JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO — TOMBAMENTO — VIZINHANÇA — REGISTRO

— O tombamento de bem privado deve ser precedido de notificação ao proprietário.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO PR Nº 7.593/73
Presidência da República — Consultoria-Geral da República
E.M. nº L-052 de 23 de janeiro de 1975. "Aprovo. Em 4.2.75."

PARECER Nº L - 052

Está sob exame desta Consultoria-Geral o processo PR-007593-73 que subiu à alta apreciação presidencial em virtude do recurso interposto pelo industrial Antonio Sanchez Galdeano, de decisão do Diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que denegou aprovação, sob o prisma de sua competência, ao projeto de construção de um conjunto integrado, composto de hotel e outras unidades, a implantar em área de terreno, de 141.000 m2, de propriedade do recorrente, localizada na região denominada "Chácara do Céu", nas imediações do Morro Dois Irmãos, no Bairro do Leblon, Rio de Janeiro.

A audiência desta Consultoria-Geral foi inicialmente proposta pelo então Ministro da Educação e Cultura, a quem o recurso era endereçado, vindo o processo instruído com o douto parecer da Consultoria Jurídica do MEC e dados informativos pertinentes

Sobrestado o processo, neste órgão, por solicitação do interessado, fez-se juntada, em datas sucessivas, de pareceres de notáveis juristas pátrios, Carlos Medeiros Silva, Antonio Balbino e Themístocles Cacalcanti que, em épocas diversas, ilustraram a Consultoria-Geral da República como dignos e cultos titulares.*

Atendendo a que uma das vertentes da controvérsia diz com a implantação do projeto, abaixo ou acima da cota 100 do sítio protegido, o interessado manifestou, perante esta Consultoria, em 23.7.1974, o intento de reformular a obra projetada, para executá-la abaixo da cota 100, sob a condição de pré-excluída a competência do IPHAN de apreciá-lo.

Em face da nova colocação, o processo foi convertido em diligência para que ouvido o IPHAN, o que cumprido, encaminhados, com a competente aprovação do Ministro de Estado, o pronunciamento

* Pareceres publicados neste volume e no volume anterior.

do Diretor e do Conselho Consultivo do Instituto, e do Diretor do Departamento de Assuntos Culturais do MEC, no sentido da reafirmação da competência do órgão.

Novamente sustado o andamento, a pedido do interessado, foram juntados, até 19 de dezembro último parceres aditícios daqueles preclaros jurisconsultos, um parecer técnico do Professores Wanderbit Duarte de Barros e Fernando Dias de Ávila Pires, plantas de situação, certidões e documentos outros.

Dantes como agora, o recorrente visa a demonstrar, com rica e bem lançada argumentação, a ilegalidade da intervenção do IPHAN no licenciamento do seu projeto, quer por excedente de sua competência, quer por inobservância de procedimentos legais, quer por inocorrência dos motivos determinantes do ato.

Trata-se, no consenso dos entendidos, de um projeto turístico do mais alto nível e de um significativo empreendimento econômico.

O propósito é o de examinar, em síntese possível, aspectos que, relevantes, importem a inferência das conclusões.

II

O Projeto Turístico, constituído de Hotel e anexos, que se visa implantar no sítio denominado "Chácara do Céu", de propriedade do recorrente e nas proximidades do morro Dois Irmãos, obteve um despacho favorável, se bem que sob condição do Governador do Estado da Guanabara, nos termos seguintes:

"Defiro o prosseguimento como projeto especial, nos termos do parecer de fls. 25-27, devendo o requerente cumprir previamente as exigências da legislação federal, apresentando a concordância do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — IPHAN.

Oficie-se ao IPHAN pedindo o seu pronunciamento no que se refere à parte da obra acima da cota 100."

Para melhor entendimento do despacho convém se destaque o parecer a que se reporta:

"Em conseqüência, o processo só poderá ter prosseguimento se o Ex.mo Sr. Governador considerar o conjunto integrado (Hotel e anexos) um projeto especial, nos termos do disposto no art. 4º, do Decreto-lei nº 299, de 17 de fevereiro de 1970, e desde que sejam cumpridas todas as exigências da legislação estadual, focalizadas pelo Departamento de Edificações (...). Fica bem claro, ainda, que a ação estadual deverá ser precedida de pronunciamento prévio do IPHAN. Tal entendimento é possível, uma vez que se trata de empreendimento aprovado pela Embratur como de grande interesse turístico, "pelo reflexo que terá em favor do desenvolvimento turístico e da economia nacional" (...). O Decreto *E* nº 5.456, de 26.5.72, em seu artigo 3.º, letra *a*, cogita somente de hotel, mas, na verdade, a moderna indústria hoteleira não pode prescindir dos complexos como o de que cogita o projeto em exame. Opino, portanto, no sentido de que Vossa Excelência: *a*) defira condicionalmente o prosseguimento do processo, exigida a aprovação prévia federal competente — o IPHAN — para a construção acima da cota 100; *b*) considere o projeto especial, nos termos do art. 4º do Decreto-lei nº 299, de 17 de fevereiro de 1970, o conjunto integrado, cuja construção se iniciará pelo hotel e nele se apoiará."

A razão de o projeto reclamar, na área estadual, um tratamento de exceção, advém de que a zona em questão é considerada, também, pela legislação do Estado da Guanabara como de proteção paisagística, severamente restringido o seu uso para fins de edificação (Decreto Estadual nº 5.456-72). A norma estadual tem, preci-

samente, por objeto delimitar "áreas de proteção à passagem das encostas das Pedras dos Dois Irmãos e da Gávea", dispondo no artigo 2º, em função do seu objetivo, que, nas áreas nele contempladas, "as edificações terão sua altura limitada a, no máximo, 2 (dois) pavimentos e ocuparão em projeção, no máximo, 10% (dez por cento) da área do lote". Entretanto, em caráter de exceção, o art. 3º do mesmo Decreto faculta como caso especial o licenciamento para construção de hotel, desde que por ato do próprio Governador, ouvido o Conselho Superior de Planejamento Urbano (estadual).

A devolução feita, no provimento estadual, a competência federal relativamente à autorização para obras acima da cota 100, no mesmo sítio, tem como explicação tratar-se de área objeto de tombamento pelo IPHAN, o que cumpre verificar, destacadamente, pela significação primordial para o caso.

III

Pelo Decreto nº 50.923, de 6 de julho de 1961, foi criado o Parque Nacional do Rio de Janeiro, no Estado da Guanabara, constituído "pelas áreas das florestas do domínio público da União, denominadas Tijuca, Paineiras, Corcovado, Gávea Pequena, Trapicheiro, Andaraí, Três Rios e Covanca" (art. 2º).

Causas motivadoras desse Decreto, invoca-se, nos *considerandas*, "que a Constituição (1946) coloca sob a proteção e cuidados especiais do Poder Público as obras, monumentos de valor histórico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais de particular beleza", e "que as florestas existentes na área urbana da cidade do Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, são dignas de proteção e cuidados especiais por parte dos Poderes Públicos, não só pelas belezas naturais e paisagísticas que oferecem, como por serem elas protetoras de mananciais existentes na região", estando "relacionadas entre os bens do domínio da União, por força do Decreto-lei nº 3.889-41".

De acordo com a informação oficial do IPHAN, constante do processo, assinala-se que, em virtude de recomendação do Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, na reunião de 6 de setembro de 1966, foi realizado o tombamento da área compreendida pelo Parque Nacional, tal como delimitada no Decreto aludido, acrescida de uma área envolvente, de florestas de proteção, nos limites das cotas 80 e 100. É dado como referência do tombamento o Processo DPHAN 762-T-65.

Posteriormente, pelo Decreto nº 60.183, de 8 de fevereiro de 1967, o Parque teve o seu nome alterado para "Parque Nacional da Tijuca", estabelecida nova e precisa delimitação que importou, ao que se deduz dos elementos informativos do processo, em redução da área antiga.

Entretanto, convém acentuado, em desfavor das alegações em contrario, que o tombamento procedido pelo IPHAN, ainda que centralizado no Parque, não sofreu, por ato competente, qualquer revisão em virtude da alteração daqueles limites. É de ver que, embora inspirado na existência e nos motivos de criação do Parque, o ato de tombamento, que incumbiu ao IPHAN, é distinto e autônomo, independendo da constituição daquele para a valoração dos seus motivos determinantes.

De fato, a área envolvente do Parque, objeto de tombamento, permanece com os mesmos limites fixados em 1966, e há de compreender também as faixas que tenham ficado fora dos reduzidos limites daquele. A circunstância é relevante para infirmar as argüições contra a situação de vizinhança, quando tomam por base a distância entre o sítio de implantação do projeto

e o ponto mais próximo da delimitação dada ao Parque pelo Decreto de 1967.

Ora, o ato de tombamento acima mencionado não foi impugnado, neste processo, por eiva de vício formal que implicasse nulidade, como se faz, no entanto, com relação ao chamado tombamento suplementar, de 1973, de que os autos dão notícia. A só irregularidade, que naquele se aponta, é a da inobservância do artigo 13 do Decreto-lei nº 25-37, que determina a transcrição do tombamento definitivo de bens de propriedade particular, em livro a cargo dos oficiais de registro de imóveis, e a sua averbação ao lado da transcrição do domínio.

Entretanto, essa omissão, não reflui sobre a validade e eficácia do tombamento definitivo. A transcrição e averbação não constituem elementos do processo de tombamento, não o aperfeiçoam, nem condicionam os seus efeitos, senão em um plano e para fins estritos e especiais.

Com efeito, as inscrições registrárias, não tendo, de nenhum modo, o intento de constituição de direitos reais de natureza privada, visam apenas à publicidade que assegure a observância das restrições legais sobre a alienabilidade dos bens tombados e o exercício das preferências do Poder Público (arts. 12, 13 e 22, do Decreto-lei nº 25-37).

A significação desses dispositivos, no contexto da lei, dá maior razão ao entendimento que lhe atribui *Pontes de Miranda*:

"Os pressupostos para o tombamento são de direito administrativo (...) Quais são os livros de tombo, di-lo a lei administrativa. O que importa ao direito privado é a eficácia que tem, no plano do direito das coisas, o tombamento. Diz o art. 12 do Decreto-lei nº 25-37 (...). Não se disse que as obras históricas ou artísticas passariam a ser inalienáveis; apenas se deu ao tombamento, depois da transcrição em livro especial, a cargo dos oficiais de registro de imóveis, e à averbação na transcrição do título do domínio do imóvel, a eficácia de limitar o poder de dispor, que tem o titular do direito de propriedade." (in Tratado de Direito Privado, II/175).

O eventual descumprimento, pelo IPHAN, do dever de promover o registro dos bens particulares, definitivamente tombados, resulta em prejuízo de interesses das entidades públicas em exercer a preferência na aquisição deles e exonera o adquirente da obrigação de notificá-las. Mas, ainda assim, no plano do direito administrativo, o tombamento produzirá todos os seus efeitos, facultando ao IPHAN pratique, nos limites de sua competência, os atos tendentes à vigilância e proteção dos bens tombados.

É de ter-se, portanto, como pressuposto, no exame do caso, a existência legal, isto é, a validade e conseqüente eficácia do tombamento, realizado em 1966, conforme referência ao Proc. DPHAN 762-T-65, do Parque Nacional da Tijuca e área circundante acima das cotas 80 e 100. É dado oficial do órgão administrativo, cuja veracidade impõe-se reconhecer.

IV

Posteriormente ao questionado despacho do Diretor do IPHAN, e à interposição de recurso, o Conselho Consultivo do IPHAN, em sessão de 26 de junho de 1973, recomendou o tombamento dos Morros de Pão de Açúcar, Urca, Babilônia e, individualmente dos penhascos de *Corcovado, Dois Irmãos e Pedra da Gávea,* estes "que já se encontram protegidos pelo tombamento do conjunto do Parque Nacional da Tijuca, acima das cotas 80 e 100." Aduz o Diretor que "esse tombamento individual resulta na proteção desses monumentos naturais desde o sopé até o topo, o que torna mais precisa a referida proteção."

Cumprindo a decisão do colegiado, os bens foram tombados, mediante inscrição nos livros competentes. Vê-se da certidão passada pelo IPHAN, junta a fls. 49 do processo, entre outras certificações do que consta a folhas 13 do Livro de Tombo número 1 (um), o seguinte.

"Inscrição: — número cento e cinqüenta e seis; Obra: — *Penhasco Dois Irmãos;* Natureza da obra: — conjunto paisagístico; Situação: — Rio de Janeiro. Estado da Guanabara; Processo: número oitocentos e sessenta e nove-T-setenta e três; Caráter do tombamento: — *ex officio;* Data: oito de agosto de mil novecento e setenta e três."

Se esse tombamento suplementar responde a todos os requisitos de validez, não seria, todavia, de ser considerado, ao examinar-se a legalidade do despacho recorrido. Vindo depois do ato administrativo é insuscetível de integrar-se, nele, *a posteriori,* como motivo determinante. Intercorrente em fase de devolução da matéria, pelo recurso interposto, à decisão de instância superior, significa uma incomportável alteração dos termos do litígio submetido à jurisdição mais alta que tem por objeto o exame do ato impugnado, nas condições em que realizado.

Ao que parece, no entanto, dos elementos informativos do processo, o tombamento suplementar da área do Penhasco Dois Irmãos, do sopé até o topo, teria compreendido terreno de propriedade do recorrente. Ora, enquanto e no quanto isso tenha ocorrido, esse tombamento suplementar é legalmente insubsistente.

A sistemática do Decreto-lei nº 25-37 é clara e lógica no tocante ao processo de tombamento. Os bens de propriedade privada, ocorrentes os motivos para tanto, são suscetíveis de tombamento *voluntário ou compulsório,* para fins de inscrição da coisa no Livro do Tombo, consoante, respectivamente, a anuência ou a recusa do proprietário, ao ato (arts. 6º, 7º e 8º).

O tombamento *compulsório* segue *processo* que se inicia com a *notificação* ao proprietário para, no prazo de quinze dias, anuir ou impugnar fundamentalmente. Se não impugna, no prazo, tem-se como aquiescência tácita, e se procede, de logo, à inscrição. Se oferece impugnação, o Conselho Consultivo profere decisão (art. 9º, §§ 1º, 2º, 3º) e só então será inscrito.

O tombamento pode ser *definitivo ou provisório,* este àquele se equiparando para todos os efeitos. *Provisório,* é o tombamento cujo processo esteja já em curso, já iniciado pela notificação obviamente recebida. *Definitivo,* o tombamento que se perfez pela sua inscrição no competente Livro do Tombo (art. 10, parágrafo único).

Ora a inscrição, certificada nos autos, não faz menção da observância dessas pautas processuais. Informa, sim, que o tombamento teria sido procedido *de oficio.* Mas tal procedimento só é legalmente facultado quando os bens tombados pertenceram à União, aos Estados e aos Municípios (art. 5º). Os bens particulares não estão sujeitos a essa forma de tombamento, e a sua inscrição *de oficio* nem sequer constitui tombamento provisório, se não há notificação.

A inobservância das formalidades processuais importa, de conseguinte, na nulidade da inscrição certificada, no quanto envolva propriedade do Recorrente, como alegado.

Assim, por um e por outro aspecto, o tombamento suplementar não deve servir de suporte à decisão do caso, em qualquer instância.

V

Os critérios para o equacionamento da questão devem ter, portanto, como referência, que a área tombada, no sítio da obra projetada, é a indicada no Proc.

DPHAN 762-T-65 acima da cota 100, do penhasco "Dois Irmãos", e que o tombamento se deu em função e para a proteção do valor paisagístico.

Os bens tombados integram o patrimônio histórico e artístico nacional, cuja conservação é de interesse público, neles compreendidos os *monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana* (art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 45-37).

A proteção desses bens, bens culturais, é mandamento constitucional, dever do Estado, que, prevista nas sucessivas Constituições, consubstancia-se, na vigente, *in verbis:*

"Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico e artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas."

Incorporados ao patrimônio histórico e artístico nacional, pelo tombamento, recaem sob a jurisdição do IPHAN, que tem a incumbência legal de cumprir, em nome da União, sem prejuízo da atuação complementar ou supletiva dos Estados e Municípios, o dever constitucional que impende ao Poder Público.

Nesse teor, o submetimento da matéria ao órgão federal. Recebido pelo IPHAN o processo em causa, com a solicitação de pronunciamento, o seu Diretor exarou o despacho, que é o ponto de impugnação e controvérsia:

"À vista do projeto que faz parte do presente processo e do estudo apresentado a esta repartição para o empreendimento no local denominado "Chácara do Céu", no Leblon, nesta cidade, e de acordo com a informação do órgão técnico, não pode-ra, no que compete ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser aprovada a localização prevista para o Hotel, *uma vez que o volume das edificações interfere violentamente na paisagem que lhe cumpre preservar.* O programa hoteleiro poderá, contudo, ser desenvolvido na área pretendida para uso residencial, *situada em nível abaixo da cota* 100, *não devendo o coroamento das edificações componentes, no entanto, ultrapassar a cota de* 105 *metros.* No restante da área, poderão ser localizadas instalações de pequeno porte, com um único pavimento, e complementares do referido programa, desde que integrada na paisagem." (fls.).

Dados para a elucidação das razões determinantes do despacho supra, constam das informações, ao propósito transmitidas, posteriormente, ao Ministro de Estado, pelo Diretor do IPHAN, alguns de cujos trechos vão, a seguir transcritos:

'.....

3 — O local em causa, descrito no Processo de Tombamento nº 762-T-65, *está incluído em sua maior parte na área tombada, de interesse paisagístico,* denominada Parque Nacional da Tijuca e Floresta de Proteção", acima das cotas 80 e 100. Qualquer iniciativa no referido local ou em suas imediações está sujeito à aprovação prévia deste órgão, de acordo com os arts. 17 e 18 do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

4 — À vista da análise e dos estudos do projeto em causa realizados pelos técnicos do referido órgão, os interessados apresentaram novos projeto, constituído, agora, de um bloco para hotel e de mais 5 (cinco) blocos residenciais, assente, o primeiro, na cota 95 e os demais em cotas variáveis, entre 82 e 95 e com os topos na cota 160.

.....

6 — O conjunto projetado tem entretanto *dupla destinação:* turística — hotéis (1 bloco) e residencial — condomínio (4 blocos no primeiro projeto e 5 blocos

no segundo). A colocação do hotel sobre o *espigão* que desce no eixo da Av. Delfim Moreira, diante da massa granítica de Dois Irmãos, interfere na paisagem local, *quer surgindo como anteparo à frente do notável monumento natural, para quem vtm de Ipanema em direção à Avenida Niemeyer, quer perturbando o perfil da paisagem carioca mais típica.*" (fls.)

É pacífica a legitimidade constitucional das limitações impostas, por lei, ao exercício de faculdades inerentes à propriedade de bens tombados, e nem é caso de invocar os repetidos ensinamentos dos doutos sobre os fundamentos jurídicos da proposição.

Na hipótese, configurada, o IPHAN se acha atribuído do poder de polícia, limitativo do direito de construir, em função da realização do interesse público de proteção do patrimônio histórico e artístico. Para esse efeito é invocado, em correspondência legal ao despacho recorrido, o artigo 18 do Decreto-lei nº 25-37:

"Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Municipal, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça, ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a muita de cinqüenta por cento do valor do objeto."

Ocorrentes, portanto, os pressupostos para a manifestação do IPHAN, isto é, a construção em vizinhança da coisa tombada, em condições de impedir ou reduzir a sua visibilidade, a competência do órgão se exerce na sua plenitude, sem limitações ou condicionamentos opostos pela legislação local. Pretender-se que a a sua apreciação, no caso, estaria restrita à implantação das obras acima da cota 100, seria considerar apenas um dos aspectos de sua competência legal, e não aquela atribuída no artigo 18, acima transcrito, mas no artigo 17, em virtude do qual, "as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do IPHAN, ser reparadas, pintadas ou restauradas." São dois prismas diferentes, e dois preceitos diversos.

Não faria sentido, aliás, que a apreciação de um projeto integrado, de um complexo de obras, sob o prisma da ambiência paisagística e de proteção da visibilidade do bem tombado, na vizinhança, se fizesse apenas com relação à parte implantada na própria área sujeita a tombamento, e não em relação ao conjunto com reflexos sobre ela.

Presentes as circunstâncias que autorizem a intervenção do IPHAN, em defesa do patrimônio cultural, a reconhecida competência local para a licença edilícia não infirma a competência federal específica, nem o exercício desta àquela se sobrepõe senão sob o aspecto delimitado da previsão legal. Nem a isso se opõe o Estado, pois não concedeu nem poderia conceder licença à revelia daquela manifestação.

Ao invés, portanto, de um entrechoque de atuações do plano federal e do local, o que se verifica, no caso, é sua complementariedade e ajustado relacionamento. Conquanto possa e deva o poder local legislar também sobre a matéria prevista no artigo 180 da Constituição, o exercício dessa competência não tem o poder de infirmar, restringir ou condicionar à legislação federal, no que ela dispuser, e a competência, por ela deferida à administração central.

VI

O exercício da atribuição conferida ao IPHAN, pelo artigo 18 do Decreto-lei nº 25-37, somente se exerce, legitimamente, em relação a construções, no suposto de

duas condições, a se verificarem simultaneamente, a saber, a vizinhança do bem tombado e o comprometimento, por elas, de sua visibilidade, quer impedindo-a, quer a reduzindo.

São conceitos, no entanto, insuscetíveis de critérios estritos de antemão estabelecidos, em lei, com rigor sistemático. As circunstâncias é que justificarão a sua aplicabilidade, sofrendo temperamentos e matizes a fim de que se possa acomodá-los ora a um centro urbano densamente edificado, ora à ambiência de uma ampla paisagem, bem diferentes entre si.

De qualquer modo, resulta evidente que decidir sobre essas espécies consubstancia, necessariamente, um juízo técnico, uma apreciação de aspectos de fato que refogem a uma objetividade mensurável, mas que, longe de uma simples expressão de absoluto subjetivismo, é manifestação de discricionariedade, a discricionariedade técnica, própria dessa campo de atuação administrativa.

Sem dúvida, cabe ao IPHAN o poder discricionário, nos limites da lei, de ajuizar da vizinhança comprometedora e da redução ou impedimento da visibilidade, que importem em prejuízo do bem paisagistico a resguardar. A validade do seu julgamento só deve ceder diante de fatos que demonstrem um excesso de poder, erro nos motivos determinantes do seu ato. Seria preciso, para nulificá-lo, esclarecido que a construção não se erige na vizinhança do imóvel tombado, nem constitui detrimento para a visibilidade e a ambiência.

Se inexistem, no entanto, provas inequívocas que convençam da inocorrência dos motivos em que se apóia o ato impugnado, então é de seguir-se a linha de presunção de legitimidade que reveste o ato administrativo.

Esse entendimento mereceu alta elaboração em memorável voto do eminente Ministro M. A. Vilas Boas, no Supremo Tribunal Federal:

"A Constituição manda que o poder público (isto é, as autoridades administrativas) resguarde a integridade de obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico. A lei confiou essa importante tarefa, de inquestionável interesse nacional, a funcionários especializados do Ministério da Educação e Cultura.

A proteção constitucionalmente estabelecida começa com o exame dos projetos de edificação nas proximidades da coisa tombada. É, àqueles servidores, de proclamada idoneidade, que incumbe apurar, antes de tudo, se determinada construção impede ou reduz a visibilidade dessa coisa. Não é possível que o Poder Judiciário, mesmo com o propósito de realizar a eqüidade, ponha em segundo plano uma atribuição altamente conferida a órgãos de outro Poder, para fazer justiça com peritos de sua escolha.

Do ponto de vista legal e também constitucional, o critério prevalescente havia de ser o da Diretoria do Património Histórico e Artístico, pois que a lei faz da sua autorização condição *sine qua non* para o início das obras.

Poder-se-ia objetivar que, assim, o exercício do direito de propriedade ficaria subordinado à exigência descabida daquele Departamento.

Entretanto, não é correto presumir o abuso de poder e, para coibi-lo, quando se manifeste, há o mandado de segurança e outros processos judiciais adequados."

(Acórdão do STF, de 9.9.1965, *in* RTS — 35-216).

Como se vê, o erudito voto do Ministro Relator do acórdão do STF faz depender da apreciação da matéria de fato, e juízo técnico de órgãos administrativo especializados, a configuração de um abuso de poder, "que não é correto presumir." Também por isso não seria admissível, neste processo e nos limites deste parecer, pôr em dúvida os elementos factuais que informam a decisão recorrida e os critérios

de um julgamento tipicamente discricionário.

Conquanto convencido, em face dos elementos probatórios, aos fatos que justificassem o ato denegatório do IPHAN, na hipótese examinada pelo Parecer H-662, desta Consultoria-Geral, o eminente Adroaldo Mesquita da Costa conceituou em feliz síntese:

"...Não basta que a construção esteja na vizinhança da coisa tombada, é necessário que a mesma impeça ou reduza sua visibilidade. Essa vizinhança não está e nem poderia estar delimitada matematicamente. Está, entretanto, confeiçoada ao prejuízo da visibilidade da coisa tombada. Se esse prejuizo não existir, também inexiste a possibilidade de aplicação do artigo 18 do Decreto-lei nº 25, de 1937."

Acentue-se que os conceitos em causa e o conteúdo do juízo discricionário devem ser considerados em face da peculiaridade dos bens e valores a proteger, isto é, a ambiência paisagística, as belezas naturais.

Michele Cantuci lembra, no tocante à matéria que a qualificação jurídica da coisa, para fins de proteção, advém do reconhecimento da beleza natural, mas este conceito não se presta a ser definido juridicamente, nem a ser expresso de maneira precisa, como não é fácil definir-se a beleza em geral, ainda que destaque o quanto concorrem a conferir incomum beleza às vilas, parques e jardins, seja o caráter e a importância da flora, seja o ambiente, sobretudo se se encontram no perímetro de uma cidade, ou dela constituem uma atraente zona verde. Assevera o mestre da Universidade de Siena:

"La bellezza naturale è quindi nei riguardi delle bellezze di insieme, elemento ideale e materiale ad un tempo, oggetto della protezione giuridica e ad un tempo misura del complesso sul quale devono incidere le misure protettive".

E refere, em nota, julgado do Conselho de Estado IV, da Itália, cujo conteúdo corresponde às preocupações da decisão do IPHAN:

"Quando se atribuisce pregio di notévole bellezza naturale ad una montagna di mole considerevole, tale bellezza altra non può essere se non quella delle sue linee panoramiche e gli eventuali provvedimenti di tutela non possono avere altro scopo se non quello di salvaguardare l'integrità delle stesse da ogni innovazione che no possa alterare l'armonia e la bellezza". (*in* Bellezze Naturali, pág. 207).

Outro mestre de direito, Gastone Pasini, desse mesmo país onde o assunto é notável preocupação dos juristas, reforça o ensinamento de que, qualquer que seja a qualificação jurídica a atribuir-lhe, o provimento (autorização para obras) da autoridade competente, é pacífico que se deva considerar como *amplamente discricionário,* dado que, em substância, se trata de uma apreciação em ordem ao prejuízo, que pode ser causado pelas modificações requeridas, ao aspecto exterior dos bens sujeitos à tutela; apreciação indubiamente deixada à *discricionariedade técnica* da Administração Pública. Os provimentos da autoridade devem, obviamente, ser motivados com base em apreciação de ordem estética e paisagística, sendo exclusivamente sob esse ângulo visual que é realizado o regime de proteção. E concluiu que a negativa de autorização exaure a sua eficácia nos confrontos do projeto apresentado, mas não preclui a apresentação de ulteriores projetos a que a autoridade apreciando a compatibilidade com o interesse público, possa consentir na realização (Cir. *La Tutela Delle Bellezze Naturali,* pág. 46 e segs.).

VII

Pendente de apreciação o recurso, nesta Consultoria-Geral, como já se relatou, disse o interessado pretender apresentar novo

projeto, implantado abaixo da cota 100, com o que também pretedeu excluir a competência do IPHAN para vir a apreciá-lo.

Entretanto, entende o mesmo órgão indispensável a sua audiência a respeito de construção, na "Chácara do Céu", quer na área tombada, quer na sua vizinhança, o que diz, na verdade, com os artigos 17 e 18 do Decreto-lei número 25-37.

A nova colocação ainda não tem, no entanto, sob qualquer aspecto, cunho de definitividade, pois é de crer que o novo projeto, primeiramente, deva ser submetido à autoridade local, pois, diverso do outro, supõe necessariamente uma nova apreciação.

Por outro lado, a competência também aqui invocada pelo IPHAN não tem e não poderia ter, *in abstracto*, o caráter de prejulgamento quanto ao ato que lhe caiba praticar, pois não basta a vizinhança, mas o prejuízo da visibilidade, que induz e qualifica a vizinhança. Só à vista de uma formulação concreta poderá dizer da ocorrência ou não desses pressupostos e, ocorrentes, conceder ou não autorização, segundo a margem de sua apreciação discricionária, ou ainda, caso inocorrentes, demitir-se da competência que inexistiria. Será, portanto, inadimissível a pré-exclusão da competência do IPHAN, nesse caso e nas condições mencionadas, falecendo ao parecer jurídico dados e razões que permitam-no antecipar-se às escalas administrativas competentes, na apreciação de fatos e elementos por vir.

Resta, no entanto, o auspicioso registro de que as posições conflitantes convergem num sentido conciliatório, permitindo a realização de apreciável empreendimento de valor turístico, sem detrimento do interesse público, representado na proteção do bem paisagístico, regularmente tombado.

Com efeito, em ofício endereçado ao Senhor Ministro da Educação e Cultura, em 8.10.1974, dizia o Diretor do IPHAN:

"Ressalto ainda que a posição do IPHAN não é contrária à construção de um hotel na área conhecida como "Chácara do Céu", mas tão-somente nas condições em que a mesma é pretendida. Observadas as restrições estabelecidas, nada impede o empreendimento turístico a que se propõe o interessado (fls. 140)."

Na mesma data, 8.10.1974, o industrial Sanchez Galdeano endereçara requerimento ao Titular da Pasta, assim concluindo o seu arrazoado:

"Finalmente, Senhor Ministro, esclarecidos os fatos, pedimos licença para informar a Vossa Excelência que estamos reformulando o projeto, adaptando-o à paisagem, como recomenda o IPHAN. Nesse sentido, vamos apresentar novo plano, exclusivamente dentro da filosofia do referido instituto, o qual converterá o local em "village" de rara beleza, capaz, mesmo, de competir com os locais internacionais mais famosos no campo do turismo mundial (Anexo MEC-252617, fls. 7)."

Enquanto isso, o Diretor-Geral do DAC, a que se subordina o IPHAN, ao remeter ao Ministro o último pronunciamento do órgão, sugeria informar-se.

"... ao interessado da necessidade legal de submeter o projeto da obra à aprovação prévia do órgão federal competente, contra a qual nada haverá a argür desde que está respeitado, — como concordou o interessado — o limite da cota 100 para a obra em causa (fls. 151)."

VIII

1. É de concluir, portanto, que o ato emanado do Diretor do IPHAN, objeto do recurso, não exorbitou da competência legal do órgão, situando-se no âmbito da apreciação discricionária que a lei lhe confere. A impugnação, nele contida, à construção projetada, se firmou na verificação dos suportes legais, a vizinhança do bem regularmente tombado, de caráter paisagís-

tico, e o prejuízo da visibilidade, o comprometimento da ambiência.

2. A apreciação constante daquele despacho se fez, justificadamente, com a amplitude reclamada pela composição integrada do projeto e pela natureza do patrimônio a proteger, de caráter paisagístico, não podendo a competência e o ato de IPHAN ser delimitados ou condicionados por despacho da autoridade local, nem importando a sua atuação específica em detrimento do poder edilício quanto ao licenciamento de obras.

3. As limitações impostas, com apoio em lei e ao amparo da Constituição, não restringem, em caráter absoluto, o uso da propriedade, nem esvaziam o seu conteúdo econômico, permitindo a sua utilização, de acordo com os parâmetros competentemente estabelecidos à base de juízos técnicos e no legítimo exercício do poder de polícia.

4. O deslocamento da implantação da obra para abaixo da cota 100 em que, em parte, já anteriormente se situaria, não importa, só por si, no afastamento da incidência do art. 18 do Decreto-lei nº 25-37, o que só poderá dizer, em concreto, não havendo, portanto, como pré-excluir-se, pelo simples fato, a competência do IPHAN para apreciar o respectivo projeto, ainda a ser apresentado.

Inocorrem, de conseguinte, razões para o provimento do recurso.

Brasília, 23 de janeiro de 1975. *Luiz Rafael Mayer*, Consultor-Geral da República.