PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E HISTÓRICO NACIONAL — TOMBAMENTO — DESAPROPRIAÇÃO — CONCESSÃO DE LAVRA — ATO ADMINISTRATIVO — REVOGAÇÃO

— O tombamento compulsório que importe na negação ou restrição total do direito de propriedade não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização.

— É nulo o tombamento que impossibilita a lavra do minério, objeto do ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente.

— Interpretação do art. 175 da Constituição; idem, do art. 17 do Decreto-lei n.º 25, de 1937.

PARECER

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

1. O Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Historico e Artístico Nacional, em Resolução de 13-6-61, tomada contra o voto do Relator, deliberou tornar efetivo o tombamento do "Pico de Itabirito", situado no Município do mesmo nome, no Estado de Minas Gerais, atendendo a sua singularidade "entre os monumentos naturais do país, bem como à sua excepcional beleza paisagística e considerando que o interêsse público no sentido de preservar-lhe a integridade deve prevalecer sôbre os interêsses privados dos proprietários e concessionários da lavra" (Proc. n.º 608-T-60).

2. Na mesma Resolução ficou explícito que a decisão abrangia a área compreendida entre o respectivo cume e a quota 1.520, "ressalvando-se aos interessados a possibilidade de lavra do minério rolado de "pé de escarpa", uma vez que essa exploração produzirá o efeito de desentulhar a base do pico e torná-lo assim mais alcantilado. "Fique, entretanto, estabelecido", prossegue o referido despacho, "que os trabalhos de exploração não se aproximem nunca de mais de 20 (vinte) metros, em linha horizontal, das escarpas do monumento." —

3. A Resolução sôbre o tombamento foi notificada aos proprietários e concessionários da lavra que a impugnaram e aguardam reconsideração do ato pelas seguintes razões, de fato e de direito, aduzidas pela consulente (art. 13 n.º II do Decreto n.º 20.303, de 2-1-46).

4. Os motivos de natureza estética e histórica são controvertidos e foram contestados no voto do Relator do respectivo processo, quando afirmou, textualmente, "que não há razões históricas, artísticas e paisagísticas suficientes para o referido tombamento, acrescendo-se, ainda, o fa-

tor econômico que viria imobilizar uma vultosa exploração de hematita, ora em franco desenvolvimento".

5. Argumenta, a consulente, que "a importância histórica, para justificar medida drástica qual o tombamento, há de ser relevante e direta. No caso, trata-se de ligação remota e poèticamente imaginosa. O que se tombou, portanto, não foi a beleza paisagística singular, nem o local histórico, mas apenas um fenômeno de geologia, porque se acumulou, em espaço exíguo e de forma curiosa, enorme riqueza mineral".

6. Outros argumentos, visando ao mérito do tombamento, foram articulados com base em parecer técnico de especialista.

7. Quanto aos motivos de ordem econômica também se equivocou o ilustre Conselho, sustenta a consulente. O tombamento do "Pico" representaria, em realidade, o abandono de todo um projeto, já em fase de execução, que teria em vista, através de novas e eficientes instalações na mina, bem como a contrução de um ramal ferroviário e de um embarcadouro na Baía de Sepetiba, a extração e o embarque de minério em escala progressiva que atingiria, já no quinto ano do programa, uma exportação de cêrca de 2.400 toneladas, representando receita bruta anual, em moeda estrangeira, superior a 20 milhões de dólares, sendo que sòmente o massiço, objeto do tombamento, é estimado em 50 milhões.

8. A par dessas relevantes razões, que desaconselham o tombamento em causa, outras ainda mais ponderáveis, porque intransponíveis, jurìdicamente o impedem, argumenta a consulente.

9. De fato, a lavra, atingida pela recente Resolução, decorre de atos administrativos com base incontroversa em textos constitucionais e legais.

10. A mina chamada "Cata Branca", onde se localiza o Pico de Itabirito, foi oportunamente manifestada para os efeitos do art. 5.º do Decreto n.º 24.642, de 10-7-34; e, nesta conformidade, passou a ser propriedade do manifestante. Todos os textos legais e atos administrativos se cumpriram visando à lavra mansa e pacífica, cuja exploração lucrativa, sem ofensa à regulamentação específica, está assegurada pelo art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 18-9-1946, aos legítimos sucessores do primitivo titular e sôbre êste aspecto nenhuma contestação existe (Constituição, art. 153; Código de Minas, Lei n.º 1.985, de 29-1-40).

11. Ante o exposto, sendo evidente e irremediável o conflito entre o direito de lavra e os efeitos do tombamento, a consulente sòmente admite a sobrevivência dêste último através a desapropriação, "na forma do disposto no art. 161 § 16 da Constituição, "mediante prévia e justa indenização em dinheiro" e do art. 5.º, letra *k, in fine,* do Decreto n.º 3.365, de 21-6-41, que prevê a declaração de utilidade pública visando à "proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza".

12. Dispõe, efetivamente, o art. 17 do Decreto-lei n.º 25, de 30-11-37, que "as coisas tombadas não poderão, em caso algum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas"; em se tratando de mina, a conseqüência do tombamento é a impossibilidade de sua lavra que, na espécie, é direito do concessionário.

13. O ato do Conselho impedirá a execução do ato presidencial de outorga da concessão; o direito de lavra será confiscado, com ofensa a ato jurídico perfeito, à garantia constitucional da propriedade.

14. Exposta a questão, quer a consulente parecer sôbre os aspectos jurídicos que a Resolução do Conselho envolve e suscita; indaga, como proceder na esfera administrativa e na judicial ante as

conseqüências ruinosas do tombamento que acoima de injusto e ilegal.

PARECER

I

15. A proteção dos monumentos de valor histórico ou artístico e das belezas naturais é encargo constitucional que compete, concorrentemente, à União, aos Estados e Municípios. A Constituição de 1934 (art. 10, n.º III e art. 148) contemplou a matéria e a Carta de 1937 deu-lhe maior relêvo (art. 134).

16. O texto constitucional vigente, promulgado em 1946, no art. 175, colocou "sob a proteção do poder público", "as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza". O âmbito da "proteção" foi ampliado, mas o seu conceito parmaneceu vago e impreciso.

17. Cabe, pois, à lei ordinária fixar os contornos e a extensão dêsse mandamento constitucional, respeitados os direitos e as garantias expressas e decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição (art. 144).

18. A proteção do patrimônio histórico e artístico nacional foi organizada, na vigência da Carta de 1937, pelo Decreto-lei n.º 25, de 30-11-37, que continua em vigor.

19. Os bens, para se considerarem parte integrante dêsse patrimônio, bem como os monumentos naturais, os sítios e paisagens que importe conservar e proteger, devem ser inscritos em livros de tombo, pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; o tombamento se fará voluntária, ou, compulsòriamente quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa, segundo os trâmites previstos no mencionado texto legal e sua regulamentação (Decreto n.º 20.303, de 2-1-46).

20. O tombamento importa em restrições à propriedade do bem por êle atingido, que variam de acôrdo com a sua natureza e são enumerados na lei. Entre essas, uma interessa particularmente ao caso da consulta e está mencionada no art. 17, segundo o qual *"as coisas tombadas não poderão,* em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas..."

21. O objetivo do tombamento do "Pico de Itabirito" foi, precisamente, o de "preservar-lhe a integridade", como "monumento natural" de "excepcional beleza paisagística".

22. Consumado, portanto, o tombamento do "Pico de Itabirito" não poderão prosseguir os trabalhos de lavra do minério que o massiço encerra, porque tal atividade industrial acarretará a sua destruição, demolição ou mutilação, vedadas, expressamente, no art. 17 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, (idem, Código Penal, arts 165 e 166).

23. Poderá juridicamente subsistir e prevalecer o ato administrativo do tombamento, em manifesta contradição com outro anterior e de maior hierarquia, qual o de concessão de lavra? A resposta negativa se impõe por várias razões.

II

24. O proprietário da mina e concessionário de sua lavra está no gôzo de um direito que lhe foi legìtimamente reconhecido e outorgado por autoridade competente, observados os textos constitucionais e legais e nem há dúvida ou controvérsia a respeito (Constituição, art. 153; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 21; Código de Minas; Lei n.º 1.985, de 29-1-46.

25. "A propriedade mineral rege-se pelos mesmos princípios da *propriedade comum*" — diz o Código de Minas (art. 2.º), salvo as disposições especiais nêle contidas. Ao titular da mina, como ao proprietário comum, não se pode negar o direito de dispor e de usar de sua pro-

priedade mineral. Assim é também no direito estrangeiro (Jean Russo, *"Le Statut administratif des entreprises de recherches et d'exploitation Minières"*. Paris, 1959, págs. 190-191).

26. "A jazida é bem imóvel distinto e não integrante do solo" (Código de Minas, art. 4.º). A lavra consiste, segundo a definição legal, "no conjunto de operações necessárias à extração industrial de substâncias minerais ou fôsseis da jazida" (Código de Minas, art. 1.º, § 1.º). Assim, a extração do minério não é só um *direito* do concessionário mas um *dever*, um encargo que êle assume, sob sanções que vão até à revogação ou caducidade da concessão.

27. Ato administrativo, de caráter bilateral e contratual, de fins lucrativos, a outorga de lavra envolve pesados ônus para o seu titular que se deve aparelhar, com bens de capital e recursos de técnica, para dar execução à incumbência legal (Código de Minas, art. 34).

28. Cria, portanto, o ato governamental, direitos individuais, de ordem patrimonial, que não podem ser frustrados, mediante declaração de caducidade, sem que ocorra um dos motivos previstos na legislação específica que disciplina as atividades da mineração (Código de Minas, art. 37).

29. É entendimento pacífico que os atos administrativos de que resultem "uma situação individual" não podem ser revogados, exceto quando eivados de nulidade; neste caso a ilegalidade é obstáculo intransponível à constituição de uma situação jurídica definitiva.

30. No caso em exame o tombamento equivale à revogação da lavra; impede o exercício regular de um direito de propriedade, veda a extração e a disponibilidade do minério, dever precípuo do concessionário. Esta conseqüência não se atenua, com a permissão de lavrar o minério rolado, de "pé de escarpa", porque a mina é um todo, compreende o massiço, e como tal foi a sua área descrita e delineada.

31. Com o tombamento se pretende discriminar partes da mina, tarefa esta sòmente admissível antes da outorga para a exploração e pelo órgão próprio que aprova "o plano de bom aproveitamento" da jazida. Nem pode o concessionário dividir a área da concessão, nem "lavrar sòmente parte da jazida, independentemente do plano estabelecido" (Código de Minas, art. 32).

32. Na hipótese presente o tombamento altera o plano de bom aproveitamento da jazida, vedando a lavra do massiço, com graves conseqüências de ordem patrimonial; revoga, em parte substancial, a concessão e reduz, consideràvelmente, os ganhos do empresário, com enorme dano para a economia nacional, diretamente interessada na exploração e exportação de riquezas minerais.

III

33. O tombamento foi instituído no regime da Carta de 1937 (art. 134), pelo Decreto-lei n.º 25, de 30-11-37, cuja constitucionalidade o egrégio Supremo Tribunal Federal proclamou em pleito memorável em sessão plenária de 17-6-42 (apelação cível n.º 4.377; ac. *in Revista de Direito Administrativo*, vol. II, págs. 100-143; idem *Revista Forense*, vol. 98, págs. 586-605).

34. O caso era de tombamento compulsório (do chamado "Arco do Telles", sito à Praça Quinze de Novembro n.º 34, no Rio de Janeiro), e o proprietário do imóvel sustentou que tal providência não se poderia efetivar sem desapropriação, conforme previsto na lei que regula essa matéria, o Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-41, art. 5.º, letra *k;* caso contrário o ato seria inconstitucional porque infringente da garantia do direito de propriedade assegurado no art. 122, n.º 14, da Carta constitucional então vigente. A restrição imposta à utilização do imóvel tombado deveria ser indenizada ple-

namente, mediante prévia declaração de utilidade pública e pagamento, afinal, do seu valor. segundo o processo expropriatório (*Jornal do Comércio*, 17-6-42, "Publicações a pedido").

35. A tese defendida, na ação proposta contra a União para anular o tombamento, pelo dono do imóvel tombado (Jaime Lino da Cunha Souto Maior e sua mulher), não prevaleceu ante as circunstâncias peculiares ao caso e as considerações de ordem geral sôbre o "conteúdo e os limites do direito de propriedade". Em verdade, a Carta de 1937, ao garantir êsse direito fundamental, não o fêz "em tôda a sua plenitude" como aconteceu no texto republicano de 1891. Deixou, expressamente, à legislação ordinária, *a definição do seu conteúdo e de seus limites* (art. 122, n.º 14).

36. Esta delegação do legislador constituinte ao ordinário foi motivo preponderante para a conciliação entre o art. 122, n.º 14, do texto básico e o art. 6.º do Decreto-lei n.º 25, de 1937, no citado julgamento. Os votos dos Exmos. Srs. Ministros Castro Nunes (relator), Orosimbo Nonato, Goulart de Oliveira, Valdemar Falcão, Aníbal Freire, José Linhares, todos no sentido da constitucionalidade do tombamento compulsório, sem desapropriação, foram explícitos em assim concluir por fôrça da redação do texto constitucional, em substância muito diverso, neste particular, dos anteriores (1891 e 1934).

37. Depois de considerações sôbre a *função social* da propriedade, observou o Exmo. Sr. Ministro Castro Nunes, em seu erudito voto: "Tal é o sentido do acréscimo que deu entrada na atual Constituição em têrmos ainda mais amplos do que os da fórmula que já se inserira no texto de 1934: "O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício. *O âmbito do legislador é, portanto, muito mais vasto*".

38. Com a habitual acuidade comentou o Exmo. Sr. Ministro Orosimbo Nonato: "A Constituição de 1891 falava nas garantias da propriedade "em tôda a sua plenitude". Já na Constituição de 1934 a linguagem é menos expressiva e enfática. E a de 1937, resolutamente, admite restrições maiores, pois defere às leis ordinárias não só a regulamentação de seu exercício como *a própria definição de seu conteúdo*"... "O que, a meu ver, retira ao decreto a balda de inconstitucional, é a própria concepção da propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo dêsse direito definição e, pois, limitações, em lei ordinária".

39. Por sua vez, o Exmo. Sr. Ministro Goulart de Oliveira assim concluiu as suas ponderações: "A lei, dentro da compreensão manifestada em tôrno do dispositivo constitucional, não pode ser tida como inconstitucional, porque se aproveita da prerrogativa estabelecida no dispositivo que, *alterando a noção das Constituições anteriores*, confere ao legislador comum a possibilidade de *cercear, modificar, alterar, limitar o próprio conteúdo da propriedade*".

40. O Exmo. Sr. Ministro Valdemar Falcão, após invocar o art. 122, n.º 14, da Carta de 1937, assim expôs a controvérsia: "Com efeito, nesse artigo se declara que o conteúdo, os limites do direito de propriedade, ou seja, o seu âmago, sua amplitude, seriam definidos nas leis que regulassem o exercício dessa mesma propriedade. Por conseguinte, a nossa Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, posta em articulação com o Decreto-lei n.º 25, é que nos dará a convicção da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito aludido".

41. O Exmo. Sr. Ministro Aníbal Freire disse então que: "O ponto fundamental do problema é o do direito de propriedade. Mas o direito de propriedade foi evidentemente golpeado pelo princípio, que se cometeu à legislação ordinária, de definir o conteúdo e os limites dêsse direito".

42. Finalmente, o Exmo. Sr. Ministro José Linhares, ao abordar o tema central do debate depois de acentuar que "o dispositivo do art. 122, n.º 14, na parte final, não é dos mais felizes dispositivos da Constituição e não merece mesmo aplausos", ponderou em seu voto que "bem ou mal, o que se estabeleceu neste artigo é que a propriedade subsiste na sua fonte, mas o seu conteúdo e seus limites seriam regulados em lei ordinária".

43. Igual observação fêz Prudente de Morais, neto, ao comentar o aresto em causa: — "Deferida ao legislador ordinário a competência para regular o exercício do direito de propriedade, definindo-lhe o conteúdo e os limites, não se percebe como poderia contravir ao preceito constitucional o ato do legislador que se limita a exercer essa mesma atribuição que o referido preceito lhe conferira" (*Revista Forense*, vol. 98, pág. 586).

44. Vítor Nunes Leal (hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal), em comentário ao venerando acórdão, também se reportou à cláusula final do art. 122, n.º 14, da Carta de 1937, como suporte do Decreto-lei n.º 25, de 1937 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 126).

45. Mas os votos vencidos dos Exmos. Srs. Ministros Laudo de Camargo e Otávio Kelly não se dobraram aos argumentos inspirados na nova ordem constitucional e ficaram fiéis ao princípio tradicional da plena garantia do direito de propriedade e reclamaram, na espécie, a desapropriação com indenização.

IV

46. Como se vê, a constitucionalidade do tombamento compulsório, sem desapropriação, vingou no egrégio Supremo Tribunal Federal, num caso em que o imóvel inscrito continuou no uso e gôzo de seu dono, com as restrições relativas à manutenção de sua integridade originária, porque a Constituição de 1937 continha preceito expresso e inequívoco (art. 122, n.º 14) que importava em delegação, à lei ordinária (Decreto-lei n.º 25, de 1937) de definir *o conteúdo e os limites de direito de propriedade.*

47. Êste julgado tem excepcional importância na conceituação do sentido da proteção do patrimônio histórico e artístico do país e, por sua fundamentação e autoridade, há-de constituir, por muito tempo, a fonte e a inspiração de nossa jurisprudência, neste particular.

48. Na vigência da Constituição de 1946, porém, não merece acolhida o principal argumento invocado pelos eminentes Ministros que sufragaram a tese do tombamento compulsório, sem indenização. O art. 141, § 16, garante hoje, por si mesmo, e integralmente, o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização Não deixou, à lei ordinária, a tarefa de definir o seu conteúdo e os seus limites. E, no art. 147, há remissão, expressa, ao art. 141, § 16.

49. O confronto entre o texto constitucional vigente e o Decreto-lei n.º 25, de 1937, há de obedecer, portanto, a critério mais restritos, sem a extensão, elasticidade ou flexibilidade que era lícito admitir e o foi, no regime postergado, pelo egrégio Tribunal .

V

50. Mas não é preciso argüir a revogação, por incompatibilidade, do Decreto-lei n.º 25, de 30-11-37, no que toca ao tombamento compulsório, sem desapropriação e indenização, em confronto com o art. 141, § 16, da Constituição de 1946, para se concluir pela inconstitucionalidade do ato de inscrição do "Pico de Itabirito",

51. No regime mesmo da Carta de 1937, segundo o memorável aresto, assim

teria sido julgado, segundo as ressalvas contidas nos votos dos Exmos. Srs. Ministros que formaram a maioria. Em verdade disseram êles que o tombamento compulsório, que importe na negação ou restrição total do direito de propriedade, *não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização.*

52. Disse, com efeito, o Exmo. Sr. Ministro Castro Nunes, relator: — "Por isto mesmo que a coisa não sai do domínio do particular não se desloca para o domínio do Estado, êste não estará obrigado a desapropriá-la para realizar o fim que tem em vista".

53. A desapropriação é um dos casos de *perda* da propriedade (Código Civil, art. 590) e o tombamento, em geral, não retira a coisa de seu proprietário; impõe-lhe um encargo de conservação e preservação. A esta argumentação o ilustre Relator acrescentou: — "A desapropriação está prevista na Lei n.º 25 para o caso em que não seja possível conservar a coisa sem a retirar das mãos do proprietário".

54. O Exmo. Sr. Ministro Orosimbo Nonato também indicou a solução da desapropriação: "Quando o Estado retira ao particular a propriedade o faz por meio de expropriação. Se, porém apenas a limita, não precisa recorrer a essa providência".

55. O Exmo. Sr. Ministro Valdemar Falcão observou: — "A meu ver, entretanto, não se impõe, aqui, a expropriação nos têrmos do art. 5.º, letra *k*, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, porque, como acentuou o voto do Exmo. Sr. Ministro Orosimbo Nonato, aqui não se *elimina, não se destrói a propriedade*. Apenas se limita, se regula, se condiciona o uso da propriedade".

56. Cumpre destacar, outrossim, a ressalva que o Exmo. Sr. Ministro Filadelfo Azevedo (voto na 1.ª Turma, em 13-8-43, no mesmo caso do tombamento do "Arco do Teles") de que teria dissentido da maioria, no referido julgamento sôbre a constitucionalidade porque "não aceitaria grave restrição do domínio sem razoável contraprestação, ainda quando não se atingisse a necessidade de desapropriação pela perda completa das faculdades dominicais".

57. Opinando sôbre o tombamento do "Parque Henrique Lages" e reportando-se ao julgado do Supremo Tribunal Federal, no caso do "Arco de Teles", A. Gonçalves de Oliveira, então Consultor-Geral da República e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, salientou que a desapriação é a solução necessária quando o tombamento importa em perda do domínio, no sacrifício do direito de propriedade (Parecer, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 52, pág. 435).

58. Tal como acontece, no caso da presente consulta, não é possível *conservar a coisa* tombada, sem a retirar das mãos do proprietário porque o *direito* que lhe confere e o *dever* que lhe impõe o Código de Minas é precisamente o de *destruir* a coisa, objeto do tombamento e nem outro propósito ou desejo poderia constituir fundamento jurídico para a concessão da lavra de uma jazida cuja delimitação engloba, em sua área, o massiço de forte teor mineral, econômicamente valioso.

59. Não pode haver dúvida de que o tombamento do "Pico de Itabirito", como foi realizado, importa em negação total do direito de propriedade do titular, concessionário da lavra do minério que se confunde com o próprio acidente geológico; sòmente através a desapropriação, com indenização, seria aquêle ato juridicamente viável, provada a utilidade pública.

VI

60. Comentando o art. 175 da Constituição vigente, Temístocles B. Cavalcânti, depois de aludir à "proteção" que o poder público deve dispensar ao patri-

mônio histórico adverte: "É evidente que essa proteção não justifica o desaparecimento e a subversão do direito mas a conciliação com os interêsses privados que precisam atender ao interêsse coletivo. Prevalecendo êste, à coletividade *cabe indenizar a propriedade privada através a desapropriação*".

61. A lei de desapropriação, Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-41, no art. 5.º, letra *k*, prevê o caso da consulta; considera caso de utilidade pública "a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, *a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza*".

62. A hipótese fôra prevista no anteprojeto publicado para receber sugestões (*Diario Oficial*, de 7-8-1940) e cuja elaboração me foi confiada, então secretário do Ministro da Justiço. Mas a redação final, atenta aos interêsses a cargo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, foi ampliada, a fim de abranger as hipóteses mais variadas.

63. No mesmo sentido é a solução do direito comparado. A proteção do patrimônio histórico e artístico, no estrangeiro, vem de longa data, conforme exposição contida nas alentadas monografias de Michele Cantucci, *"La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico o storico"*, Padova, 1953, pág. 33-93; e de Mário Grisolia, *"La tutela delle cose d'arte"*, Roma, 1952, págs. 17-154; V. Scialoja, *"Dizionario Pratico del Diritto Privato"*. vol. IV, págs. 432-447, V. "Opera d'arte" e vol. III, n.º III, págs. 1.235 v. *"Monumenti Storici"*.

64. Na Itália, cuja Constituição promulgada em 1947, no art. 9.º, declara que a República *"tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione"* existe farta legislação anterior e posterior, a par de abundantes fontes doutrinárias e bibliográficas sôbre o assunto. A desapropriação é o remédio preconizado quando a proteção envolve a disponibilidade da coisa tutelada (Michele Cantucci, ob. cit. págs. 295 e segts. e pág. 427 e segts; Mário Grisolia, ob. cit. pág. 407 e segts.).

65. Em França, na vigência da Lei de 30-3-1887, a desapropriação era a única providência eficaz para assegurar a proteção do patrimônio histórico e artístico, quando o proprietário da coisa se opunha ao tombamento (*classement*). Êste princípio vingou também na Lei de 31-12-1913, que continua em vigor, com as modificações de textos posteriores. Sòmente no caso de tombamento para o efeito de instituição de servidões de utilidade pública é que o consentimento do proprietário é dispensável, ou indiferente, e ela será imposta, sem indenização, salvo quando a lei o determina (Robert Brichet, *"Le Régime des Monuments Historiques en France"*, Paris, 1952, pág. 23-24). Mas a desapropriação continua a ser a solução heróica (R. Brichet, ob. cit. págs. 40, 59, 62).

66. Com relação à proteção de sítios, perspectivas, paisagens e monumentos naturais, a lei francesa de 2-5-1930, que a organizou, estabelece também o seu tombamento (*classement*) e, em certos casos, as medidas juridicamente viáveis são a servidão e a desapropriação (Dalloz, *"Répertoire de Droit Public et administratif"*, 1959 Tome II, págs. 419-425, relatório de Jean Hourticq, Conselheiro de Estado; idem, Dalloz, *"Nouveau Répertoire de Droit"*, 1949, Tome III, págs. 169-175).

VII

67. Um ato administrativo válido e eficaz, qual o da concessão de lavra, de natureza consensual, bilateral e lucrativo, não pode ser revogado, ou reduzido em seus efeitos patrimoniais, por outro, compulsório, unilateral e ruinoso.

68. É farta e conhecida a doutrina nacional, exposta por eminentes autores e

consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sôbre a intangibilidade do ato administrativo válido e eficaz, de qual resultaram direitos individuais.

"A irrevogabilidade dos atos administrativos que declaram, reconhecem ou geram direitos se funda, na minha opinião, em várias razões, cada qual mais poderosa do que a outra" (Francisco Campos, *Direito Administrativo,* vol. II, pág. 99).

"De todos os critérios, porém, o que se nos afigura ajustável ao nosso direito, e ao mesmo tempo simples, comportando, ademais, a generalização de desejar nesse setor, é o que vincula a revogabilidade à inexistência de direito subjetivo nascido do ato da Administração" (M. Seabra Fagundes, "Revogação e Anulação do ato administrativo", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. III, pág. 3).

"O limite impôsto à revogabilidade está no respeito aos direitos subjetivos perfeitos criados pelo ato administrativo" (J. Frederico Margues, "A revogação dos atos administrativos", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 39, pág 18).

"Em princípio, os atos administrativos, particularmente aquêles de que resulte uma *situação individual,* não podem ser revogados pela administração" (Ac. do Sup. Trib. Federal, *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 1.º, pág. 174; idem, vol. 30, pág. 262).

"A revogabilidade dos atos administrativos cessa quando, sob a égide da lei, se criaram direitos individuais" (Ac. do Sup. Trib. Federal, *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 48, pág. 350).

69. Do mesmo teor é o ensinamento de notáveis mestres estrangeiros: —

"La régle constantemente énoncée et appliquée par le Conseil d'État est que l'acte administratif individuel régulier ne peut pas être retiré ou rapporté (au sens de abrogé pour l'avenir) lorsqu'il a "crée des droits" au profit des individus qu'il concerne" (André de Laubadère, *Droit Administratif,* 2.ª ed., Paris, 1957, pág. 179).

"La revocación tiene su limite más general en el derecho del destinatario. Ciertamente la Administracion revocante puede preferir el supremo interés general al interés privado, pero no puede intervenir en los derechos".

.....

"Tampouco es admisible la revogación cuando el destinatario del acto administrativo, confiando en 'sua subsistencia, ha comenzado la realización de una obra aprobada o ha afectado a otros organismos determinados" (Ernst Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo,* Madrid, trad. da 5.ª ed. alemã, 1958, págs. 363 e 366).

"El principio general, conforme se indica normalmente lleva a la conclusión de que un acto administrativo no puede revocarse cuando es declaratorio de derecho subjetivo" (R. F. de Velasco, *El acto administrativo,* Madrid, 1929, pág. 258 e segts.).

"Os atos constitutivos nunca são revogáveis por simples conveniência da Administração, apenas sendo de admitir, quando a lei o permita, que os direitos constituídos pelo ato irrevogável sejam expropriados mediante indenização" (Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo,* Lisboa, 1960, 5.ª ed., pág. 258).

"Si el acto es legitimo y válido, y se dictó en ejercicio de facultades regladas, no podrá revocarse por causa de oportunidad, ya que la administración estaba obligada a dictarlo en essas condiciones" (Manuel Maria Diez, *"El acto administrativo,* B. Aires, 1956, pág. 261-262).

"Les actes dont l'éxécution est déjà commencée, sont considérés comme irrevocables à cause de la situation maté-

rielle qui en est découlée" (Michel Stassinopoulos. *"Traité des actes administratifs"*, Atenes, 1954, pág. 265).

70 No direito italiano (como no francês, alemão, espanhol, português, argentino e grego, conforme as citações feitas) vigora a mesma orientação. É o que depõem notáveis monografistas, com o comentário de que a revogação que sacrifique direitos individuais obriga à indenização correspondente:

"Qui, invero, la revoca rappresenta indubbiamente il sacrificio di un diritto perfetto: vale a dire la lesione — operata nel corso dell'esplicazione di un'attivita legitima — di un diritto perfetto, fonte indubbiamente, alle stregua dei principii generali, di una indennizzabilitá della stessa" (Renato Alessi, *"La revoca degli atti amministrativi"*, Milano, 2.ª ed,. 1956, pág. 146; idem, pág. 143).

"Per quanto attiene ai diritti acquisiti, la norma, anche in questo, come in vari altri campi, ricorre, a una conversione forzata: al diritto acquisito (inteso nel significato compreensivo di diritto e intesse legitimo insienne) la norma sostituisce il suo equivalente economico" (Rafaele Resta, *"La revoca degli atti amministrativi"*, Milano, 1939, pág. 276-277).

"Ma tale facolta, e ovvio, non puo essere illimitata, se non si vuol negare ogni rispetto ai diritti quesiti in base al provvedimento e annullare il concetto stesso dello Stato, come Stato di diritto" (Oreste Ranelletti, *"Teoria degli atti amministrativi speciali"*, Milano, 1945, 7.ª ed., pág. 129).

VIII

O tombamento do "Pico de Itabirito", nas circunstâncias descritas na consulta, importa na revogação da concessão de lavra, e atenta contra "ato jurídico perfeito"; envolve lesão de "direito individual" que não pode ser subtraída à apreciação judicial (Constituição, art. 141, §§ 3.º e 4.º).

72. A "ilegalidade" (negação do ato jurídico perfeito) e o "abuso do poder" (revogação, com extinção de direitos patrimoniais) sujeitam o tombamento em causa ao contrôle jurisdicional, através do mandado de segurança (Constituição, art. 141, § 24) ou pelas vias ordinárias (Lei n.º 221, de 22-11-1894, art. 13, § 9.º, letra *b*).

73. Na jurisprudência italiana se encontram, aliás, decisões do Conselho de Estado, anulando, por excesso de poder, atos ministeriais referentes à proteção de belezas naturais e panorâmicas, por inobservância estrita de regras legais (extração de pedras junto ao massiço rochoso sôbre o qual se ergue a "Sacra di S. Michele", Torino; plano de defesa panorâmica do "Monte Pirchiriano", Susa; tutela da beleza panorâmica do "Monte San Pellegrino", Palermo (*in* Antônio Casalin, (*Repertorio Generale di giurisprudenza Amministrativa"*, 1935, 1950, v. *Belleze Naturali e Panoramiche*, págs. 164-166).

IX

74. Em conclusão, como procurei demonstrar, o tombamento, relatado na consulta, é nulo porque impossibilita a lavra do massiço, assegurada por ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente; sòmente a desapropriação, com indenização prévia, justa e em dinheiro, poderá extinguir os direitos patrimoniais decorrentes da situação jurídica constituída na forma da Lei de Minas, salvo infração desta, de que se não cogita.

75. O ato em causa, eivado de nulidade, poderá ser desfeito, mediante recurso administrativo, para o Chefe do Poder Executivo (Decreto-lei n.º 3.866, de

29-12-41; art. 13, n.º III, letra *a* do Decreto n.º 20.303, de 2-1-46), ou, caso isto não aconteça, através os remédios judiciais do mandado de segurança (ilegalidade e abuso de poder) ou das vias ordinárias (Constituição, art. 141, § 4.º; Lei n.º 221, de 1894).

É o que me parece. S. M. J.

Rio de janeiro, 22 de agôsto de 1961. — *Carlos Medeiros Silva.*