/70.

Desta forma, conforme o art. 5º, XXIV da CF/88, serão causas de desapropriação o interesse social, a utilidade pública e a necessidade pública.

Sobre a hipótese de desapropriar bem tombado, Meirelles (2009, p. 586) destaca: "Os bens tombados só podem ser desapropriados para manter-se o tombamento, jamais para outra finalidade". Logo, conforme o afirmado, enquadrará como possibilidade de desapropriação, os casos em que o proprietário de bem tombado não possa exercer função estabelecida, como por exemplo, quando o mesmo não tem condições para estabelecer a restauração e a manutenção de seu

patrimônio, tal argumento encontra amparo no art. 19 §1º do Decreto-Lei nº 25/1937 e art.5º "k" do Decreto- Lei nº 3.365/1941.

No entanto, de forma diversa ao apresentado encontra-se o Decreto-Lei nº3.866/41 em seu parágrafo único, que prevê ao Presidente da República a possibilidade de cancelar o tombamento por motivos de interesse social, conforme recurso destinado ao mesmo. Com relação a isso vale lembrar que uma das justificativas da desapropriação é exatamente o interesse público, sendo portanto o referido Decreto-Lei, bastante criticado.

"As hipóteses legais de desapropriação são taxativas, [...]. Logo, só se pode desapropriar fundado nas hipóteses previstas em lei, isto é, nas consideradas expressamente no Decreto-Lei 3.365 ou em demais leis que regem a matéria" (MELLO, 2009, p. 866).

Vale dizer, que às hipóteses do ato desapropriatório derivado do interesse social são aquelas previstas pelo artigo 2º da Lei 4.132/62, de modo que a mesma lei se mostra omissa com relação a alguns pontos, entre eles a competência de desapropriar tendo como base a utilidade pública; de modo que, para o autor poderá qualquer uma das entidades (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios) atuar e estabelecer tal ato (MELLO, 2009, p. 867/868). Desta forma, do mesmo modo como ocorre com as leis que regulam o tombamento, as leis sobre desapropriação apresentam lacunas em seu texto legal, que permitem dúvidas sobre o que deverá ser feito em determinados casos.

Relevante apontar, a existência de lacunas dentre as quais está a forma indireta de desapropriação; nesse contexto, será caracterizada como tal por ação judicial própria, o ato desapropriatório que de alguma forma não sege o procedimento legal, devendo portanto, ser cabível a indenização. Sobre essa forma ilegal de desapropriação, não caberá a reivindicação do referido bem pelo seu proprietário; pois uma vez destinado a utilização pública, não poderá qualquer imóvel ser reivindicado (DI PIETRO, 2004, p.186/188).

Portanto, as omissões existentes em decorrência das normas que regem o processo desapropriatório e de tombamento, são determinantes no que diz respeito a forma pela qual poderá instaurar-se processo judicial contra um possível ato ilegal pleiteado a desapropriação indireta.

## 2.1) A RELEVÂNCIA DOS VALORES JURÍDICO/ SÓCIO/ CULTURAIS NA APRECIÇÃO DO TEMA

Historicamente, vale abordar, conforme destaca Di Pietro (2004, p. 139-140) a importância da relação entre o patrimônio cultural como objeto de tutela do Direito brasileiro com sua origem derivada do Direito português. De forma que, a atual Constituição, refere-se a tal proteção amparada pela ideia de resguardar a identidade nacional.

É cabível portanto, ressaltar tendo como base a tênue relação entre a tutela derivada do Direito português com a importância da identidade cultural brasileira, a seguinte colocação:

A Constituição da República de 1988, fiel à orientação histórico-cultural dos povos civilizados, estendeu o amparo do Poder Público a todos os bens que merecem ser preservados e atribuiu a todas as entidades estatais o dever de preservá-los, para recreação, estudo e conhecimento dos feitos de nossos antepassados. (MEIRELLES, 2009, p. 582)

Conforme destaca a Constituição brasileira de 1988 estabelece em seu artigo 5º XXII o direito de propriedade como direito a ser protegido, do mesmo modo, o artigo 216, §1º salienta o patrimônio cultural como objeto de proteção. Nesse contexto, torna-se extremamente relevante levantar, como ocorrerá a aplicação de determinados artigos, no caso da desapropriação de bens tombados, uma vez que os objetos passíveis de tutela se confundem no caso em questão.

"Toda cultura, não importa se primitiva ou adiantada, destina-se a atender às necessidades e aos desejos básicos de sua gente e constrói certas áreas de vida social" (RUMNEY e MAIER, 1963, p. 99).

Desta forma, defender a identidade nacional, fator motivador da tutela do patrimônio cultural, nada mais é, tendo como base o apresentado no parágrafo anterior, o reflexo das formas pelas quais o homem passa a agir socialmente. Esta forma de comportamento social de determinado povo é bastante importante, para que ocorra a identificação de gerações futuras com o contexto social a que estão inseridos.

Tendo em vista a função dos fatores culturais, vale destacar, conforme Piovesan (1997, p. 167/ 168): "[...] cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias

culturais e históricas de cada sociedade." Logo, cada direito fundamental descrito pela Constituição Federal terá sua aplicação determinada por fatores históricos de nosso país, poderá portanto, ser aplicado de forma distinta dependendo da região, em face da grande extensão territorial e diversidade cultural de nosso povo.

Vale lembrar, que o tombamento assim como o ato desapropriatório, conforme ensina Carvalho Filho (2009, p. 774/ 780), referem-se a forma pela qual terceiro passa a exercer seu direito de propriedade, contudo, enquanto na desapropriação ocorre total perda do direito, no tombamento ocorrerá apenas a perda parcial do mesmo.

Nesse contexto, conforme o artigo 215, §1º da CF/88 tanto a desapropriação quanto o tombamento poderão ser motivados pela tutela de patrimônio cultural. No entanto, no caso da desapropriação por utilidade pública que descreve qualquer bem como passível de desapropriação (conforme art. 2º da Lei de Desapropriação), assim dá-se potencial confronto entre dois direitos passíveis de proteção: Propriedade e cultura.

A propriedade segundo Rumney e Maier (1963, p. 104) poderá ser considerada uma das mais importantes instituições sociais. Sobre este prisma, destaca-se:

Para sustentar a vida, o indivíduo deve ter uma certa espécie de propriedade. Sua aquisição é uma força dominante na vida dos homens, deixando marca em todas as fases de suas atividades. Uma tarefa capital com que se defronta toda sociedade é a satisfação de suas necessidades físicas e, para dela se desincumbir com êxito, frequentemente subordinará a isso tudo o mais. (RUMNEY e MAIER, 1963, p. 105)

Portanto, apesar das Leis sobre Tombamento e desapropriação datarem de período contrastante ao atual, faz-se necessária a proteção aos patrimônios histórico/culturais; uma vez que a conservação de determinado bem de relevante valor nesta área, relaciona-se com a formação da identidade nacional enquanto nação brasileira.

No entanto, no caso excepcional em que a utilidade pública confronta-se com a conservação de determinado bem, ocorrerá dúvida como se procederá; uma vez que confrontar-se-ão dois direitos previstos constitucionalmente e que não possuem hierarquia expressa, nesse caso, cabe observar:

[...] Se o tombamento provém de entidade federativa menor, será possível, em tese, a desapropriação do bem pela entidade maior, desde que, é obvio, comprovado que o interesse público a ser atendido pela desapropriação tem prevalência sobre o que gerou o tombamento. (CARVALHO FILHO , 2009, p. 780/ 781)

Logo, no caso descrito, o autor explica que poderá ocorrer o confronto entre interesses, de modo que haverá dois casos descritos como interesse público, um referente ao que motivou o tombamento e outro que servirá de justificativa para uma possível desapropriação.

Conforme o apresentado, o direito à propriedade é um dos direitos mais importantes existentes, uma vez que o mesmo se encontra no rol dos direitos fundamentais e representar a própria necessidade humana. Vale quanto ao alegado salientar que a superioridade de tal direito em relação ao da defesa do patrimônio cultural não é expresso, apenas subentendido, utilizando o método da proporcionalidade e ponderação constitucional, método pelo qual utiliza-se a moral e o bom senso para resolver determinado conflito/ omissão.

Vale salientar que esse método interpretativo é bastante criticado, conforme destaca Del Negri (2009, p. 217): "Se nos confinássemos a esta ótica de que o Direito no momento de ser interpretado requer auxílio da Moral, sobriaria o incômodo de concluir que não precisaríamos do Direito, se já existente a Moral."

No entanto, no caso específico em que se encontra o conflito entre dois direitos constitucionalmente tutelados, será o método da ponderação uma das únicas alternativas para tal problemática.

## 2.2. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO RELATIVO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS À DESAPROPRIAÇÃO DE BENS TOMBADOS

O Direito administrativo é regido por vários princípios entre eles estão alguns que exercem influência sobre os atos de desapropriação e tombamento. Nesse contexto, encontra-se o princípio da supremacia do poder público, como trata Carvalho Filho (2009, p.30): "As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público."

Desta forma, quando provado importante valor cultural e histórico deverá ser realizado o tombamento de bens tendo em vista o princípio citado, uma vez que o interesse social em preservar tal bem supera o direito individual de propriedade.

Paralelo ao princípio administrativo da supremacia do poder público deve-se observar o princípio constitucional que tutela o Direito à propriedade.

Logo, apesar da Constituição Federal tutelar em seu artigo 5º, XXII o Direito de propriedade, há casos em que o direito em questão poderá ser restringido, como nos casos de utilidade pública, necessidade pública, interesse social ou em que o patrimônio necessita de tutela, por apresentar relevante valor histórico-social. Sobre a restrição ao direito de propriedade vale salientar:

É evidente que a propriedade, nos termos do art. 5º, XXII, da Constituição, há de compreender aquilo que a ordem jurídica ordinária designa como tal. Tal orientação não impede que as outras situações jurídicas possam vir a ser abrangidas por esse conceito, obtendo assim a proteção constitucional devida. (MENDES, 2009, p. 469)

Portanto, o artigo 5º, XXII da CF/88 não é taxativo, de modo a enquadrar outras situações em que caberá a tutela patrimonial e que deverão ser observadas. No que respeita a limitação a tal direito real:

Sabe-se que a propriedade é o **direito individual** que assegura a seu titular uma série de poderes cujo conteúdo constitui objeto do direito civil; compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Não podem, no entanto, esses poderes ser exercidos ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios, de igual natureza, e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao Poder Público exercer, ainda que em prejuízo de interesses individuais. (grifo da autora) (DI PIETRO, 2004, p. 127)

Ainda sobre os princípios relativos aos atos de desapropriação e tombamento está o da autotutela, sobre o mesmo explica Carvalho Filho (2009, p. 31/32) que quando ocorre falha por parte da própria administração pública relativa a erro em relação ao exercício de suas atividades, deverá a mesma, sem necessidade de ser provocada para tal ato, revisar o ato praticado de modo a modificá-lo.

Nesse contexto, são exemplos de casos em que ocorre a autotutela, o ato pelo qual ocorre o tombamento injustificado de bem ao invés de proceder a desapropriação do mesmo e vice e versa.

Sobre os princípios administrativos, segundo Di Pietro (2004, p. 65) está o princípio da legalidade: "Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública

só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que permite fazer tudo o que a lei não proíbe." Acrescenta-se ainda conforme Carvalho Filho (2009, p. 31) "Na verdade, só restaurando a situação de irregularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários."

Relacionado à ideia de legalidade está o princípio da moralidade, pelo qual conforme o mesmo, deverão os atos administrativos serem aplicados atentando-se a moral e aos costumes existentes em determinada sociedade; logo, a aplicação deste está intimamente relacionada com a ideia de utilidade e necessidade pública. Vale ressaltar, que o princípio da moralidade é bastante criticado uma vez que há o entendimento que a moral é relativa, sendo portanto enquadrada como uma parte do princípio da legalidade (DI PIETRO, 2004, p.77/80).

O artigo 37 da CF/88 traz em seu texto o princípio da publicidade que exige que a população seja informada de todos os atos praticados pela Administração Pública; no entanto, a própria administração em seu artigo 5º, LX destaca o interesse social como uma das formas de se limitar o referido princípio. Tendo em vista a exceção prevista, o processo de tombamento e de desapropriação não precisará ser informada a toda a população por se tratarem de ato administrativo (DI PIETRO, 2004, p.72/73)

Portanto, conforme os princípios administrativos abordados pode-se observar que os atos de desapropriação e tombamento possuem em consonância a forma pela qual poderão ser instaurados.

No entanto, os mesmos, apresentam contradições quando colocados em confronto perante a justificativa destes mesmos princípios, como fica evidente na hipótese de se justificar ambos os atos pelo interesse social existente, que somente se refletirá de modo distinto

### 2.3. A HIERARQUIA LEGISLATIVA EXISTENTE SOBRE DESAPROPRIAÇÃO DE BENS TOMBADOS

Inicialmente, vale destacar, que não há expressamente norma que estabeleça categoricamente o ato desapropriatório como hierarquicamente superior ao de tombamento e vice e versa. No entanto, salienta-se:

Se, para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja **integralmente** o direito de propriedade. (grifo da autora) (DI PIETRO, 2004, p. 141)

Logo, o ato de desapropriar proporciona uma medida superior ao ato de tombamento, uma vez que o primeiro extinguirá o direito de propriedade de determinada pessoa enquanto o segundo apenas restringirá a utilização do bem pela mesma.

Sobre as críticas referentes ao Decreto-Lei nº 3.866/41, está o período em que o texto em questão foi redigido, bastante diverso do atual, tanto que o mesmo data de 1941 período em que, conforme esclarece Meirelles (2009, p. 584) cabia a IBPC (órgão hoje substituído pelo IPHAN) verificar requisitos para tombamento instaurando determinado processo, de modo que o mesmo apresentava somente uma Diretoria Executiva e um Presidente para tratar de tais assuntos em todo o território nacional.

De forma contrastante, o art. 2º da Lei de Desapropriação estabelece: "Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios." Pela interpretação literal do referido texto, é cabível a desapropriação de bens tombados tendo como base na utilidade pública. Todavia, em relação ao artigo em questão, vale esclarecer:

Esse entendimento, no entanto, não pode ser aceito, tendo em vista o próprio fundamento político em que se baseia o instituto de desapropriação, a saber, a ideia de domínio iminente do Estado, entendido como o poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão sobre seu território; trata-se de poder inerente à própria ideia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual a natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque tais entidades não detêm soberania, mas apenas autonomia nos termos defendidos pela Constituição. ( DI PIETRO, 2004, p. 173)

Pode-se observar a impossibilidade de se determinar qual dos atos administrativos em debate são hierarquicamente superiores, pois são muitas contradições em relação ao tema, principalmente quanto às hipóteses de seu

cabimento. Desta forma, somente uma legislação específica que estabeleça expressamente sobre o tema poderá esclarecer sobre uma possível hierarquia.

Vale lembrar que a polêmica em torno do cabimento da desapropriação em referidas possibilidades existem em decorrência de algumas das várias omissões e contradições legislativas que deveriam indicar a consolidação desse arcabouço normativo determinante de tantas controvérsias e difícil uniformização.

Com relação aos critérios hermenêuticos para a solução da contradição e complementação de referidas omissões, em especial pela especialidade e temporalidade, podemos observar que o Decreto-Lei nº 3.365/41 apresenta especificamente e taxativamente o rol de hipóteses que caberá a desapropriação, ato que por esse motivo deverá prevalecer sobre o texto geral apresentado pelo Decreto-Lei nº 3.866/41.

Ainda relevante se encontra a hierarquia constitucional diante das demais, partindo da ideia que a Constituição Federal encontra-se no patamar de lei máxima de nosso ordenamento jurídico; logo, os artigos provenientes da Constituição atual deverão prevalecer sobre os decretos abordados.

### **3 CONCLUSÃO**

Os atos de desapropriação e tombamento são conhecidos como medidas de intervenção administrativa do patrimônio Particular.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto estes atos como meio de preservação de bens que apresentam determinado valor histórico/cultural. No entanto, os decretos-leis que tratam de referidos temas apresentam de forma contraditória a possibilidade de se desapropriar bens já tombados pelo poder público.

As contradições existentes entre os Decretos-leis 3365/41 e 25/37 colocam em conflito dois direitos tutelados pela constituição nacional, são eles: o direito de propriedade e a proteção de patrimônio histórico-cultural. Nesse contexto, apesar do direito de propriedade conforme a legislação brasileira, ser tratado como um dos mais importantes, o conflito do mesmo em relação a função histórica/ cultural de determinado bem proporciona um impasse.

Portanto, devido a necessidade de sanar contradições relativas ao caso deverão ser revistos os dispositivos legais abrangentes sobre o tema da desapropriação de bens de modo a trazer uma consolidação que busque eliminar conflitos instaurados sobre os temas em apreço, conforme aponta o trabalho feito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988. **Lex:** Coletânea de Legislação Administrativa, São Paulo, v.876, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25 de 30 de Novembro de 1937. **Lex:** Coletânea de Legislação Administrativa, São Paulo, v.876, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.075 de 22 de Janeiro de 1970. **Lex:** Coletânea de Legislação Administrativa, São Paulo, v.876, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de Junho de 1941. **Lex:** Coletânea de Legislação Administrativa, São Paulo, v.876, 2011.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1943. **Lex:** Coletânea de Legislação Administrativa, São Paulo, v.876, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUMNEY, Jay; MAIER, Joseph. **Manual de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.