



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Avenida Marechal Mascarenhas de Moraes,, 1877, 6º andar - Bairro: Monte Belo - CEP: 29053-245 - Fone: (27) 3183-5044
- www.jfes.jus.br - Email: 04vfci@jfes.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5009458-24.2022.4.02.5001/ES

AUTOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU

AUTOR: ASSOCIACAO DOS MORADORES DE JARDIM DA PENHA

AUTOR: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** ajuizada por **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e ASSOCIACAO DOS MORADORES DE JARDIM DA PENHA** em face de **UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**, objetivando, em sede de **tutela provisória de urgência**, a suspensão da sessão pública eletrônica referente ao Aviso de Licitação/Concorrência Pública de parte dos Galpões do IBC (SPU nº 23/2022), marcada para o dia 12 de abril às 15 horas.

Os autores afirmam que, *"no dia 09 de março de 2022, foi publicado no Diário Oficial da União, o Aviso de Licitação/Concorrência Pública dos Galpões de Lote 01 a 15, localizados na Rua Comissário Octavio de Queiroz, nº 520 - Quadra X, Bloco H, Jardim da Penha, Vitória/ES. O preço mínimo do imóvel foi fixado em R\$ 10.790.000,00 (dez milhões, setecentos e noventa mil reais) e a sessão pública eletrônica para o processo licitatório foi marcada para o dia 12 de abril de 2022, às 15 horas"*.

Sustentam, todavia, que o referido certame não pode ser levado adiante, pelos seguintes argumentos, em síntese:

(1) os galpões do extinto Instituto Brasileiro do Café - IBC, onde se localiza a área objeto do leilão, construídos no ano de 1962, possuem grande importância histórica, cultural e urbanística para o bairro de Jardim da Penha, consistindo na mais antiga construção do bairro, motivo pelo qual foi aprovado, em 19/11/2021, o tombamento provisório da área, pelo Conselho Estadual de Cultura;

(2) o tombamento provisório se equipara ao definitivo, em seus efeitos, e, portanto, impede a alienação do bem, nos termos do art. 11 do Decreto-Lei 25/1937;

(3) no edital do processo licitatório não há qualquer ressalva referente ao referido tombamento provisório do imóvel, o que viola o princípio da publicidade e o direito de acesso à informação pública, prevista na Carta Magna e a Lei 12.527/2011, e prejudica os interessados em adquirir a o imóvel, pois as ofertas serão realizadas sem que se tenha ciência da existência das limitações administrativas incidentes sobre ele, decorrentes do tombamento;



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

(4) a área a ser alienada, pelo seu valor urbanístico requer uma destinação para uso coletivo, uma vez que o bairro de Jardim da Penha carece das áreas de lazer e de convivência para os moradores e seus visitantes;

Em resposta, a UNIÃO, **preliminarmente**, sustenta a ilegitimidade ativa da AMJAP, pois seu CNPJ encontra-se baixado desde 31/12/2008, o que demonstra sua inaptidão e, conseqüentemente, a ausência de capacidade processual. No mérito, alega que:

(a) o procedimento instaurado pela Secretaria Estadual de Cultura, por si só, não tem o condão de estabelecer qualquer tipo de tombamento sobre o bem da UNIÃO, na medida em que o art. 5º do Decreto-Lei nº 25/1937 determina que o tombamento operado em face de bem da União é de competência do IPHAN;

(b) conforme prescrição do art. 11, Decreto-Lei nº 25/1937, o instituto do tombamento provisório somente se aplica às modalidades de tombamento compulsório e voluntário, previstas no art. 6º do Decreto-Lei nº 25/1937, não havendo se falar em tombamento provisório de bens públicos, previsto no art. 5º do mesmo diploma;

(c) o tombamento, por si só, não leva à inalienabilidade do bem tombado, o que foi confirmado em ofício da própria SECULT, encaminhado à DPE-ES, fato que foi omitido na petição inicial;

(d) o art. 11 do Decreto-Lei nº 25/1937 deve ser interpretado de forma histórico-sistemática, em consonância com as disposições do Código Civil atual e à legislação de regência dos bens públicos, que apontam para a possibilidade de alienação de bens dominicais, mesmo que estes estejam tombados;

(f) a anulação do leilão importará prejuízo econômico significativo à UNIÃO, na ordem de R\$ 101.715,23, por mês, fora o risco de diminuição do valor do imóvel, que possui preço mínimo estipulado em R\$ 10.790.000,00, em razão da perda de interesse por potenciais compradores;

(g) o imóvel em questão se encontra há décadas abandonado, sem qualquer interesse, o que demonstra o nítido desvio de finalidade do próprio processo de tombamento, que tem como único escopo evitar a venda do mesmo, e não a dita proteção ao patrimônio histórico-cultural.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, quanto à questão preliminar levantada pela UNIÃO, reputo necessária a intimação do autor ASSOCIACAO DOS MORADORES DE JARDIM DA PENHA para manifestar-se, nos termos do art. 10 do CPC, no prazo da contestação.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Pois bem. O deferimento do pedido de antecipação de tutela está vinculado à observância dos requisitos previstos no art. 300 do CPC/2015: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Passo a analisar os requisitos.

1- TOMBAMENTO DE BEM PÚBLICO POR ENTE DIVERSO E INALIENABILIDADE

Conforme relatado, o primeiro argumento trazido pelos autores é o fato de que os galpões do extinto Instituto Brasileiro do Café - IBC, onde se localiza a área objeto do leilão, foram objeto de tombamento provisório, pelo Conselho Estadual de Cultura, o que impediria sua alienação.

O tombamento é espécie de intervenção estatal na propriedade, que restringe alguma(s) faculdade(s) inerente(s) à condição de proprietário.

A Constituição da República de 1988 assim dispõe:

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

[...]

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

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

Note-se que a expressão *Poder Público* é ampla e abrange todas as esferas de atuação estatal (federal, estadual ou municipal).

Nesse sentido, o art. 23, III, do mesmo diploma dispõe que a competência para proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultura é **comum** da União, Estados, DF e Municípios. Por isso, é possível o tombamento simultâneo, por mais de uma entidade política e também o cruzado. O STJ há muito já se manifestou pela possibilidade de tombamento de um bem público federal por um ente estatal ou municipal, uma vez que não se trata de supressão de propriedade, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL. 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. 4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado. 5. Recurso improvido. (STJ - RMS: 18952 RJ 2004/0130728-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 26/04/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 30/05/2005 p. 266 RDR vol. 32 p. 204)

O Supremo Tribunal Federal seguiu a mesma linha de raciocínio, ao julgar a ACO 1.208-AgR/MS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

"[...] Agravo em ação cível originária. 2. Administrativo e Constitucional. 3. Tombamento de bem público da União por Estado. Conflito Federativo. Competência desta Corte. 4. Hierarquia verticalizada, prevista na Lei de Desapropriação (Decreto-Lei 3.365/41). Inaplicabilidade no tombamento. Regramento específico. Decreto-Lei 25/1937 (arts. 2º, 5º e 11). Interpretação histórica, teleológica, sistemática e/ou literal. Possibilidade de o Estado tomar bem da União."

E, como se sabe, o tombamento provisório possui os mesmos efeitos do definitivo, nos termos do art. 10 do DL 25/37:

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

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

E aqui **não cabe analisar as teses da União** se só caberia ao IPHAN tomar bem federal ou se o tombamento provisório feito pelo Conselho Estadual de Cultura seguiu os parâmetros legais, uma vez que o interessado Estado do Espírito Santo não é parte da lide e a *causa de pedir* do presente processo não engloba o mérito em si do tombamento. Caso queira discutir o cabimento ou não deste, deverá a União ingressar com ação judicial própria.

Resta, portanto, analisar se o tombamento provisório levado a efeito pelo Conselho Estadual de Cultura impede a alienação do bem público.

Os autores alegam que o tombamento provisório se equipara ao definitivo em seus efeitos e, portanto, impede a alienação do bem, nos termos do art. 11 do Decreto-Lei 25/1937. Já a UNIÃO sustenta que o tombamento, por si só, não leva à inalienabilidade do bem tombado.

A norma citada acima dispõe:

Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

A UNIÃO entende que tal norma não pode ser interpretada de forma literal, pois editada sob a égide do Código Civil de 1916.

Pois bem.

A forma que o legislador de 1937 editou o art. 11 do referido decreto refletia o entendimento da época de que todos os imóveis públicos são inalienáveis *por natureza*. É que o Código Civil vigente à época considerava **inalienáveis todos os bens públicos, sejam de uso comum, especial ou dominicais** (exceção feita aos casos específicos que a lei assim considerava, nos termos do art. 67 do CC/16).

Ocorre que o atual Código Civil (CC/02) procedeu a um giro semântico ao considerar a alienação de bens públicos dominicais como regra, o que se nota no art. 101:

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Assim, os bens públicos dominicais, na atual legislação, não são mais considerados *inalienáveis por natureza*.

Todavia, permanece o impasse, uma vez que o art. 11 do DL25/37 ainda é vigente, tendo sido recepcionado pela CF/88.

No mesmo sentido, o art. 101 do Código Civil de 2002 não tem o poder de revogar o art. 11 do DL 25/37, uma vez que trata-se o primeiro de norma geral, enquanto o segundo, especial.

A solução, portanto, da questão se dá por via do **alcance constitucional do sentido da norma do art. 11 do DL25/37 quando um ente tomba imóvel do outro**.

A correta interpretação do artigo 11 do Decreto-Lei 25/1937, nas hipóteses em que um ente tomba imóvel do outro, não é a literal ou gramatical, e sim a que harmoniza com os *princípios constitucionais*, em que o intérprete busca descobrir o alcance atual da lei. Sobre tal método de interpretação, cabe citar o entendimento do jurista Adilson Abreu Dallari¹:

"Toda norma legal, inclusive constitucional, decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei (entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática".



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Como se sabe, a CF/88 consagrou o *estado federado*, segundo o qual os **entes federados possuem autonomia financeira e administrativa** para gerir sua esfera de atribuição sem a ingerência do outro:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Nesse ponto, é importante dizer que **um ente político não pode invadir a esfera de propriedade de outro ente e decidir que determinado bem se tornará inalienável**. Não há harmonia federativa que resista a ingerência patrimonial de um ente sobre outro.

O que se permite, isso, sim, como visto acima, é a *proteção cultural* dos entes entre si (art. 216 da CF/88) fazendo com que o bem de um ente seja tombado por outro. Isso porque existe um valor constitucional a ser protegido que é o *bem cultural*.

Nesse sentido, **não há autorização constitucional de que um ente por ato próprio impeça o outro de alienar seu bem. Isso porque não há valor a ser protegido aqui. Ao contrário. O valor aqui a ser tutelado deve ser a *autonomia federativa dos entes, consagrada no art. 18 da CF/88.***

Assim, **a interpretação literal do art. 11 do DL 25/37 quando um ente tomba bem do outro é inconstitucional por ser contrária à *autonomia dos entes federados***, prevista no art. 18 da CF/88, sendo, portanto, incabível na espécie.

Do contrário, condenaríamos um ente público a arcar com os custos, *ad eternum*, da manutenção de um bem público tombado mesmo que não houvesse destinação a ele, onerando os cofres públicos e impedindo que o ente auferisse recursos com sua venda. Ainda mais em um momento como esse, em que há graves problemas com as contas públicas.

Ora, é incontroverso a situação em que se encontram os antigos galpões do IBC (área a ser leiloada), sem qualquer uso por parte do Poder Público há várias décadas, exigindo manutenção periódica com recursos públicos, os quais poderiam ser direcionados para outra área de atendimento à população.

Somado a isso, e mais importante, é que, uma vez feito o tombamento provisório, mesmo na hipótese de posteriormente haver alienação, **o novo proprietário deverá obedecer as limitações aprovadas no ato de tombamento**. Haverá, mesmo com a posterior alinação, a proteção do patrimônio capixaba. Assim, o receio do autor exposto na petição inicial não se fundamenta, uma vez que a alienação, por si só, não tem o poder de violar o patrimônio público que nesse momento, nunca é demais frisar, encontra-se tutelado pelo instituto do tombamento provisório.

2- DESTINAÇÃO DO IMÓVEL



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Alegam também os autores que a área a ser alienada, pelo seu valor urbanístico requer uma destinação para uso coletivo, uma vez que o bairro de Jardim da Penha carece de áreas de lazer e de convivência para os moradores e seus visitantes.

Todavia, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se na seara administrativa de atribuição exclusiva do Poder Executivo, sob pena de usurpação da função administrativa, que é própria e indelegável do Executivo.

Assim, tanto a conveniência e oportunidade da alienação de um bem público, como sua utilização em alguma política pública, são atribuições pertencentes ao Poder Executivo, no caso dos autos, ao Poder Executivo Federal (UNIÃO).

Sobre a necessidade de observância do Princípio da Separação de Poderes, assim se manifestou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"Deveras, o Poder Judiciário não pode, como regra, interferir nas políticas públicas definidas pelos demais Poderes. Não cabe ao juiz realizar opções políticas ou eleger alternativas que estejam dentro do poder discricionário da Administração, salvo se drasticamente mal-ferido o princípio da razoabilidade, nos casos de completa falta ou falha do serviço prestado. Destarte, não compete ao Poder Judiciário, tampouco ao Ministério Público, decidir sobre a conveniência e oportunidade dos entes federados de celebrarem convênios entre si para construção, manutenção, operação e exploração de aeródromos públicos, nem é dado a este magistrado, frente à ordem constitucional vigente, impor à Administração a proibição de ajustar contratos de cooperação para prestação de serviços aeroportuários ou para administração de bens públicos, sob pena de séria ofensa ao princípio da separação de poderes (CF/1988, art. 2.º) (TRF-4 - AC: 5471620094047004 PR 0000547-16.2009.4.04.7004, Relator: LUIZ CARLOS CERVI, Data de Julgamento: 20/05/2014, QUARTA TURMA).

3- DA NECESSIDADE DE CONSTAR O TOMBAMENTO PROVISÓRIO
EM EDITAL

Os autores sustentam, também, que no edital do processo licitatório não há qualquer ressalva referente ao referido tombamento provisório do imóvel, o que viola o princípio da publicidade e o direito de acesso à informação pública, prevista na Carta Magna e a Lei 12.527/2011, e prejudica os interessados em adquirir o imóvel, pois as ofertas serão realizadas sem que se tenha ciência da existência das limitações administrativas incidentes sobre ele, decorrentes do tombamento.

Nesse ponto, há que se considerar que os efeitos do tombamento sobre o bem independem de previsão no edital. Ou seja, o tombamento provisório decretado sobre a área objeto da presente ação produz os devidos efeitos a partir exclusivamente do ato administrativo que o estabeleceu. O tombamento provisório, para produzir efeito, não depende de estar previsto no edital de venda do imóvel.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Todavia, há um descumprimento claro da lei 12527/2011 e da lei de licitações 14.133/21 (art. 31, §2º, V, por analogia), uma vez que **é direito básico o acesso à informação clara sobre a situação atual do imóvel.** Assim já se manifestou nossa jurisprudência:

[...]A descrição deficiente do imóvel interfere no interesse de eventuais arrematantes e na competitividade, uma vez que é pela descrição do edital que os concorrentes formularão suas propostas. No caso, portanto, não é possível afirmar, fora de dúvida, que não houve prejuízo para o certame, notadamente quando o valor de maior monta não atinge o da avaliação" (STJ - REsp: 1750685 PB 2018/0157115-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 09/06/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2020.

É inconcebível o Poder Público omitir condições que possam onerar eventual comprador ou que impeçam a ciência da população sobre o estado do bem. Trata-se de omissão grave que tem o condão de levar a erro não somente eventuais compradores, mas toda a sociedade civil.

E tratando-se de informação relevante que deveria estar prevista no edital, deve haver publicação de adendo ao atual aviso público. Nesse sentido, **deverá a União obedecer os prazos, forma e procedimentos originais**, conforme dispõe a lei de licitações, 14.133/21:

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

(...)

§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

Considerando o caráter fundamental da informação omitida pela União, bem como ainda a proximidade do leilão designado (12/04/22), impossível nova publicação de adendo que respeite a ampla publicidade e antecedência que devem ser dadas nos termos da lei, pelo que não há outra saída que não seja a suspensão da sessão pública prevista para o dia 12/04/22, devendo a União publicar a informação de que o imóvel está provisoriamente tombado. Após, isso, a União poderá retomar o procedimento licitatório obedecendo os prazos legais.

Ante a gravidade da omissão acima descrita, capaz de anular toda a licitação, gerando prejuízos enormes, desnecessário analisar na espécie o art. 21 da LINDB.

Assim, restaram preenchidos a probabilidade do direito, bem como o risco de prejuízos graves, caso não deferida a medida de urgência.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Ante o exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA** para suspender a sessão pública designada no **Aviso de Licitação/Concorrência Pública (PAI-SPU 23/2022)** prevista para o dia **12/04/22** e determinar à **União** que proceda a retificação do referido **Aviso** para constar a **informação de que o imóvel a ser alienado está no momento tombado provisoriamente pelo Conselho Estadual de Cultura do Espírito Santo.**

Intime-se com urgência a União.

Cite-se. Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **LUIZ HENRIQUE HORSTH DA MATTA, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfes.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **500001615601v94** e do código CRC **0a13497c**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **LUIZ HENRIQUE HORSTH DA MATTA**

Data e Hora: 8/4/2022, às 17:35:56

1. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo”, obra em homenagem a Eduardo García de Enterría, coordenador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Editora Renovar, 2003, p. 211

5009458-24.2022.4.02.5001

500001615601.V94