PARECERES

PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL — TOMBAMENTO — VIZINHANÇA — DESAPROPRIAÇÃO — REGISTRO DE IMÓVEIS — DIREITOS DE TERCEIROS

— Não usando o poder público da faculdade de desapropriar para tombar, nos casos de restrição sensível ao domínio privado e que possa ser avaliada, em termos econômicos ou pecuniários, fica ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, uma indenização equivalente ao prejuízo sofrido.

— O tombamento de bens de propriedade particular será transcrito no registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio para sua eficácia e validade.

— Os proprietários de áreas vizinhas ao bem tombado, ainda não averbado no registro de imóveis, não podem sofrer as restrições previstas na lei especial sobre o direito de construir.

— Interpretação do art. 180 da Constituição.

— Idem, do art. 5, letras h *e* l *do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941.*

— Idem, dos arts. 5, 13 e 18 do Decreto-lei n.º 25, de 1937.

PARECER

É princípio constitucional que estão "sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas": (Constituição, Emenda n.º 1, de 1969, art. 180 e seu parágrafo único).

A redação atual resulta de emenda sugerida ao anteprojeto da Constituição elaborado pela Comissão Especial de Juristas, em 1966, por Rodrigo M. F. de Andrade, o saudoso Diretor do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e feita a mim, como Ministro da Justiça e Negócios Interiores incumbido então de elaborar e de dar redação final ao Projeto de Constituição. Acolhi a emenda não só em ho-

menagem ao seu autor, cujos serviços inestimáveis à causa de defesa do patrimônio histórico e artístico do país jamais poderão ser esquecidos, como sua inspiração e conteúdo.

Na mesma oportunidade aceitei, vinda da mesma fonte, emenda sobre a nomeação de Prefeitos de cidades incorporadas pelo tombamento, ao patrimônio histórico e artístico nacional (Ver o art. 15, n.º II, letra *a* do Projeto de Constituição enviado com Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao Congresso Nacional, *in Diário do Congresso Nacional* de 13/12/66; *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, n.º 100).

Mas a matéria, com redação não muito diferente, já havia sido inserida nas Constituições anteriores: art. 10, n.º 3, art. 148 do texto de 1934; art..... 134 da Carta de 1937; art. 175 da Constituição de 1946.

II

Na vigência da Carta de 1937 é que a proteção do patrimônio artístico e nacional foi organizada, pelo Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, ainda em vigor, e cuja fonte imediata foi o Projeto n.º 511, de 1936, da Câmara dos Deputados, de iniciativa do Presidente da República, mas ainda em tramitação nesta Casa do Congresso Nacional quando foi outorgada a Carta de 1937. Para a elaboração do referido projeto foram levados em conta trabalhos dos deputados Luís Cedro e Vanderlei Pinho, do escritor Mário de Andrade, do jurista Jair Lins e outros, além dos subsídios da legislação comparada (Sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos dispõe a Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961).

III

A aplicação desta lei especial tem suscitado controvérsias na esfera administrativa e judicial, apesar de serem parcos os subsídios doutrinários de autores nacionais a respeito, decorridos mais de 30 anos de sua execução.

Para situar os efeitos jurídicos do tombamento, que é o meio adequado à proteção dos bens de valor histórico ou artístico, segundo a lei especial citada, convém relembrar alguns casos concretos que repercutiram além da órbita administrativa, dado o inconformismo dos proprietários atingidos pelas medidas restritivas de seus direitos.

O tombamento compulsório do prédio sito à Praça 15 de Novembro n.º 34 (GB), determinado pelo então Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em decisão de 10/8/38, provocou, de seus proprietários, uma ação sumária especial contra a União para anular aquele ato, julgada improcedente por sentença de 12/4/40. Cuidava-se da proteção do "Arco do Teles" e alegou-se a inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 25, de 1937, ante o tombamento sem indenização, em conflito com o texto da Carta de 1937 que assegurava o direito de propriedade (art. 122 n.º 14).

Houve recurso para o Egrégio Supremo Tribunal Federal que, em sessão de 17/6/42, nos outos de apelação cível n.º 7.377, por maioria de votos do plenário, decidiu pela constitucionalidade da lei especial em causa.

Os votos vencedores (Ministros Castro Nunes, relator, Orozimbo Nonato, Goulart de Oliveira, Valdemar Falcão, Anibal Freire e José Linhares) fizeram todos a ressalva da constitucionalidade ante os termos do art. 122, n.º 14, da Carta de 1937 que deferia à lei ordinária a definição do "conteúdo e dos limites" do direito de propriedade. Os votos vencidos (Ministros Laudo de Camargo e Octavio Kaly) não aceitaram a restrição ao direito dos proprietários atingidos pelo tombamento compulsório imposto com base no Decreto-lei n.º 25, de 1937) (idem, a ressalva

feita pelo Ministro Filadelpho de Azevedo, no julgamento do mérito do recurso, na 1.ª Turma, em 19/8/43).

Êste julgado, por iniciativa minha (Diretor da *Revista de Direito Administrativo* e Redator-Chefe da *Revista Forense)*, teve ampla divulgação e mereceu comentários de Vitor Nunes Leal (depois Ministro do Supremo Tribunal Federal) e de Prudente de Morais Neto *(in Revista de Direito Administrativo*, vol. II, págs. 100 e 143 e na *Revista Forense*, vol. 98, páginas 506-605).

Em parecer sobre o tombamento do "Pico do Itabirito" por resolução de 13/6/61 do Conselho Consultivo do P. H. N. A. e sua nulidade, afinal cancelada em grau de recurso (Decreto-lei n.º 3.866, de 9/12/) pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República *(Revista de Direito Administrativo*, vol. 82, págs. 341-6), tive oportunidade de apreciar também o alcance das decisões proferidas no caso do tombamento do "Arco do Teles" e de situá-las no regime constitucional de 1937 de expressa delegação ao legislador ordinário para estabelecer limitação ao direito de propriedade (Medeiros Silva, parecer de 27/8/61, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 67, p. 248-258).

Neste caso, proferida a decisão administrativa já na vigência da Constituição de 1946 (art. 141), que ao garantir o direito de propriedade não admitiu a delegação, ao legislador ordinário, para definir-lhe o conteúdo e os limites (Carta de 1937) ficou expresso na esfera administrativo em parecer do Senhor Consultor-Geral da República que "o Estado pode impor restrições ao direito de propriedade, em atenção aos reclamos do interesse coletivo." Quando, porém, como no caso em exame (prossegue o parecer) "essa restrição ou limitação imposta, pelo tombamento, no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa propriedade, decorrente de sua intocabilidade", *(Revista de Direito Administrativo*, vol. 82, página 345).

De fato, para remediar o conflito provocado pelo tombamento previsto no Decreto-lei n.º 25, de 1937, a lei de desapropriações, baixada ainda na vigência da Carta deste ano, incluiu no seu art. 5 entre os casos de utilidade pública "a proteção de paisagens locais particularmente dotadas pela natureza" (art. 5.º letra *h*, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21/6/41) *in verbis:* "Art. 5 — Consideram-se casos de utilidade pública:

.....

h) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjunto urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção das paisagens e locais particularmente dotados pela natureza".

1) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico."

Da elaboração do anteprojeto (*D.O.* de 7/8/40) da lei de desapropriações participei (como Secretário do Ministro da Justiça) e solicitei e recebi sugestões do saudoso Diretor do então Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; entre estas foi acolhida a que passou a constituir o texto citado da lei de desapropriações ainda vigente.

Mas a verdade é que o I.P.H.A.N. preferiu sempre impor o tombamento sem desapropriação, perpetrando, em muitos casos, atentados flagrantes ao texto constitucional da garantia do direito de propriedade, quando o melhor caminho, ao que me parece, seria conciliar o interesse público com o privado, procedendo ao tombamento com justa indenização, atendidas as pe-

culiaridades de cada caso, como advertiu o eminente Consultor-Geral da República, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, no parecer citado, a propósito do tombamento do "Pico do Itabirito". (*Revista de Direito Administrativo*, v. 82, p. 346; idem *Revista Forense*, v. 213, p. 57 e seguintes).

Como advertiu o Ministro Filadelpho de Azevedo, acatado mestre do direito, ao votar no caso do tombamento do "Arco do Teles": "Não é possível que o deleite estético ou histórico seja propiciado a todos, à custa do prejuízo de alguns..." (*Revista Forense*, v. 98, p. 590 e *Revista de Direito Administrativo*, v. 2, p. 133).

O argumento de que a desapropriação não é necessária, de vez que o bem tombado continua no domínio de seu proprietário, simplifica demais a questão. Que restará do domínio, em certos casos, tais as restrições impostas pelo tombamento? Estas podem ser de tal ordem que importem, no dizer do Senhor Consultor-Geral da República (no caso do "Pico do Itabirito") não só "no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade", "senão verdadeira supressão" da propriedade (*Revista de Direito Administrativo*, v. 82, p. 345; idem, *Revista Forense*, v. 213, p. 57 e seguintes).

O Ministro Laudo de Camargo, votando no caso do "Arco do Teles", a propósito das restrições impostas às coisas tombadas, no art. 17 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, ainda em vigor, advertiu que elas não constituem simples restrição ao uso livre da propriedade, mas vai além, pois afetam diretamente a própria propriedade em sua essência.

No mesmo sentido, exarou o seu voto o Ministro Octavio Kelly, dizendo que o art. 17 citado não se cinge a traçar condições que regulam o exercício do direito de propriedade, "mas vai, além, impedindo, sumariamente o *uso*, o *gozo* e a *disposição da coisa* (grifos do original), atributos inerentes ao domínio sem cuja garantia esta não pode subsistir, "impedindo a fruição dos principais atributos do domínio, sem uma composição de prejuízos para o infeliz possuidor de um imóvel de tão nobilitante origem" (voto e aditamento).

Por estas razões repudiaram, como inconstitucional, o art. 17 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, mesmo tendo em vista o disposto no art. 122, n.º 14, *in fine*, da Carta de 1937 (*Revista de Direito Administrativo*, v. 2, p. 110-2; e *Revista Forense*, v. 98, p. 597-8).

No caso de "ocupação temporária" da propriedade privada, prevista no art. 153, § 22, *in fine*, da Constituição, fica assegurada ao proprietário uma "indenização ulterior"; no de servidão e no da chamada desapropriação indireta ou do uso também cabe a indenização, sem que haja transferência do domínio pleno; idem, no caso da requisição de bens duráveis.

Assim, não usando o poder público da faculdade de expropriar para tombar, nos casos de restrição sensível do domínio privado e que possa ser avaliada, em termos econômicos ou pecuniários, fica ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, uma indenização equivalente ao prejuízo sofrido, com base na cláusula constitucional da apreciação pelo Poder Judiciário de "qualquer lesão de direito individual" (Constituição, art. 153, § 4.º).

Para erigir um "monumento histórico", o Estado de São Paulo desapropriou um imóvel com base no art. 5.º, letra *h*, do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, propiciando desta forma a justa indenização ao seu proprietário (*Revista de Direito Administrativo*, v. 99, p. 241-3).

IV

No direito francês e no italiano, que tão de perto têm influenciado a evolução de nosso direito privado, a desapropriação é a medida prevista quando

o tombamento impõe restrições sensíveis, economicamente, ao bem de propriedade particular (ver as monografias e obras especializadas mais recentes: Grisolia, Mario, *La tutela delle cose d'arte*. Roma, 1952, p. 407 e seguintes; Cantucci, Michele. *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico o storico*. Padova, 1953, p. 295 e seguintes e p. 427 e segs.; Lei italiana de n.º 1.089, de 1/6/39, artigos 54-57; Geraci, Placido Olindo. *La tutela del patrimonio d'antichità e d'arte*. 1956, p. 152 e seguintes; Brichet, Robert, *Le Regime des Monuments Historiques en France*. Paris, 1952, p. 23-4 e p. 4.059, 62; Dalloz, *Repertoire de Droit Public et Administratif*. 1959, tome II, p. 419-25).

Em edição recente de obra muito divulgada entre nós (*Traité Elementaire de Droit Administratif*, 5. ed., 1970, Tomo II, p. 385-7), André de Laubadère adverte que: "Les servitudes resultant du classement peuvent donner lieu à *indenisation* (grifo original) s'il en resulte une modification à l'état ou à l'utilisation des lieux determinant un prejudice direct, materiel et certain" (L. 30 dec. 1967).

A desapropriação é também prevista não só quanto ao tombamento (*classement*) dos monumentos históricos, como aos realizados para a proteção de sítios e monumentos naturais (*ob. cit.*, p. 385 e 388, n.ºs 753, n.º 4, e 760). Idem, quanto às vizinhanças (*abords*) do bem tombados para a proteção de sua visibilidade (*ob. cit.*, p. 386, n.º 755).

Ver a propósito o Rep. Dalloz citado, *Mise a Jour*, em 1971, p. 535 e segs.; n.ºs 17 e 18; n.º 47 e segs.

Ver, outrossim, a Lei francesa de 25/12/67, relativa à restauração de monumentos históricos e à proteção de sítios, que deu nova redação a vários artigos da Lei de 1930, art. 8, que prevê indenização ao proprietário prejudicado; idem, Lei de 10/9/70, artigos 7-8 (expropriação e indenização).

Gastone Martini, em sua recente obra *Disciplina Urbanistica e tutela del patrimonio storico artistico e paesistico*, Milano, 1970, dá notícia da decisão da Corte Constitucional da Itália, pronunciada em 29/5/68, repudiando um texto legislativo (Lei de urbanismo n.º 1.150, de 17/8/42) que não previa indenização aos proprietários atingidos por limitações aos seus direitos, de forma e por tempo indeterminado (Lei n.º 1.187, de 19/12/68, foi baixada para remediar os conflitos, mas a discussão continua no plano doutrinário; obra citada, p. 117 e segs.).

Sobre a tutela da paisagem e seus reflexos de ordem patrimonial, em face da citada decisão da Corte Constitucional da Itália, ver o livro de Alberto Predieri, *Urbanistica, Tutela del Paesagio, Espropriazione*, Milano, 1969, p. 3 e seguintes; idem, a alentada obra de Alfredo Cantone, *Difesa dei Monumenti e delle Bellezze Naturali*, Nápoles, 1969, contendo preciosas indicações sobre a matéria e os textos legais com ela relacionados.

Esta orientação do direito europeu, de fonte latina, já fora por mim apontada no parecer já citado que emiti, em 22/8/61 (*Revista de Direito Administrativo*, v. 67, p. 248), a propósito do destombamento do "Pico do Itabirito"; sobre o mesmo caso e com a mesma conclusão (necessidade de desapropriação) opinou Reginaldo Nunes (*Revista de Direito Administrativo*, v. 76, p. 444-50).

V

Mas não é só em relação ao tombamento sem desapropriação que a execução do Decreto-lei n.º 25, de 1937, por parte do I.P.H.A.N. provoca reservas e críticas fundadas. O Decreto-lei n.º 3.866, de 29/11/41, veio corrigir uma falha, quanto à permissão do recurso contra o tombamento, ou a sua

determinação de ofício, pelo Presidente da República, cuja possibilidade o art. 3.º, *in fine*, daquele diploma legal impedia.

Já em 1953, uma Comissão Especial foi instituída, no Ministério da Educação e Cultura, para cuidar da revisão do Decreto-lei n.º 25. Dela fiz parte, juntamente com o Diretor do S.P.H.A.N., Rodrigo M. F. de Andrade, Gabriel Passos, Saboia de Medeiros e M. Seabra Fagundes. Nesta oportunidade, o ilustre Diretor comunicou-nos as dificuldades encontradas para a execução da lei e os pontos capitais de sua pretendida reforma.

Entre estes, pelo interesse direto na conclusão do presente parecer, foi mencionada a omissão da transcrição determinada no art. 13 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, e por iniciativa do I.P.H.A.N. do tombamento dos bens de propriedade particular, "para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis" e sua "averbação ao lado da transcrição do domínio".

Além de confessada inércia do I.P.H.A.N., após mais de 15 anos de execução da lei, com relação ao registro imobiliário, disse-nos o responsável pela direção do Serviço da necessidade de um acurado estudo sobre as providências contidas no art. 18 do mesmo Decreto-lei n.º 25, no que toca às construções nas vizinhanças de áreas tombadas, por causa dos "graves litígios" que a sua execução vinha suscitando, "cujo número tende a se multiplicar", advertiu ainda a mesma autoridade.

Por motivos independentes da vontade dos membros da Comissão Especial, o seu trabalho não se ultimou. E, até hoje, continuam os mesmos dispositivos legais ainda vigentes, sem emendas capazes de remediar a sua inexecução (artigo 13) ou execução (artigo 18) em qualquer caso prejudicial e onerosa para os proprietários em geral.

VI

No caso da presente consulta que, afinal, será articulada, tem pertinência a exegese dos arts. 5.º e seguintes do Decreto-lei n.º 25, de 1937, sobre o tombamento, bem como dos arts. 17 e 18, referentes à conservação das coisas tombadas ou a construção em suas vizinhanças.

O primeiro dos dispositivos citados (art. 5.º) cuida do tombamento dos bens pertencentes à União, aos estados e aos municípios e far-se-á "de ofício, por ordem do Diretor do I.P.H.A.N., mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos".

Trata-se de tombamento compulsório, imposto por um órgão federal sem audiência prévia da entidade pública interessada, ainda que esta esteja sob a jurisdição do estado ou município cujos patrimônios escapam, em princípio, às medidas administrativas emanadas da União, em obséquio ao regime federal.

Em caso de desapropriação, por exemplo, a União somente poderá decretá-la, em se tratando de bens do domínio dos estados, do Distrito Federal e dos estados, se o ato do Presidente da República se basear em prévia autorização legislativa (art. 252 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21/6/41).

No caso do tombamento, o respectivo ato compulsório emana de autoridade federal de hierarquia inferior (por ordem do Diretor do Serviço), sendo notificada a entidade a quem pertencer ou tiver a guarda do bem por ela atingido.

Não se oferece oportunidade para esclarecimentos ou impugnações, antes de consumado o tombamento; somente o recurso visando ao cancelamento do tombamento, instituído por lei nova (Decreto-lei n.º 3.866, de 1941), ao Presidente da República, ou determi-

nação desta autoridade suprema, se porá termo ao conflito potencial entre autoridades federais, estaduais e municipais provocado por ato de ofício do Diretor do I.P.H.A.N.

Outra falha da lei, com relação ao tombamento de bens públicos, é a omissão quanto à sua transcrição ou averbação no registro de imóveis da situação da coisa; o reparo é relevante porque o tombamento de bens imóveis cria restrições também às propriedades vizinhas, nos termos do art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, a despeito dos dispositivos do Código Civil sobre a instituição e eficácia de direitos reais sobre imóveis \(arts. 530, n.º I, 676 e 856).

Como poderá o proprietário saber se o seu imóvel está situado "na vizinhança de coisa tombada", se esta pertence à União e o respectivo tombamento foi feito em repartição federal sediada no Rio de Janeiro e dele não há vestígio no registro imobiliário da situação da coisa?

A mesma pergunta é válida quanto aos bens de propriedade dos estados e municípios, cujo tombamento não se comunica, obrigatoriamente, aos oficiais do registro de imóveis.

VII

No processo do tombamento voluntário ou compulsório de bens privados (artigos 6-9), a *notificação* ao proprietário não se faz através do processo judicial adequado (Cód. Proc. Civil, artigos 720 e seguintes) mas por carta, ofício ou edital, nem sempre eficazes e insuscetíveis de enganos, equívocos ou omissões quanto a pessoas e coisas.

Não se notificam, outrossim, os proprietários vizinhos do titular do bem a ser tombado. E não terão eles, ante essa omissão, ou de notificação imperfeita, a oportunidade legal de impugnar o tombamento (compulsório ou voluntário), apesar de seus efeitos recaírem indiscriminadamente sobre esses terceiros, criando-lhes ônus reais de alcance imprevisível.

VIII

O art. 17 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, impõe às coisas tombadas, de propriedade pública ou particular, encargos e deveres de indiscutível gravidade que atingem não só aos titulares de seu domínio como aos responsáveis por sua guarda, inclusive *multa* aplicável a funcionários estaduais e municipais, por autoridade federal, o que enseja conflitos de jurisdição e atritos, entre elas, dada a natureza do regime federativo de autonomia e separação de patrimônios.

IX

O art. 18 é o que estende a terceiros os efeitos do tombamento. Não se poderá, sem prévia autorização do I.P.H.A.N., "na vizinhança da coisa tombada fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandado destruir a obra ou retirar o objeto, impondo neste caso multa de cinqüenta por cento do valor do mesmo objeto".

A primeira observação é que não se define, por critérios mensuráveis o que seja "vizinhança de coisa tombada", nem se dá a noção do grau do impedimento ou redução da visibilidade. Tudo isto, que constitui a essência mesma do preceito, fica ao critério subjetivo do I.P.H.A.N.; ou de quem pretende fazer a construção ou conceder a respectiva licença.

A crítica não é gratuita porque pelo menos dois pleitos, de repercussão no foro carioca e no fluminense, tiveram por base a imprecisão dos conceitos de vizinhança e de visibilidade da lei do tombamento.

Uma observação do eminente Relator, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Pedro Chaves (aliás vencido

no julgamento), merece destaque: "A lei não define a visibilidade, como também não retirou do poder municipal a competência de policiar as construções, conceder ou negar licença para elas. Ante a *indefinição da lei*, aos juízes caberá decidir se houve, ou não ocorreu, em cada caso de edificação, nas proximidades da coisa tombada, impedimento ou redução de visibilidade" (Acórdão em grau de embargos no recurso ext. n.º 41.279, em 9/9/65, *in Revista de Direito Administrativo*, v. 84, p. 155 e seguintes; idem, *Revista Forense*, v. 216, p. 96 e segs.; idem, *Arquivos do M.J.N. Interiores*, v. 98, p. 193 e segs.).

A maioria dos Senhores Ministros reconheceu, todavia, que a obra, cuja demolição se pedira, prejudicava, de fato, a visibilidade do bem tombado, ante os elementos constantes dos autos (Caso do Tombamento da Igreja do "Outeiro da Glória". Ver o acórdão do Tribunal Federal de Recursos sobre o caso, *in Revista de Direito da Procuradoria-Geral* (D. F.), vol. 3, página 244 e seguintes).

Em outro pleito da mesma natureza, porém, a solução foi diversa. Tratava-se de obras situadas em Petrópolis, (Av. 7 de setembro) em frente ao Museu Imperial, que sofreram embargo judicial, a despeito de já licenciadas e iniciadas, porque o seu gabarito foi considerado pelo I. P. H. A. N. como prejudicial à visibilidade daquele bem tombado. A União ingressou nos feitos, que tiveram decisão do Supremo Tribunal Federal pela improcedência do embargo, por entender o Pretório Excelso que não havia atentado à coisa tombada (Museu e Parque).

O Relator esteve no local e deu o testemunho a seus pares da inocorrência da redução ou impedimento da visibilidade; as obras prosseguiram e estão concluídas, após longo período de paralisação, com enormes danos para o construtor e os adquirentes de unidades residenciais 8 andares (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 252 e seguintes) idem, vol. 74, p. 229 e seguintes).

Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal manteve o princípio afirmado no caso do "Arco do Teles" quanto à competência judicial para apreciar o mérito do tombamento, colhendo e avaliando provas.

O Tribunal Federal de Recursos, na apelação cível n.º 1.515 — União *versus Ginásio Pio X* — em 6/11/51, (1.ª Turma) decidiu que "Se a construção nova não prejudica a visibilidade da obra tombada, não procede a ação demolitória".

A obra tombada, no caso, era o convento de São Francisco, em João Pessoa, e o exame pericial feito em 1.ª instância concluiu pela inexistência de prejuízo à sua visibilidade e que, portanto, não cabia a invocada sanção do art. 18 do Decreto-lei n.º 25 de 1937, reclamada pelo S. P. H. A. N. (*Revista Forense*, vol. 144, p. 206, e seguintes).

X

Finalmente outro ponto crítico da execução do Decreto-lei n.º 25, de 1937, por parte do I. P. H. A. N. é a sua omissão quanto à transcrição do tombamento no registro de imóveis, *in urbis:* "Art. 13 — O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, *por iniciativa* do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional *transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio".*

Não cogita o texto da transcrição e averbação do tombamento de bens do domínio público, o que é indispensável de vez que os seus *vizinhos*, ainda que de propriedade privada, passam a sofrer restrições graves (art. 18); por igual os bens vizinhos de outros tombados, de domínio particular, deveriam ser, não só notificados do tombamento

(para usarem da faculdade de impugnação), como também terem notícia, através do registro imobiliário, da criação daquele ônus real.

Mas o que vem acontecendo, na prática, é que o I. P. H.A. N. se omite quanto ao encargo que lhe foi dado no art. 13 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, e nada comunica aos registros imobiliários, a propósito dos tombamentos que promove.

XI

No direito francês também se exige a transcrição do tombamento no registro imobiliário.

Robert Brichet (membro da Comissão Superior de Monumentos Históricos) em obra clássica intitulada *Le Regime des Monuments Historiques en France* (Paris, 1952) informa, à p. 53: "Toute decision qui prononce le classement est transcrite, par les soins de l'administration, ou bureau des hipothéques de la situation de l'immenble classé".

E explica: "La servitude frappant un immenble classé étant opposable aux tiers, la publicité de la decision est organisée afin notamment qu'um acquéreur ne puisse pas exciper de sa bonne foi en cas de d'inobservation des pescriptions legales" (Ver, ainda, página 101).

André de Laubadére dá o mesmo testemunho: "L'effet du classement est de frapper l'mmenble d'une veritable servitude eventuellement applicable aux tiers acquéreus; c'est pourquoi la loi prescrit *l'inscription du classement au bureau des hypothéques* (grifo do original, *ob. cit.*, ed., 1970, p. 385).

Com relação aos sítios e monumentos naturais (Leis de 2/5/1930 e..... 28/12/1967) a regra é a mesma: "... le classement a pour effet d'interdire au proprietaire de modifier l'état ou l'aspect des lieux san autorisation ministérielle (laquelle peut imposer des prescriptiones) ni de constituer servitudes sans l'agrément ministeriel. Le classement fai objet d'une inscription au bureaux des hypothéques" *(ob. cit.*, p. 387, n.º 759, de André de Laubadére).

Na Itália, que possui, como a França, legislação abundante e minuciosa sobre a proteção dos monumentos históricos e naturais e sítios, a exigência do registro imobiliário é também expressa.

A Lei fundamental de 1/6/1939, de n.º 1.069, art. 2.º, manda que a notificação inicial do processo de tombamento seja inscrita no registro hipotecário: "La notificazione é transcritta su richiesta del Ministro, negli atti della conservatoria dei registri imobililiari e ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore" *(apud* Giuseppe Martinez e Franco Mautino. *Tutela del Patrimonio Stòrico, Artistico, Naturale e Disciplina Urbanistica.* Forense, 1968, p. 2 e 46; idem, p. 9, quanto à proteção das belezas naturais e à transcrição de atos de sua proteção; idem, art. 6 da Lei n.º 1.497, de 29/6/39 da Lei especial de proteção às belezas naturais edição de G. Pirola Milaro, 1959).

Michele Cantuci, professor ordinário de direito administrativo na Universidade de Siena, autor da obra clássica, já citada, *La Tutela Giurìdica delle Cose d'Interesse Artistico e Stòrico*, publicada em 1953, Padova, editou em 1968 outra monografia intitulada *Le Cose d'Interesse Artistico e Stòrico nelle Giurisprudenza e nela Dottrina*, Nápoles; ensina ele a propósito do registro imobiliário que: "Scopo pràtico di queste forme di pubblicità è certamente quello di portare a conoscenza dei terzi l'esistenza del vìncolo", página 55).

Com apoio em A. M. Sanduli ("Natura e funzione della notifica e della pubblicitá delle cose private d'interesse artistico e Stòrico, *in Rev. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1954) adverte que a ausência dessa formalidade (registro imobiliário) tem como conseqüência a *res-*

ponsabilidade por perdas e danos da administração omissa: "... con la consequenza che l'amministrazione preposta alla tutela delle cose d'interesse artistico e stòrico sareble tenuta a risarcire i danni che eventualmente i terzi aversero subito per via di tale inesservanza" (p. 56).

Sobre os efeitos do registro, cita, o mesmo autor, várias decisões que resguardam a posição de terceiros na ausência daquela formalidade *(ob. cit.*, págs. 57/8). Ver, ainda, sobre a natureza da notificação e os efeitos do registro desse vínculo de caráter real e a proteção da boa-fé, o mesmo Michele Cantucci, em sua *Tutela Giurìdica delle Cose d'interesse Artistico e Stòrico*", Padova, 1953, p. 337 e seguintes.

Placido Olindo Geraci, comentando a lei italiana de 1939, em sua obra *La tutela dei patrimonio d'antichità e d'arte*, Nápoles, 1956, lembra que a transcrição da notificação, no registro imobiliário já era previsto na Lei n.º 778, de 11/6/1922 e se faz gratuitamente (p. 22 e 23).

Enzo Capaccioli em sua *Rassegna di Giurisprudenza sulla Tutela delle Cose d'Interesse Artistico o Stòrico*", Milano, 1962, dá notícia de várias decisões sobre a natureza do vínculo e os efetios decorrentes da notificação e sua natureza de ônus rela.

XII

As considerações que acabamos de fazer sobre vários aspectos do Decreto-lei n.º 25, de 1937, suas lacunas e os defeitos de sua execução, com remissão a casos jurisprudenciais e a doutrina e a legislação francesa e a italiana sobre a matéria (que serviram de modelo ao legislador pátrio), visam a responder a consulta que me foi formulada pela VEPLAN, a pro(pósito do tombamento do monumento natural denominado Parque Nacional da Tijuca e seus reflexos sobre imóvel situado em sua vizinhança, à Estrada da Gávea n.º 74, objeto de uma incorporação imobiliária, cujo Memorial de Incorporação foi levado ao registro próprio, nos termos da Lei n.º 4.591, de 16/12/64.

XIII

Em outro parecer, examinei os termos da resolução do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado da Guanabara, datado de 10 de janeiro último, declarando a caducidade do deferimento à consulta prévia para a construção de um grupo de edifícios situados à Estrada da Gávea, 74 ("Chácara da Gávea"), bem como os *considerandа* que precederam o despacho governamental.

Entre os motivos expostos que, aliás, não influiram diretamente na declaração de caducidade (simples decurso do prazo legal de validade do deferimento à consulta prévia), estão os relativos a "preservação da lei federal de proteção paisagística", a inobservância das "limitações decorrentes do tombamento da Floresta da Tijuca e das áreas circunjacentes", "a conveniência de coibir-se o empachamento indiscriminado das paisagens naturais do Estado", "a defesa do patrimônio florestal carioca", a inexistência de "consulta aos órgãos encarregados da defesa do patrimônio artístico e histórico", enfim, a denúncia, por parte do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, da ilegalidade de um licenciamento que viesse a ser concebido nos termos em que foi solicitado.

Tais *consideranda* do despacho governamental foram provocados por ofício do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, de 4 de janeiro, e da manifestação no processo de licenciamento da obra, em 1/4/71, do atual Senhor Diretor do I. P. H. A. N., quando já havia sido o respectivo projeto aprovado por autoridade compe-

tente, desde 27/10/70; idem, declaração de 22/1/71, conforme exaustivamente procurei demonstrar no outro parecer.

Do pronunciamento do Senhor Diretor do I. P. H. A. N. se verifica que esta autoridade entendia que a obra projetada estava "acima da curva do nível de 100 metros que delimita a área tomada e empacha a encosta florestada até a cota de 180 metros", tendo sido a área tombada em 27/4/67. A S. S. foi respondido pela repartição estadual que também a edificação da "Escola Americana" estava acima da cota 100 e jamais foi impugnada pelo I.P.H.A.N.: que nenhum gravame constava sobre a área em questão, no registro imobiliário.

Replicou o I. P. H. A. N. que o tombamento não encluía o aproveitamento da área, desde que fosse ouvido, tendo em vista a natureza da obra.

Finalmente, o Senhor Secretário de Obras do Estado informou, em 25/1/71, que a obra licenciada não está dentro da área tombada. De fato, conforme procurei esclarecer em outro parecer, ela se situa na vizinhança da coisa tombada, ou seja, o monumento natural conhecido como Parque Nacional da Tijuca, criado pelo Decreto federal n.º 50.923, de 6/6/61, alterado pelo de n.º 60.183, de 8/2/67, e referido na relação geral dos bens tombados até setembro de 1968, em todo o país, publicada no *D. O.* da União de 15/4/69, pág. 3.155, com a seguinte menção: "Parque Nacional da Tijuca e florestas de proteção acima das cotas 80 e 100 metros demarcados no processo n.º.... 762-T/65".

Ainda, conforme certidão recentemente fornecida a pessoa interessada pelo I. P. H. A. N., a delimitação do Parque, constando processo de tombamento, é feita em termos genéricos, de difícil identificação em seus contornos, tantos são os pontos de referência, distantes e imprecisos.

XIV

O tombamento do Parque se processou com base no art. 5.º do Decreto-lei n.º 25, de 1937; trata-se de área pertencente à União, sob jurisdição do Ministério da Agricultura. Dele não há, por ser bem público, transcrição ou averbação no registro de imóveis. Por igual, as áreas vizinhas, destinadas à construção licenciada, Estrada da Gávea n.º 74, de propriedade privada, estão livres do ônus do tombamento, segundo certidão negativa fornecida pelo registro de imóveis a pessoa interessada em 10/1/72; igual situação era a existente quando do registro do Memorial de Incorporação realizado em 8 de março de 1971, na forma da Lei n.º 4.591, de 1964.

XV

Os efeitos do tombamento em causa são opostos a terceiros, proprietários da área vizinha, não tendo eles tido notícia ou participado do respectivo processo.

Não houve a publicidade necessária do ônus através do registro imobiliário, nem a notificação adequada, com identificação dos sítios e a personificação dos proprietários, ou possuidores das áreas limítrofes do Parque tombado.

Os defeitos do processo de tombamento e a omissão do I.P.H.A.N. são agora invocados contra terceiros que, de boa-fé, aquiriram as áreas vizinhas e as unidades objeto da incorporação, todos protegidos pela inexistência do ônus no registro imobiliário.

A crítica a esta situação já foi feita, em face da doutrina, da lei e da jurisprudência, na parte introdutória deste parecer.

Passo agora a responder aos quesitos que me foram formulados pela VEPLAN.

XVI

1) O tombamento obedeceu aos trâmites previstos no art. 5.º do Decreto-lei n.º 25, de 1937, por se tratar de bem pertencente à União.

Pelo rito ali estabelecido, não se faz a notificação dos proprietários de áreas vizinhas, que assim não têm qualidade para intervir no processo ou impugná-lo, apesar de contra eles se invocar o art. 18 do citado Decreto-lei.

2) Sem a transcrição ou averbação do bem tombado, no registro de imóveis, iniciativa que o art. 13 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, comete ao I.P.H.A.N., ainda que da propriedade pública, não é possível sujeitar as áreas vizinhas de propriedades privadas, às restrições do art. 18 do mesmo Decreto-lei.

Esta conclusão decorre da interpretação sistemática da lei especial e sua conjugação com a legislação sobre registro públicos. É que nos expressos termos do art. 676, do Código Civil, "os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, n.º I, e 856).

O fato do art. 13 do Decreto-lei número 25, de 1937, se referir somente aos "bens de propriedade particular", não exime o I.P.A.H.N. de promovê-lo também, em se tratando de bens públicos.

Se o art. 18 onera os bens vizinhos da coisa tombada mesmo que ela seja do domínio público, é uma imposição do sistema de proteção da propriedade imobiliária, através do registro, que nele se inscrevem também os tombamentos de bens públicos.

A lacuna do art. 13 e a omissão do I.P.H.A.N. não podem ser imputados aos proprietários de áreas vizinhas à coisa pública tombada, de cujo processo não participaram, nem tiveram conhecimento através do registro imobiliário.

Seria concluir-se contra a realidade das coisas presumir-se a ciência do tombamento de um bem público, realizado em processo administrativo, na sede do I.P.H.A.N. (Rio de Janeiro) ou de simples notícia publicada no *Diário Oficial* de uma relação de bens tombados em todo o país, feita, em muitos casos, sem as especificações necessárias à sua identificação.

Na doutrina estrangeira, como recordei, no registro de imóveis são levados todos os bens tombados, sem distinção entre os de propriedade pública e privada.

Aqui, a hipótese é mais desconcertante; é contra os proprietários vizinhos da área pública tombada que se pretende opor o tombamento feito em segredo administrativo (art. 5.º), sem a notificação adequada de terceiros interessados ou por ele diretamente atingidos, por força do art. 18 do Decreto-lei citado, sem que tenha havido até hoje, por parte do órgão responsável, o I. P. H. A. N., a iniciativa da transcrição ou averbação no registro de imóveis (art. 13).

3) A falta de consulta, ao órgão federal, prevista no art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, antes do licenciamento da obra em área vizinha ao bem tombado, teve por justificativa, por parte da repartição estadual, a concordância tácita do mesmo órgão federal, quanto à obra da "Escola Americana", situada em cota muito superior à destinada à obra projetada, "Chácara da Gávea".

É sabido que o precedente não obriga nem cria direitos, mas pode conduzir a uma decisão por *eqüidade*, ante a notoriedade e a relevância dos fatos.

No caso em exame esta circunstância deve pesar, tendo em consideração os direitos de terceiros de boa-fé, já constituídos, de forma solene, através de aquisição de unidades descritas no Memorial de Incorporação, levado ao registro de imóveis, e dele constante,

sem restrições, para os efeitos previstos na Lei federal n.º 4.591, de 1964.

Não só o Estado, como a própria União não se eximirão, a meu ver, das ações judiciais e do pagamento das perdas e danos, caso insistam em valer-se de suas próprias omissões (registro de imóveis, falta de audiência de repartições especializadas). Assim manda a lei e está na consciência dos cultores da ordem jurídica, preocupados com a preservação dos direitos e das garantias individuais asseguradas na Constituição.

É o que me parece. S.M.J. Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 1972. *Carlos Medeiros Silva,* Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.