PARECERES

PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL — TOMBAMENTO — NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO — REGISTRO — NULIDADE

— A competência conferida ao serviço federal para o tombamento de bens, não exclui a de serviços congêneres instituídos para o mesmo fim, pelos estados e municípios.

— O tombamento oneroso exige a desapropriação com o pagamento da justa indenização em dinheiro.

— Atos arbitrários e, portanto, nulos, não podem prosperar.

PARECER

I

Em 20 de março de 1970 o Ex.mo Sr. Governador do Estado da Guanabara (Embaixador F. Negrão de Lima) concordou com o parecer emitido pelo Senhor Secretário de Obras Públicas (Engenheiro R. P. Paula Soares) favorável ao licenciamento de um conjunto integrado composto de hotel, prédios de apartamentos, centros comercial, cultural e social no local conhecido como Chácara do Céu, situado no bairro do Leblon.

O parecer do Senhor Secretário considerou vários aspectos do empreendimento e estabeleceu as condições para a sua realização, com referência à prioridade da construção do hotel, área para estacionamento de veículos, vias de acesso, aproveitamento previsto de apenas 10% do terreno, demonstração de capacidade técnico-econômica e financeira do empreendedor, mudança do local destinado ao reservatório de água.

II

A Embratur — Empresa Brasileira de Turismo, em ofício de 21.2.72, manifestou-se no sentido de que o projeto merecia a sua simpatia "pelo reflexo que terá em favor do desenvolvimento turístico e da economia nacional".

III

A Secretaria de Turismo, aos 28.2.72, também abonou o empreendimento, que mereceu dela "parecer amplamente favorável", e para o Rio grande valor turístico e urbanístico, acrescentou: No caso, a associação de empresa estrangeira a um projeto brasileiro "trará inestimável colaboração ao turismo e à economia da Guanabara e do Brasil".

IV

Submetido novamente o assunto à consideração do Ex.mo Sr. Governador, na ocasião Dr. A. P. Chagas Freitas, S. Ex.a, em 10 de novembro de 1972, exarou despacho, *in verbis*:

"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 à 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" (*Diário Oficial*, Parte I, 20.11.72, p. 16.971).

V

Aprovado o projeto, como de natureza especial, pela administração estadual, depois de ouvidos os órgãos técnicos e auxiliares diretos dos Ex.mos Srs. Governadores Negrão de Lima e Chagas Freitas foi solicitado, todavia, o pronunciamento do órgão federal — IPHAN — para cumprimento das exigências da legislação federal "no que se refere à parte da obra acima da cota 100".

Em 22.1.73, o sr. diretor do IPHAN, sem nenhuma observação pelo despacho do Senhor Governador do Estado, ao em vez de opinar em relação à parte da obra para implantação acima, da cota 100, exorbitando, manifestou-se no sentido de que as edificações ater-se-iam ao coroamento de 105 metros.

Assim, a pretexto de preservar a paisagem, o sr. diretor do IPHAN teceu considerações outras, sobre o desenvolvimento do programa hoteleiro, instalações de pequeno porte, ou complementares, integradas na paisagem. Evidentemente o Ex.mo Sr. Governador do Estado não pediu ao órgão federal opinião sobre o programa em si mesmo, porque a matéria é da órbita administrativa local e já havia sido aprovada com ressalva da legislação federal e da limitação da cota 100.

Posteriormente (27.6.72), o sr. diretor do IPHAN, reprotando-se ao Decreto *E* n.º 5 456, de 26.5.72, baixado pelo Ex.mo. Sr. Governador, informou ao Departamento de Edificações da Secretaria de Obras "que a área tombada referente ao parque Nacional da Tijuca e Florestas de proteção permanece a mesma descrita no processo respectivo e objeto da notificação n.º 332/66, sem que em nada tenha sido alterado pelo Decreto n.º... 60.183/67. que diz respeito tão-somente aos limites do parque Nacional da Tijuca".

VI

Da decisão do sr. diretor do IPHAN recorreu o interessado para o Sr. Ministro da Educação e Cultura. Alegou que o despacho recorrido invadiu a órbita da competência das autoridades estaduais às quais cabe dizer do projeto, no que respeita às normas edilícias e ao direito de construir assegurado no art. 572 do Código Civil.

Ao órgão federal, acrescentou, no caso concreto incumbe velar pela proteção da área tombada, ou seja, o Parque Nacional da Tijuca e florestas adjacentes, conforme os limites estabelecidos no Decreto n.º 60 183, de 1967, fora das quais se encontra o terreno destinado à construção projetada. Quando à limitação da cota 100 esclareceu que a edificação acima não é vedada, mas somente disciplinada pelos regulamentos estaduais (art. 140 do Decreto *E* n.º 3 800, de 20.4.1970).

Por outro lado, prosseguiu o recorrente, a área em causa não é limítrofe de estabelecimento militar e foi classificada como zona de turismo classe *A* pelo Governo do Estado. A sugestão de edificar-se prédio de um único pavimento, ou de coroamento

abaixo da mencionada cota (cinco metros) mostra, à evidência, o desacerto e a exorbitância do alvitre do órgão federal, comenta, ainda, o recorrente, para concluir pela incompetência do mesmo e arbitrariedade de sua sugestão. Reduzida a utilização da área, tal como foi aconselhado, estaria esvaziado o seu conteúdo econômico e caracterizado o aspecto confiscatório do despacho recorrido.

A viabilidade do projeto, com aproveitamento de parcela mínima do terreno, se justificar ante as obras de infra-estrutura, pela sua grandiosidade e embelezamento do conjunto que, uma vez mutilado, arbitrariamente, por autoridade incompetente, se torna economicamente prejudicado, disse o recorrente.

VII

Sobre a recurso manifestou-se o sr. assistente jurídico junto ao IPHAN. Procurou justificar a atitude deste órgão, invocando os arts. 17 e 18 do Decreto-lei n.º 25, de 30.11.37, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O primeiro dispositivo diz respeito à defesa de bem tombado atento à sua integridade (destruição, demolição ou mutilação), o que não ocorre; o segundo submete à autorização prévia do IPHAN qualquer construção na vizinhança da área tombada que lhe "impeça ou reduza a visibilidade" ou, ainda, a colocação nela de cartazes ou anúncios. A área em apreço, por força de recomendação do IPHAN, está dentro das cotas 80 e 100 (reunião de 6.9.66) como acrescida ao Parque Nacional da Tijuca, como floresta de proteção ao mesmo (Processo IPHAN n.º... 762.T.65).

O Decreto *E* n.º 3 800, de 1970 e o Decreto *E* n.º 5 456, de 26.5.72, ambos do Estado da Guanabara, alargaram as áreas da reserva florestral e da proteção paisagística, de modo a abranger os terrenos em questão, exceto quanto ao licenciamento de hotéis (art. 3, letra *C*, do Decreto *E* n.º 3 456, de 1972), sustentou, ainda, o sr. assistente do IPHAN.

VIII

Antes de decidido o recurso pelo sr. Ministro, o IPHAN tombou a própria área destinada à realização do projeto, sem ouvir a parte interessada, conforme prevê expressa disposição legal.

Esta decisão, tomada em sessão de 26.6.74, atingiu os morros do Pão de Açúcar, Urca, Babilônia e os penhascos do Corcovado, Pedra da Gávea e Pedra Dois Irmãos, *desde o sopé até o topo*, a despeito de já estarem os mesmos protegidos pelo tombamento, em conjunto, do Parque Nacional da Tijuca, acima das cotas 80 e 100.

IX

Determinou, então, o Sr. Ministro, a audiência do Sr. Consultor Jurídico do Ministério. Acentuou o ilustre opinante, de início, que a proteção constitucional (art. 180 e parágrafo da Constituição e Emenda n.º 1) do patrimônio histórico e artístico, compreendendo documentos, obras, locais, monumentos e paisagens, compete tanto à União como aos estados e municípios, mas observou:

"A competência federal deve ser delimitada, de modo a respeitar o peculiar interesse dos estados e dos municípios, sempre com *primazia* do interesse nacional." Recordou o parecer da douta Consultoria-Geral da República de 5.5.61, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, pela cassação do tombamento, pelo mesmo órgão federal, do Parque Lage, situado na Guanabara a cujo governo se deveria deixar livre de preservar o referido Parque mediante declaração de utilidade pública,

para fins de desapropriação, da área em que está localizado.

Em abono desta orientação (que, aprovada pelo Chefe da Nação se tornou normativa para os órgãos federais,) invocou o art. 10 do Decreto-lei n.º 200, de... 25.2.67 (Reforma Administrativa) que determina, como regra de descentralização, a transferência de programas federais, para órgãos estaduais "incumbidos de serviços correspondentes (proteção de monumentos e paisagens)".

Com relação à competência do ministro, como autoridade hierarquicamente superior aos órgãos e conselhos que compõem os ministérios, citou, ainda, o parecer da douta Consultoria-Geral da República, de 9.5.72, aprovado pelo Chefe da Nação, para concluir que a eficácia das decisões dos órgãos colegiais depende da homologação ministerial.

A propósito de outros tombamentos que suscitaram controvérsias, no plano administrativo e no judiciário, repetiu a advertência da ilustrada Consultoria-Geral, aprovada pelo Chefe da Nação, em 8.6.65, segundo a qual:

"Se o tombamento importa no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade o Estado deve pagar a indenização correspondente ao seu valor, como ocorre na desapropriação por utilidade pública."

Comentou, o mesmo consultor, que o parecer em causa da Consultoria-Geral foi dado com base em subsídios e argumentos que expendi, a propósito de tombamento então impugnado (Pico do Itabirito) e que está publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 67, p. 248; idem, parecer que emiti em 22.2.72 a propósito do caso da Chácara da Gávea (construção vizinha à área tombada — o Parque Nacional da Tijuca) também publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 108, p. 429).

Finalmente, a propósito do recurso em exame, denunciou o sr. consultor do Ministério que não foram observados o art. 9.º e seus parágrafos do Decreto-lei n.º 25, de 1937, que determinam a *notificação* do proprietário para aceitar ou impugnar o tombamento de seus bens. E acrescentou:

"A ausência de uma formalidade esencial torna nula a decisão administrativa."

Denunciou, igualmente, a falta de averbação do tombamento do registro de imóveis, tal como o determina o art. 13 do Decreto-lei n.º 25, de 1937.

Quanto ao interesse econômico do proprietário da área ora tombada, comentou ser "evidente que a execução do plano Integrado Chácara do Céu, para ter condições de viabilidade econômica, não pode suportar seu seccionamento de modo a realizar apenas a construção do hotel de gabarito internacional. O tombamento do penhasco Dois Irmãos, desde o sopé até o topo, nos moldes em que foi realizado, constitui terrível ônus que desvaloriza a propriedade".

Em conclusão, o ilustre consultor reafirma que a tese de que ao ministro cabe homologar as decisões dos órgãos caso lhe sejam submetidas para que se tornem exeqüíveis; mas, havendo recurso previsto em lei da decisão do IPHAN para o Presidente da República (Decreto-lei n.º 3 866, de 29.11.41), faz-se mister, no caso, a audiência da douta Cousultoria-Geral da República. Depois de recordar outros aspectos da controvérsia todos contrários ao procedimento do órgão federal, como o respeito ao peculiar interesse do Estado e à ausência (insanável) da notificação do proprietário do bem tombado, assim concluiu o seu minucioso parecer:

"Uma vez anulado o tombamento, seja pelo interesse público em jogo (fundamento do despacho do saudoso Presidente Castelo Branco), seja nulidade do processo (ausência de notificação do proprietário), fica ressalvado ao Estado da Guanabara a desapropriação do imóvel ou a realização do plano Integral da Chácara do

Céu, sem as limitações pretendidas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional."

X

Com esta instrução, foi o expediente submetido à douta Consultoria-Geral da República para opinar, em grau de recurso, sobre o despacho do Sr. Diretor do IPHAN, impondo restrições à realização do projeto, já aprovado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado (salvo quanto à limitação à cota 100) e ao posterior tombamento de toda a área, sem observância de formalidades essenciais.

XI

Sobre os termos da controvésia e o mérito do recurso, solicitou-me o interessado parecer jurídico, que passo a emitir, especialmente sobre a discriminação de atribuições entre órgãos da administração estadual e a federal e os efeitos ruinosos para o proprietário da usurpação de poderes verificada através de tombamento, feito à sua revelia e em conseqüência o risco do empreendimento já considerado de interesse para o turismo e a economia nacional.

XII

Parecem-me procedentes as questões suscitadas pela Consultoria Jurídica do Ministério.

A Constituição vigente manteve o regime federativo (art. 1.º) e dispôs que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a federação e a república (art. 47 § 1.º).

No art. 13 § 1.º estabeleceu que "aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição"; aos municípios, como apanágio de sua autonomia, assegurou "a organização dos serviços públicos locais" (art. 15, II, *b*).

Esta regra fundamental do federalismo brasileiro, a despeito da evolução do regime, deve inspirar o intérprete quando surgirem conflitos a propósito da delimitação das áreas da competência e de atribuições, conferidas aos órgãos das administrações federal, estadual e municipal.

Assim, a competência da União para legislar sobre o cumprimento da Constituição e a execução dos serviços federais (art. 8, n.º XVII, *a*), não faculta a invasão ou usurpação da órbita administrativa que a mesma Constituição reservou aos estados e municípios.

Uma fórmula de cooperação ficou expressa no art. 13 § 3.º quando dispõe que "a União, os estados e os municípios poderão celebrar convênios para a execução de suas leis, estaduais ou decisões por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais".

No plano legal esta forma de descentralização da execução das atividades da administração federal foi preconizada, de maneira enfática, pelo art. 10 § 5.º do Decreto-lei n.º 200, de 25.2.67, que estabeleceu as bases da administração nacional e as diretrizes para a reforma administrativa.

Pela relevância da tese esposada em texto normativo da mais alta relevância, vale transcrever o preceito:

Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos dos serviços correspondentes.

No caso em exame, de proteção aos monumentos e das paisagens naturais notáveis (art. 180 e seu parágrafo único), a competência é concorrente. Não só a União, como os estados e municípios podem

exercê-la, por órgãos próprios, com atribuições definidas na respectiva legislação.

Como o direito de propriedade está em causa, e deve ser assegurado, cabe à União legislar sobre a matéria, no que toca às restrições que entender de estabelecer para que tal proteção se torne eficaz (direito civil, desapropriações, processo civil, etc. — art. 8 n.º XVII — *b*).

A competência legislativa, entretanto, tem os seus limites balizados pelo próprio texto constitucional (regime federativo, poderes reservados aos estados, organização dos serviços públicos locais pelos municípios) e não autoriza o *exercício* por parte de autoridades federais de atividade que por sua natureza cabem a funcionários estaduais e municipais.

A usurpação, por invasão, no plano executivo, interessa não só às entidades de direito público mencionadas, mas também aos cidadãos atingidos em seus direitos pelas práticas abusivas.

No art. 153 da Constituição são enumerados os direitos e garantias individuais; entre estes cabe mencionar o princípio da legalidade, própria do Estado de direito (§ 2.º) à proteção dos direitos adquiridos (§ 3.º); o controle jurisdicional de qualquer lesão de direito individual (§ 4.º), o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder" (§ 21), o direito de propriedade, salvo os casos de desapropriação (§ 22).

Além destes direitos e garantias a Constituição não exclui outros "decorrentes do regime e dos princípios que ela adota" (§ 35).

XIII

Assim, a competência conferida ao serviço federal para o tombamento de bens, não exclui a de serviços congêneres instituídos para o mesmo fim, pelos estados e municípios. Na Guanabara tal serviço foi regulado no Decreto-lei n.º 2, de.. 11.4.69.

E, após a vigência do Decreto-lei n.º 200, de 1967, nos termos do art. 10 § 5.º, a norma de descentralização impõe a delegação, pelo órgão central, aos de caráter local, o expediente do tombamento de bens de interesse particular.

No caso em exame, o serviço federal não só ignorou tal preceito normativo, invocando dispositivos do Decreto-lei n.º 25, de 1937, já obsoleto, para ampliar as áreas tombadas, abrangidas pelo Parque Nacional da Tijuca (Decretos federais n.os 50 923, de 6.6.61 e 60 183, de 8.2.67) para neles incluir sítios adjacentes que são marcos da paisagem local (Pão de Açúcar, Urca, Babilônia (morros) e Corcovado, Pedra de Gama e Pedra Dois Irmãos (penhascos) fazendo-o de forma integral, do sopé ao topo, com pesados ônus para a propriedade privada, economicamente aproveitável, localizada nas fraldas dos referidos monumentos naturais.

Não só praticou tombamento que por suas características caberiam ao órgão estadual, de atribuições congêneres, como deixou de observar preceitos da própria legislação federal (notificação do proprietário) e a delegação do programa de proteção de monumentos paisagísticos locais (art. 10 § 5.º do Decreto-lei n.º 200, de 1967).

E foi além: pretendeu modificar o projeto já aprovado pelo Governo do Estado, no exercício de sua atribuição privativa de licenciar construções civis, aconselhando edificações de porte reduzido (cinco metros) incompatíveis com o projeto aprovado e impugnando outras quanto à sua destinação, como se lhe coubesse interpretar a executar leis locais, como poder hierarquicamente superior, em instância administrativa inexistente e incompatível com o regime federativo e os poderes reservados aos estados e aos municípios.

XIV

Como acentuou o próprio consultor jurídico do Ministério, o órgão federal, havendo sido interposto recurso de ato de seu diretor para o ministro, decidiu pelo *novo tombamento* antes que aquele fosse conhecido, para agravar e onerar a situação do recorrente, tornando econômicamente inviável o seu empreendimento.

XV

Convém recordar, a propósito do abuso de poder por parte do IPHAN que, pelo art. 85 n.º 1 da Constituição, cabe aos ministros de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e que, segundo o art. 19, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, "todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, salvo os que enumera (art. 32) idem, art. 20 e seu parágrafo único".

Foi esse poder de supervisão do ministro a ser exercido mediante a apreciação do recurso interposto que o IPHAN procurou frustrar procedendo ao tombamento suplementar, com vício insanável.

O recurso *direto* da decisão do IPHAN para o Presidente da República, previsto no Decreto-lei n.º 3 365, de 21.6.41, sem a possibilidade do Ministro de Estado apreciar o tombamento, é hoje destoante com o princípio constitucional e legal da *supervisão* ministerial (art. 85 n.º I da Constituição e art. 19 do Decreto-lei n.º 200, de 1967).

A instância ministerial não deve ser suprimida, de vez que o IPHAN não está incluído entre os órgãos diretamente subordinado ao Presidente da República (art. 32 do Decreto-lei n.º 200, de 1967) e nem foi a matéria avocada pelo Presidente da República (art. 170 do Decreto-lei n.º 200, de 1967); todavia, foi o próprio Sr. Ministro que preferiu submeter ao Chefe da Nação a decisão de toda a controvérsia.

XVI

Quanto ao mérito do recurso, está com o bom direito, ao meu parecer, e conclusão do Sr. Consultor Jurídico, de ressalvar ao Estado na expropriação do imóvel ou a realização do plano Integrado da Chácara do Céu, *sem as limitações pretendidas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*".

Aliás, o tombamento oneroso exige a desapropriação com o pagamento da justa indenização em dinheiro; não seria aconselhável tal providência, assumindo a União o encargo, quando o próprio Estado optou pela realização do empreendimento, pela voz de dois Governadores.

Ficarão, desta forma, sem efeito as intromissões do órgão federal na competência das autoridades locais para conceder o licenciamento, cabendo-lhe somente opinar sobre a parte da obra porventura solicitada para implantação acima da cota 100.

Com o provimento do recurso já agora na alçada presidencial a usurpação de atribuições, o abuso de poder, a vigência de um tombamento sem observância da formalidade essencial, a aplicação ao empreendimento de interesse público, deixarão de existir, como manda a Constituição e prescrevem as legislações federais e estaduais sobre a matéria.

É o que me parece.

S.M.J.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 1974.

Carlos Medeiros Silva, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

PARECER

I

Em parecer anterior (29.1.1974), emiti opinião sobre o licenciamento de obra no

local conhecido como Chácara do Céu, no Bairro do Leblon, no Rio de Janeiro.

Relatei e comentei a tramitação do respectivo processo nas instâncias administrativas estadual (despachos governamentais e na federal (tombamentos), bem como a manifestação do ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Educação e Cultura.

Procurei encontrar, na legislação pertinente, a solução jurídica para o caso corcreto. Impressionaram-me os abusos e desvios de poder praticados pelo instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) que, aliás, já haviam sido denunciados pela ilustre Consultoria Jurídica do MEC.

Disse, a propósito, que, no caso em exame, o serviço federal não só ignorou preceito normativo, o art. 10, § 5.º, do Decreto-lei n.º 25, n.º 200, de 1967, para invocar dispositivos do Decreto-lei n.º 25, de 1937, já obsoleto, para ampliar as áreas tombadas, abrangidas pelo Parque Nacional da Tijuca (Decreto federais n.º 50 923, de 6.6.61 e 60 183, de 8.2.67) e nelas incluir sítios adjacentes (Pão de Açúcar, Urca, Babilônia (morros) e Corcovado, Pedra da Gávea e Pedra Dois Irmãos (penhascos), fazendo-o de forma integral, do sopé ao topo, com pesados ônus para a propriedade privada, economicamente aproveitável, localizada nas faldas dos referidos acidentes geográficos.

Não só praticou tombamentos que, por suas características, caberiam ao órgão estadual, de atribuições congêneres, como deixou de observar preceitos da própria legislação federal (notificação do proprietário), bem como a delegação do programa da proteção de monumentos paisagísticos locais (art. 10, § 5.º do Decreto-Lei n.º 200, de 1967).

E, foi além: pretendeu modificar o projeto já aprovado pelo Governo do Estado, no exercício de sua atribuição pritativa de licenciar construções civis, aconselhando edificações de porte reduzido incompatíveis com o projeto aprovado e impugnando outras quanto à sua destinação, como se lhe coubesse interpretar e executar leis locais, no uso de um poder hierarquicamente superior, em instância administrativa inexistente, incompatível com o regime federativo e os poderes reservados aos estados e municípois.

Quanto ao mérito da controvérsia, disse que o bom direito estava na conclusão do parecer do Sr. consultor jurídico do MEC de ressalvar ao Estado "a desapropriação do imóvel ou a realização do plano Integrado da Chácara do Céu, sem as limitações pretendidas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional".

E, acrescentei: *aliás, o tombamento oneroso exige a desapropriação com o pagamento da justa indenização em dinheiro; não seria aconselhável tal providência, levando a União a suportar pesado e injustificável encargo, quando o próprio Estado optou pela realização do empreendimento, pela voz de dois governadores.*

Comentei as intromissões do órgão federal na competência das autoridades locais para conceder o licenciamento cabendo-lhes, somente, opinar sobre a parte da obra acima da cota 100.

Finalmente, sugeri o provimento do recurso já agora na alçada presidencial, fazendo cessar a usurpação de atribuições, o abuso de poder, a vigência de um tombamento sem observância de formalidade essencial, como manda a Constituição e prescrevem as legislações federal e estadual sobre a matéria.

II

Decorridos 10 meses, volta o consulente à minha presença, para solicitar um aditamento ao parecer anterior, fornecendo novos esclarecimentos sobre o caso, inclusive a tramitação do processo administra-

tivo, ainda não despachado na instância superior.

Ofereceu-me, para ilustração da matéria, parecer do eminente jurisconsulto Themístocles Brandão Cavalcanti, datado de 30 de abril de 1974, que assim termina:

"Eis porque o direito do consulente se me afigura digno de amparo não só porque tem a sua propriedade legítima mas porque as limitações e proibições que se lhe impuseram não obedeceram às exigências legais, o que as tornam ilegítimas. Houve, por outro lado, falta de atenção aos limites da competência do governo do Estado, na apreciação do projeto.

Tanto quanto se acha na minha competência profissional para apreciar a matéria, o tombamento excedeu à medida da competência e dos critérios legais a que deve obedecer o órgão federal."

III

À parte deste eloqüente pronunciamento, outro também me foi oferecido, o do ilustre homem público e antigo Consultor-Geral da República, Dr. Antônio Balbino, datado de abril de 1974. Em resposta a quesitos objetivos, respondeu o eminente parecerista que "o despacho do Sr. Diretor do IPHAN tornou-se insustentável pelo vício insanável da incompetência *ratine materia;* que, pelo absurdo de tal decisão, a União ficará sujeita ao pagamento de todas as indenizações pelos prejuízos resultantes; que "o IPHAN, na hipótese, somente poderá opinar sobre a parte da obra que, pelo proprietário da área, for implantada acima da cota 100 e sendo incontestável que toda a obra abaixo dessa cota não dependerá de aprovação do IPHAN e estará sujeita, em termos legais, apenas ao alvará a ser expedido pela autoridade local competente"; finalmente, que "o tombamento suplementar" intempestivo e desrespeitoso às normas da legislação pertinente, não tem condições de sobrevivência legal, sujeitando a União, caso contrário, a indenizar o proprietário não somente o valor do terreno como, também, as despesas já realizadas com sua iniciativa e os lucros cessantes com o impedimento imposto."

IV

Em 23 de julho de 1974, o interessado houve por bem manifestar sua concordância em reformular o seu projeto, dentro da autorização já concedida pelo Exmo. Sr. Governador do Estado (D.O. de .. 20.10.72).

Sobre a nova modalidade do empreendimento, foi ouvido o IPHAN que, por seu Diretor (18.10.74), manteve "em todos os seus termos, seu pronunciamento anterior", depois de ouvido o Conselho Consultivo do mesmo órgão (5.10.74).

Deve ser, ainda, levado em consideração que o Decreto n.º 60 183, de 8.2.67, que modificou os limites do Decreto n.º 50 923, de 6.7.61, teve, como finalidade, alterar os limites do Decreto n.º 50 923, de 6.7.61, com precípua finalidade de liberar áreas circundantes da cidade, cujo aproveitamento permitiria seu desenvolvimento. Na vigência do Decreto n.º 50 923, de 6 de julho de 1961, a Chácara do Céu, próxima dos limites do então Parque Nacional do Rio de Janeiro, constituía área de proteção do Parque Nacional do Rio de Janeiro. Alterados os limites pelo Decreto n.º 60 183, de 8.2.67, essa área, rigorosamente dentro do espírito desse decreto, passou a fazer parte das áreas liberadas que previam o crescimento da cidade como se constata da Certidão do IBDF, que certifica estar a área da Chácara do Céu totalmente fora do Parque Nacional da Tijuca. O IPHAN, não obstante, com desrespeito à letra e ao espírito do decreto do então Presidente Castelo Branco, continua considerando áreas de proteção àquelas que circundaram o antigo decreto,

impondo, ilegal e arbitrariamente, dificuldades a seu aproveitamento.

E, a propósito, ainda, da nova delimitação das áreas, aspectos que o IPHAN se obstina em não acatar, observa-se que o tombamento suplementar da parte abaixo da cota 100 (em 26 de junho de 1973) foi levado a efeito pelo IPHAN, tendo ciência de que, pelo Decreto n.º 60 183, de 8 de fevereiro de 1967, a área acima da cota 100, antes considerada circundante pelo Decreto n.º 50 923, de direito, ficou liberada, cabendo ao Estado decidir quando e como de seu aproveitamento.

Tudo indica que o IPHAN, conhecendo os novos limites do Decreto n.º 60 183, recorreu àquele tombamento suplementar *a posteriori* do despacho do governador, como única forma de colocar a área sob seu arbítrio e dependência.

Finalmente, comprova-se, por planta aferida e autenticada pelo Parque Nacional da Tijuca, que os limites desse Parque distam, da Chácara do Céu, em linha reta e dos pontos mais próximos, dois quilômetros e meio. A alegação de "vizinhança" a que se apegou, em derradeiro, o IPHAN, cai por terra, sem sombra de qualquer dúvida razoável.

V

Isto posto, passo a emitir minhas conclusões.

As questões jurídicas suscitadas pelo consulente e abordadas nos pareceres oferecidos à consideração do órgão administrativo não tiveram solução.

Ainda que não tivessem sido reduzidos, como o foram, os limites do Parque Nacional da Tijuca pelo Decreto n.º 60 183, de 8 de fevereiro de 1967, mesmo assim, convém repetir que os tombamentos relacionados com as cotas 80 e 100 não foram inscritos no Registro de imóveis, conforme determina o art. 13 do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Esta omissão importa na nulidade, de pleno direito, dos referidos tombamentos.

O segundo tombamento se procedeu sem notificação do proprietário e com o evidente propósito de frustrar a nova delimitação do Parque Nacional da Tijuca.

Invoca-se o art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, que estende, a terceiros, os efeitos do tombamento. No referido dispositivo legal se exige a autorização do IPHAN para o licenciamento de construções na vizinhança de áreas tombadas.

Já tive oportunidade de fazer observações e críticas a tal preceito. De fato, não se define por critérios mensuráveis o que seja "vizinhança de coisa tombada", nem se dá a noção do grau do impedimento ou redução de visibilidade (*Rev. de Direito Administrativo*, v. 108, p. 429 e seg.).

No caso em exame, a construção projetada ficará a 2 500 metros dos limites da coisa tombada (Parque Nacional da Tijuca), considerando-se que o segundo tombamento abrangendo todas as áreas adjacentes da Pedra Dois Irmãos, onde há propriedade privadas, também é *nulo* pela ausência de notificação dos respectivos proprietários e não-observação de outras formalidades legais (art. 13 do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937).

A atitude do IPHAN (tombamento suplementar, invocação da vizinhança, etc.), conforme já foi comentada, teve todas as características de um *ato arbitrário* com a agravante de frustrar o direito de propriedade do consulente.

Em longos pareceres, já publicados, tive oportunidade de fazer a distinção entre atos discricionários e atos arbitrários. Enquanto que, no primeiro caso, a administração fica vinculada a certos pressupostos e pode incorrer em abuso de poder, no segundo (atos arbitrários), é a eiva de *nulidade* que fulmina o ato malsinado (*Revista de Direito Administrativo*, v. 104, p. 361 e v. 112, p. 415).

Parece-me que a controvérsia, no plano jurídico, está suficientemente esclarecida; também a matéria de fato ganhou novas dimensões com a comprovação de que a área em questão dista dois quilômetros e meio do Parque Nacional da Tijuca, segundo a sua nova delimitação (plantas autenticadas pelo Parque Nacional da Tijuca).

Já é tempo das autoridades superiores decidirem o assunto, afastadas, por improcedentes e injurídicas, as restrições pretendidas, de modo arbitrário contrário à Lei, pelo IPHAN., órgão consultivo que se arroga poderes absolutos na apreciação do caso em exame.

Mantenho meu parecer anterior, cujas conclusões foram também sustentadas por eminentes jurisconsultos, em nada afetados pela última resolução do IPHAN e complementadas por elementos de fato trazidos ao debate pelo consulente (nova delimitação do Parque, reformulação do projeto implantando a construção totalmente até o limite da cota 100, como faculta a autorização do Estado, etc.).

Atos arbitrários e, portanto, *nulos*, não podem prosperar, máxime, quando o assunto se encontra sob a apreciação de órgãos dos graus superiores da hierarquia administrativa, federal e estadual.

É o que me parece.

S.M.J.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1974.

Carlos Medeiros Silva, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal