PATRIMÔNIO HISTÓRICO — TOMBAMENTO

— O cancelamento da inscrição do bem tombado, sendo ato discricionário, não comporta o exame de sua justiça.

— Interpretação do Decreto-lei n.º 3.866, de 29-11-1941.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 25.898-50

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 138, de 6 de maio de 1961. Submete Parecer D-16, sôbre pedido, pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, da reconsideração do despacho que cancelou o tombamento do Parque Henrique Lage, "Adoto o Parecer de S. Ex.ª o Consultor da República devolvendo-se ao Ministério da Educação 9-5-61". (Exp. ao MEC., em 12-5-61).

*

PARECER

I — O Conselho Consultivo da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (DPHAN) decidiu, em 14 de julho de 1957, o tombamento de imóvel situado na rua Jardim Botânico n.º 414, na cidade do Rio de Janeiro, e conhecido pela denominação de "Parque Henrique Lage".

A emprêsa "Comércio e Indústria Mauá S. A.", na qualidade de promitente-compradora do Parque, solicitou, em 1960, o cancelamento daquela inscrição, aduzindo motivos de ordem formal, como de ordem técnica.

O processo foi estudado pelo Prof. Vítor Nunes Leal, meu eminente antecessor na Consultoria-Geral, e recebeu o parecer, também do então titular do Ministério da Justiça e Negócios interiores. A êle estão anexadas informações do Diretor do Jardim Botânico, do Secretário-Geral de Viação e Obras do Estado da Guanabara, e do Sr. Governador Provisório. Tudo no sentido do cancelamento da inscrição.

À vista dêsses elementos, foi proferido em 20 de julho de 1960 despacho, ordenando fôsse cancelado o tombamento do dito imóvel.

Retornou o ilustre Diretor do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional com um pedido de reconsideração diretamente dirigido ao Senhor Presidente da República e um apêlo ao Senhor Ministro da Educação e Cultura, para que intercedesse junto aquêle no sentido da revisão do despacho.

Ouvida, novamente, a Consultoria-Geral da República, pronunciou-se pela manutenção da deliberação o eminente Dr. L. C. de Miranda Lima, e, fundado no seu parecer, o Senhor Presidente da República manteve o despacho anterior, em 29 de janeiro de 1961.

Em 4 de abril de 1961 ressurge o brilhante Diretor do Patrimônio Histórico, faz ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República um apêlo, aventando solução de caráter alternativo: restabelecer-se o tombamento do Parque Henrique Lage, ou, no caso de ser isto inviável, o Conselho Consultivo da DPHAN encarece a conveniência da desapropriação do imóvel.

Reforçando estas sugestões, o Exmo. Senhor Ministro de Educação e Cultura, em 13 de abril, reexamina sucintamente o processo e conclui propondo a reconsideração do despacho presidencial, com ponderáveis considerações, em que destaca a importância excepcional que deve revestir a preservação do Parque Henrique Lage para a Cidade do Rio de Janeiro, e sugerindo o restabelecimento da sua inscrição no tombo ou a sua desapropriação.

Foi solicitada, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República a minha audiência.

II — Não há mister encarecido o alto teor de relevância na atuação constante da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. A preservação dos nossos tesouros, contra a vontade de seus próprios donos, movidos pelo espírito mercantil ou pela incompreensão, eleva os foros de nossa civilização, e resguarda do perecimento e da dispersão obras e monumentos que é necessário conservar. Hoje em dia é generalizada, especialmente nos países mais adiantados, que têm uma tradição histórica e artística a proteger, a idéia do tombamento. Na Itália é farta a legislação a respeito das limitações que afetam os proprietários de preciosidades artísticas e de objetos antigos, bem como de imóveis que conservam vestígios ou constituem depoimento monumental das civilizações passadas, e as cautelas instituídas para a sua conservação e defesa contra a evasão (cf. Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato,* vol. I, § 105). No direito francês, igualmente, os imóveis, que devem ser preservados em razão do interêsse público, podem ser classificados total ou parcialmente como monumentos históricos, existindo a respeito do assunto boa bibliografia e numerosa legislação (Rolland, *Revue de Droit Public,* 1913, p. 128 e 1914, p. 664), inclusive como tese de doutoramento (Oros Mavreville, *Règlementation de la Proprieté dans un Interêt Historique et Artistique,* Paris, 1907). O mesmo se vê no direito belga. De Page, (*Traité Elémentaire,* vol. V, n.º 942 e s.). Não há mister encarecido, repita-se, o papel de relêvo que a DPHAN exerce no Brasil, como depositária dos encargos instituídos pela Lei n.º 378, de 13 de janeiro de 1937, e Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937.

III — Não me parece, entretanto, que êste processo comporte a reabertura do exame de seu mérito. Entendo que está superada a indagação da inobservância do requisito formal, a saber se podia ser manifestado *recurso,* sem que a parte interessada provocasse antes uma decisão na instância administrativa; se assistia ao recorrente legítimo interêsse de agir; ou se devia a matéria ser submetida prèviamente à apreciação do Conselho Florestal ou do Conselho Consultivo.

Todos os problemas referentes à legalidade e à justiça do tombamento, que acredito não possam padecer dúvida, perderam a oportunidade. É que o fundamento da decisão presidencial de 20 de julho de 1960, ulteriormente mantida em 29 de janeiro de 1961, foi a razão de *interêsse público.*

Ora, segundo o disposto no Decreto-lei n.º 3.886, de 29 de novembro de 1941, o Presidente da República pode rever em grau de recurso, ou *ex propria auctoritate,* a inscrição de qualquer bem no tombamento:

"Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interêsse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes a União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acôrdo com o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937".

Não tem o Presidente a sua competência limitada a uma reapreciação como instância provocada. Ao revés, tanto pode decidir no julgamento de recurso, como por iniciativa própria, atuando de ofício.

Sendo assim, é despiciendo indagar da legitimidade da parte que reclamou. Desde que o Presidente proferiu decisão cancelando a inscrição, agiu como autoridade que pode por si própria assumir o paternidade da revisão.

E não havendo fundado o seu ato em razões de legalidade, mas em motivo de interêsse público, deslocou o seu fundamento para a órbita do poder discricionário. Quando alguém tem jurisdição para resolver, sujeitando a conformidade

do ato com a apuração de requisitos legais, está evidentemente adstrito a proferir um *iudicium* cravejado na norma de direito formal ou material. Ou a decisão encontra a justificativa na lei a que se arrima, ou é insuscetível de prevalecimento. Mas, ao revés, se tem o poder de resolver por motivo de interêsse público, a fundamentação de seu ato é tão-sòmente extrínseca, baseada na conveniência que encontra para o mesmo, em função do interêsse público que o anima A inspiração essencial ou de mérito é interior ou meramente subjetiva. O Presidente da República, balanceando os elementos constantes do processo, entendeu que não convinha o tombamento do Parque. Sua inscrição podia estar, e não há quem deponha em contrário, conforme a lei. Mas, não obstante a legalidade, entendeu o Chefe do Executivo que faltava a conveniência do interêsse público na sua manutenção. E cassou-o.

Agiu, destarte, em função do seu poder discricionário, que se não confunde com o ato de arbítrio, mas significa a faculdade de resolver segundo a liberdade e a autonomia que a lei confere ao órgão colegiado ou ao detentor do poder. Num símile ilustrativo: o poder de veto, reconhecido ao Chefe da Nação pode ser exercido por motivo de inconstitucionalidade da proposição, e, neste caso, o Presidente tem a sua liberdade cerceada à verificação de sua desconformidade em relação à Carta Maior. Mas pode ainda ser por contrariedade aos interêsses nacionais, e, já agora, o fundamento é entregue à livre apreciação do Chefe do Executivo (Constituição, art. 70, § 1.º).

O ato discricionário, como ato de império, distingue-se do ato de julgamento, em que, sendo ambos a solução de uma questão proposta à vista de premissas formais, no primeiro a autoridade não está adstrita à demonstração de que a resolução assenta em motivos de justiça, e na verificação de requisitos, porque procede em decorrência da liberdade conferida pela lei. Extremando a atividade técnica da atividade discricionária, ensina Bielsa que, quanto à primeira, a Administração não tem liberdade de apreciação legal ou administrativa, enquanto que relativamente à segunda o problema resolve-se em "razão do interêsse coletivo que a administração tem o dever espécie (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, vol. n.º 187).

Emanado, na espécie, do poder discricionário que o citado Decreto-lei lhe confere, o cancelamento da inscrição não comporta o exame de sua justiça. E, do ponto-de-vista da discricionariedade o despacho está fundamentado.

Daí, repito, não caber o exame das proposições levantadas no pedido de reconsideração, que envolvem motivos de mérito da pretensão ou da justiça do ato.

IV — Já que a revisão do processo deve subordinar-se ao tipo abstrato da natureza da atividade desenvolvida, o que cabe é, tão-sòmente, ponderar nas razões de conveniência, nos efeitos de um pronunciamento atual.

O tombamento do bem, resultante de sua classificação como de valor histórico, artístico ou paisagístico, não importa, em princípio na sua retirada do acervo patrimonial do seu proprietário. Não importa, mesmo, na sua inalienabilidade, senão na sua sujeição a um regime peculiar de restrições. A coisa não sai do uso e gôzo do *dominus*, e, nem mesmo perde a disponibilidade. Mas sofrem tôdas estas qualidades dominicais uma diminuição de valor jurídico, que freqüentemente reflete na redução do valor econômico.

Pelo nosso direito, não se dá, por isto mesmo, o que ocorre no direito francês, em que a anuência do proprietário à classificação do objeto como monumento histórico opera por decisão do Ministro de Belas Artes, sem outras conseqüências. Mas o seu desacôrdo assegura-lhe, naquele sistema, o pagamento de uma indenização correspondente ao prejuízo que sofre em razão de instituir-se sôbre o bem uma "servidão de classificação" (Planiol et Ripert, *Traité Pratique de*

Droit Civil Français, na tradução ao castelhano, vol. III, n.º 419, p. 363). Para nós, a lei não reconhece diretamente êste direito de ressarcimento. Mas os princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dono, se o ato do tombamento lhe trouxer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido.

No caso do Parque Henrique Lage, o valor do imóvel, em razão de sua localização e demais condições particulares, poderá suscitar uma conseqüência desastrosa para a administração, e ensanchar a potencialidade de reparações de vulto. Daí aconselhar-se uma prudência especial na reapreciação da espécie, tendo-se presente que êstes efeitos não devem ser menosprezados ao deduzir as razões de interêsse público que atribui ao Chefe do poder executivo o decidir da conveniência de se manter ou não a inscrição no tombo nacional.

V — A questão foi muito bem posta pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que segundo o depoimento do eminente Diretor da DPHAN, unânimemente defendeu o tombamento do imóvel, tendo em vista a excepcional importância que êle representa para a Cidade do Rio de Janeiro. Ninguém pode pôr em discussão uma solução desta ordem, emanada de pessoas do elevado gabarito dos membros daquele Conselho. Aliás, não é possível mesmo duvidar de que a conservação do Parque Henrique Lage representa um valor inestimável para a Cidade do Rio de Janeiro.

A administração federal, ante estas considerações, e pesando as conseqüências diretas e indiretas de sua tomada de posição, não pode deixar de atentar para os resultados do ato, que a representação da DPHAN provoca.

O eminente Diretor do Patrimônio, com a sua visão esclarecida de homem afeito às questões correlatas à classificação de um bem como monumento paisagístico, teve a nítida percepção das conseqüências de um nôvo pronunciamento, pois que, com o seu reconhecido bom-senso, admitiu a hipótese da inviabilidade de restabelecer-se o tombamento do Parque Lage, e sentiu que outra seria, por certo, a solução exata, mais segura para a administração, mais hábil a acobertá-la de riscos.

Ante todos êstes fatos, e tendo em vista os motivos de interêsse público em jôgo, opino no sentido de que seja mantida a decisão proferida no processo com a cassação do tombamento, e, uma vez considerada a importância excepcional que o Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional julga ter o Parque Henrique Lage para a Cidade do Rio de Janeiro, deve restar ressalvada ao Estado da Guanabara a desapropriação do respectivo imóvel, na forma da lei.

Êste o meu parecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 6 de maio de 1961. — *Caio Mário da Silva Pereira,* Consultor-Geral da República.