

PARECER Nº 2/80-SLC

Tombamento. Impossibilidade de entidades políticas menores tombarem bens do domínio de entidades políticas maiores. Reiteração do ponto de vista da PG.

Senhor Procurador-Geral

1. Volta à apreciação desta Procuradoria Geral a questão do tombamento de bens do domínio da União pelos Estados ou Municípios e de bens do domínio dos Estados pelos Municípios.

Sob a alegação de que as manifestações anteriores da Procuradoria Geral não têm caráter normativo, pede-se novo pronunciamento à vista dos pareceres de fls. 32/37 e 39/54 e do Aviso ministerial de fls. 55/56, discordantes daquelas manifestações.

2. O primeiro dos pareceres mencionados, o de fls. 32/37, tem como suporte o princípio constitucional da proteção do patrimônio histórico, artístico, paisagístico e arqueológico consignado no parágrafo único do art. 180 da Constituição Federal, em razão do qual, afirma o parecerista, as entidades políticas menores teriam irrestrita competência de tomar bens do domínio das entidades políticas maiores.

A argumentação da tese está desenvolvida nos itens 7 a 11 do aludido parecer, onde são enfatizados a natureza constitucional do sistema protetor do patrimônio cultural, a soberania do ato de tombamento de competência das entidades menores em relação às maiores e o atentado ao sistema federativo a que levaria entendimento diverso.

O fato da proteção do patrimônio cultural ser acolhido como princípio constitucional não importa em reconhecer um exercício ilimitado dos correspondentes direitos. Tal como o instituto da desapropriação, erigido também em categoria constitucional, o tombamento foi regulamentado por lei ordinária que, através de restrições necessárias, compatibilizou-o com outros institutos, princípios e normas do ordenamento jurídico vigente. Assim é que em 30.XI.37 foi editado o Decreto-Lei nº 25, que regula o processo de tombamento, tal como, pouco depois, em 21.6.41, seria editado o Decreto-Lei nº 3.365, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

O tombamento constitui, sem sombra de dúvida, uma limitação administrativa ao uso do bem tombado, que fica sujeito aos efeitos discriminados no Capítulo III do Decreto-Lei nº 25/37 e, especialmente, no art. 17. Certo é que as limitações não dizem respeito à substância do direito de propriedade, mas, sim, ao uso do bem. Mas, de qualquer forma, as limitações que decorrem do tombamento podem afetar substancialmente a finalidade ou o destino do bem sobre o qual incidem.

Reconhecer, portanto, às entidades políticas menores o direito de impor ônus ao direito do uso de bens do domínio de entidades políticas maiores importa igualmente em reconhecer àquelas a possibilidade de criarem contra estas, por ato próprio, direitos que eventualmente podem tolher os objetivos de interesse coletivo a que haviam sido destinado ditos bens.

Esse procedimento, contudo, não se compadece com o sistema legal vigente de respeito à hierarquia das entidades políticas.

Embora versando sobre o instituto da desapropriação, significativa é a esse respeito a lição de MIGUEL SEABRA FAGUNDES ao comentar o art. 2º, § 2º do Dec-Lei nº 3.365, de 21.6.41 (in *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, Segunda Edição, 1949, p. 82):

“A possibilidade de litígios dos Estados contra a União, e dos Municípios contra esta e aqueles, significa apenas que quando, por quaisquer circunstâncias, sejam titulares de direitos lesados por essas pessoas jurídicas, os possam fazer valer judicialmente. É apenas manifestação de um dos princípios basilares da nossa organização política: o de que todas as lesões de relações jurídicas autorizam reparação jurisdicional.

Mas não significa que uma dessas entidades possa fazer nascer, contra a outra, por ato exclusivo seu, um título de direito. Uma coisa é a possibilidade de acionar, que supõe um direito substancial preexistente, e outra é a de criar o próprio direito subjetivo material.

A possibilidade das pessoas jurídicas menores (Estados e Municípios) criarem, por ato próprio, direitos contra as

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

maiores (União em relação ao Estado, Estado em relação ao Município), essa não se compade bem com a hierarquia do regime (no campo tributário se evita pela isenção recíproca dos serviços públicos), e, menos ainda, se pode admitir sem lei que a autorize."

Assim, somente através de autorização expressa da lei ordinária regulamentadora do princípio constitucional de proteção do patrimônio cultural seria possível facultar o tombamento "na ordem inversa da hierarquia política" (obra citada, p. 81).

Ocorre que o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.37, à semelhança do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.6.41, deixou de acolher o tombamento na ordem inversa acima referida. De fato, o referido diploma legal tem por objetivo a organização da proteção do patrimônio histórico e artístico no âmbito federal. E, no art. 2º, dispõe expressamente que as suas disposições, inclusive tombamento, se aplicam às pessoas jurídicas de direito público interno. Isto é, faculta à União o tombamento de bens do domínio das entidades políticas de hierarquia inferior (Estados e Municípios); mas silencia, tal como na lei de desapropriações (art. 2º, § 2º), sobre a faculdade inversa.

Da mesma forma que em matéria de desapropriação, que tem apoio em preceito constitucional, não é viável ato expropriatório de entidade política menor contra entidade política maior, em face do que dispõe a lei ordinária reguladora desse instituto, também em matéria de tombamento, e em face da lei ordinária federal que sobre este dispõe, tal faculdade não é reconhecida às entidades políticas menores, em homenagem ao princípio da hierarquia das entidades políticas acolhido em nosso sistema legal.

3. Quanto ao parecer de fls. 39/54, não apresenta qualquer originalidade no que diz respeito à matéria ora examinada. De fato, limita-se a reproduzir os itens 8, 9 e 10 do parecer de fls. 32/37 acima apreciados e a transcrever dois trechos de PONTES DE MIRANDA, os quais, todavia, não abordam diretamente a questão da possibilidade das entidades políticas menores poderem tomar bens do domínio das entidades maiores. De qualquer forma, ainda que se possa deduzir desses trechos conclusão diversa daquela sustentada por esta Procuradoria Geral, ainda assim não convencem, *data venia*, especialmente porque não têm o respaldo de argumentos lógicos e jurídicos.

4. O parecerista que subscreve a peça de fls. 39/54, talvez inadvertidamente, invoca o Aviso nº 552, de 27.09.77 do Ministério da Educação e Cultura como documento que, a seu ver, dirime em definitivo qualquer dúvida que possa subsistir sobre o tema aqui discutido. Ocorre, porém, que o Aviso ministerial está muito mais próximo da posição da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro do que da posição dos dois pareceristas acima referidos. Realmente, o Ministério da Educação e Cultura não admite com amplitude a possibilidade de Municípios e Estados tombarem bens do domínio da União. De acordo com o teor do referido Aviso, o tombamento em tal hipótese somente poderá ter lugar na medida em que houver coincidência de finalidades entre a utilização do bem do domínio da União e o tombamento. Isto é, a legitimidade do tombamento pela entidade menor fica condicionada ao destino dado ao bem pela autoridade administrativa federal.

Ora, os institutos jurídicos (ou as "condições jurídicas" tal como referidas no item 5 e seguintes do parecer de fls. 32/37) devem ser definidos através de critérios absolutos que lhes confirmam uma diferenciação específica de outros institutos e que lhes dão um caráter de invariabilidade do seu caráter próprio. Por essa razão, os seus contornos devem vir expressos em lei ou ao menos por meio de sistematização de princípios de direito. Não pode a caracterização do instituto ficar condicionada a critérios variáveis de oportunidade ou conveniência administrativas, sob pena de perder a especificidade de sua categoria jurídica.

No caso de tombamento, a competência para efetivá-lo, os efeitos dele decorrentes, as hipóteses em que cabe devem necessariamente decorrer de preceitos fixados em lei, e nunca ficar na dependência de critérios subjetivos e variáveis ditados pelas autoridades administrativas.

Assim, a "condição jurídica de bem tombado" a que se refere o parecer de fls. 32/37, item 5, não se compadece com o ponto de vista do Aviso ministerial de fls. 55/56, que condiciona o tombamento a uma mera questão de conveniência da administração federal.

5. Diante do exposto, e *data venia* do parecer de fls. 32/37 e das opiniões em contrário, mantém esta PG-7 a sua orientação manifestada nos Ofícios 12/77-SLC, 33/78-SLC e 2/79-SLC no sentido de que ao Estado não cabe tomar bem público federal, quer da União, quer de

uma de suas autarquias, nem ao Município tomar bens públicos estaduais ou de suas autarquias. Deverão as entidades menores, se o quiserem, manifestar seu interesse no tombamento às entidades maiores e solicitar aos respectivos órgãos competentes que o promovam.

E tal deverá ser o procedimento a ser adotado no caso concreto de que trata este processo.

Rio, 11.1.80

Sabino Lamego de Camargo
Procurador do Estado

VISTO.

Aprovo o Ofício nº 2/80-SLC.

Encaminhe-se o processo à Secretaria de Estado de Educação e Cultura.

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 1980

Raul Soares de Sá
Procurador-Geral do Estado

proc. nº 03/31.283/78

PARECER Nº 3/80-SPS

Caducidade de decreto expropriatório sem ajuizamento de todas as ações pode indicar desvio de finalidade se, um ano após a caducidade, não for editado novo decreto. Imóvel adquirido pela antiga Guanabara para execução de projeto de alinhamento deve ser transferido ao Município do Rio de Janeiro.

O Decreto "E" nº 5.778, de 18.10.72 desapropriou, entre outros imóveis, parcialmente, o de nº 366 da rua das Laranjeiras, sendo a desapropriação necessária à execução dos projetos de alinhamento nºs 8.487 e 8.906.

Cumprindo o disposto no decreto, foi ajuizada ação expropriatória, desapropriando o apartamento 201 da rua das Laranjeiras, 366, de propriedade de Angelo Mendes de Moraes, sendo oferecido o valor de Cr\$ 46.000,00 pelo mesmo.

Em 28 de agosto de 1973 o expropriado aceitou a oferta, tendo sido deferido o levantamento do depósito em 07.12.73.

O apartamento em questão — 201 da rua das Laranjeiras, 366 — foi o único desapropriado em razão do Decreto expropriatório nº 5.778/72, que caducou sem que as ações de desapropriação contra os outros apartamentos do mesmo prédio fossem ajuizadas (fls. 133 v.).

Enfrentamos assim situação "sui generis": o então Estado da Guanabara, pretendendo alterar alinhamento, distribuiu ação de desapropriação referente a um apartamento, não fazendo o mesmo em relação às demais unidades, deixando caducar o Decreto expropriatório, caducidade ocorrida em outubro de 1977.

Sendo assim, tendo decorrido o prazo de um ano após a caducidade, sem que o expropriante tenha editado novo decreto, está caracterizado, no caso, desvio de finalidade — "utilidade pública" — alegada no