

RPD
RPD

HOLA —

— LIBER-

CONTROLE

DE DA LEI

TARÍO DE

ATIVOS —

ia Gonzalez

endes.

2.
rinto Coelho

trinho.

STRADO —

ACIONAL —

— Antonio

3 PARTIDA-

NTEIRAS —

L — William

Revista de Direito Público

ISSN 0034-8015

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo Supremo Tribunal Federal sob n. 005/85

N. 86 — ABRIL-JUNHO DE 1988 — ANO XXI

15

TOMBAMENTO DE BENS CULTURAIS

MIGUEL REALE

Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

1. A análise retrospectiva das leis, regulamentos e portarias que, desde 1937, vêm disciplinando o tombamento e a preservação de nosso patrimônio artístico e cultural, com avanços e recuos, com a criação e supressão de órgãos e serviços, revela a necessidade de um reexame da matéria, tendo em vista as finalidades que se quer atingir.

Todo esse longo processo normativo remonta à Lei 378, de 13.1.37, que, dando nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública, criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) com esta dupla função: a de tombar os bens de interesse histórico, artístico e cultural, e, ao mesmo tempo, a de conservá-los. Para o exercício dessas duas áreas de competência, foi criado no referido Serviço um conselho, denominado Conselho Consultivo, constituído pelo Diretor do SPHAN, pelos diretores dos museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, e mais dez membros, nomeados pelo Presidente da República."

Note-se que a ideia desse conselho, além de outros antecedentes, correspondia à proposta de organização do mencionado Serviço feita por Mário de Andrade ao Min. Gustavo Capanema, tendo desde logo a cautela de estabelecer a necessidade de ser o Conselho formado de historiadores, etnógrafos, músicos, pintores, escultores, arquitetos, arqueólogos e escritores, de preferência críticos de arte. Merece também essa lembrança do grande escritor paulista, pois, como veremos, um dos pontos essenciais mercedores de atenção é justamente esse, dada a gravidade dos problemas suscitados pelo processo de tombamento.

2. Na realidade, nunca será demais salientar que no tombamento de bens culturais, tomado este termo no seu sentido lato, estão em jogo valores distintos e, às vezes, contrapostos, ambos mercedores de igual respeito por parte do Poder Público de um lado, há o interesse, ou, por melhor dizer, o poder-dever do Estado de salvaguardar os bens que constituem a memória nacional, preservando-os e enriquecendo-os, sem quebra de sua configuração original; e, de outro, os direitos dos indivíduos ou das pessoas jurídicas que venham a ser privadas, sem indenização prévia, da livre disponibilidade de um bem móvel ou imóvel, o qual, uma vez tombado, tem seu uso limitado por normas imperativas, cuja vigência importa em significativa restrição ao direito de propriedade que a Constituição assegura.

Países há em que o processo de tombamento está sujeito a tramitação legislativa, por entender-se que somente uma lei pode privar os particulares do exercício de faculdades inerentes à propriedade. No Brasil, elegeu-se, desde o início, a via administrativa, com a providência da criação de um Conselho altamente capacitado, tanto pela experiência especializada de seus membros, como por sua reputação ilibada.

Por sinal, que, não obstante a natureza autoritária do Estado Novo, a mencionada Lei 378/37 veio a ser completada pelo Dec. 25, de 30.11.37, que claramente disciplina o processo de tombamento, sendo assegurado ao proprietário do bem visado o direito de defesa, com recurso para o referido Conselho. É somente após a decisão final desse que o tombamento se aperfeiçoa graças a ato homologatório do Min. do Estado. Por outro lado, estão previstas disposições em virtude das quais o proprietário da coisa tombada pode recuperar a plenitude de seu bem, se o Poder Público se eximir, p. ex., de realizar obras necessárias à sua conservação. Posteriormente, pelo Dec. lei 3.866, de 22.11.41, sempre em atenção aos direitos dos proprietários, foi admitido recurso do interessado ao Presidente da República, visando a cancelar o tombamento de bens particulares a particulares ou a pessoas de Direito Público, a União, os Estados e Municípios.

ca:
alg
bil
—
da
ao
ra
di
ca
ur
or
cc
id
ca
a
er
m
at
ai
m
li
se
aj
d
a
e:
a
P
P
P
fi
e
F
fi
ti
b
c
c

51

3. As normas relativas a processo de tombamento têm resistido às várias mudanças operadas no tocante à organização e objetivos do SPHAN. O citado Serviço, ex vi do Dec. Lei 8.534, de 2.1.46, passou a constituir a Diretoria do Patrimônio Histórico Nacional, no sentido amplo, abrangendo desde atos de tombamento e conservação, verbo este entendido em dos bens incorporados ao patrimônio cultural do País. Além disso, a Diretoria passava a incorporar alguns museus, marcando uma tendência que, como veremos, veio se alargando até nossos dias.

Não é demais assinalar, neste breve esboço histórico, que em 1970, com a nova reorganização dada ao Ministério da Educação e Cultura, a mencionada Diretoria já aparece transformada em Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), como órgão autônomo, subordinado diretamente ao Departamento de Assuntos Culturais. Vale lembrar também que a Lei 6.292, de 15.12.75, veio reiterar a necessidade de homologação, pelo Min. de Estado, da decisão do Conselho Consultivo, o que me parece tenha torrado sem efeito recurso ao Presidente da República.

4. Fazendo abstração de alterações normativas de menor importância, vistos os objetivos do presente Parecer, cabe notar que, em 1975, foram criadas as Diretorias Regionais do IPHAN, com uma discriminação que, a partir de 1979, passou a corresponder à organização da Fundação Pró-Memória.

Foi efetivamente em 1979 que se verificou uma alteração de monta, com o desdobramento das funções de tombamento e conservação, as quais passaram a ser da competência de duas entidades distintas, mas de forma tal que, como terei a oportunidade de assinalar, veio importar em uma situação sob vários aspectos indefinida, com a superposição ou reduplicação de atribuições.

Com efeito, em virtude do Dec. 84.198, de 13.11.79, foi criado, na estrutura do Ministério da Educação e Cultura a Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPAN) por transformação do IPHAN, a que já me referi.

Observe-se que, ao enumerar-se a competência da nova Secretaria, no art. 2.º, repetiu-se e tombar" como o de "conservar e restaurar monumentos, obras, documentos e demais bens de valor histórico, artístico e arqueológico existentes no País".

Isto não obstante, três meses depois, a 17.12.79, sobrevinha a Lei 6.757, que autorizava o Poder Executivo a instituir a Fundação Pró-Memória, "com personalidade jurídica de direito privado", com competência específica para "contribuir para o inventário, a classificação, a conservação, a proteção, a restauração e a revitalização dos bens de valor cultural e natural existentes no País".

Ao mesmo tempo, pelo art. 2.º, eram transferidos ao domínio da fundação, passando ou sob a guarda e responsabilidade do extinto Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

5. Tais disposições, penso, tornam manifesto que a Lei 6.757/79, "importou na revogação do citado Dec. 84.198", de setembro do mesmo ano, no que se refere à atribuição específica de conservação (lato sensu) dos bens culturais. A bem ver, a SPHAN ficou reduzida a supervisionar as atividades da Fundação e à função de processar o tombamento dos bens, através de seu Conselho Consultivo.

Essa situação tornou-se ainda mais clara quando foi aprovado o Estatuto da Fundação Pró-Memória pelo Dec. 84.596, de 16.1.80, o qual, embora declare a Pró-Memória, superconsignada anualmente no Orçamento Geral da União, passando a abarcar todo o pessoal do antigo Instituto que optou pelo regime salarial da legislação trabalhista.

6. Isto posto, não compreendo como, ao depois, tenha sido emanada pelo Min. de Estado da Educação e Cultura a Portaria 274, de 10.4.81, criando a Secretaria da Cultura, convertendo a SPHAN em "subsecretaria" (inc. III) com total abstração da competência específica legalmente conferida à Fundação Pró-Memória no que tange às funções de conservação dos bens tombados. O pior é que, ao serem regulamentadas, sempre por Portaria ministerial, as atribuições da Secretaria da Cultura, determinando-se a criação, na nova subsecretaria do Patrimônio (SPAN), de uma "Diretoria de Tombamento e Conservação" (ste) além de serem instituídas "Diretorias Regionais", destinadas a representar aquela subsecretaria "junto aos órgãos competentes do Ministério Público e Artístico Nacional etc." (art. 16, § 3.º).

O mais curioso é que, apesar desses dispositivos, nova Portaria Ministerial, a de n. 276, de 10.4.81 (da mesma data, pois, da anteriormente lembrada) determinou estudo para a transferência à Fundação Pró-Memória de vários órgãos de fundamental importância da Administração federal, o Instituto Nacional do Livro, o Serviço Nacional do Teatro, o Museu Imperial, o Museu Nacional de Belas Artes, o Museu Histórico Nacional, o Museu da República, o Museu Villa-Lobos e a Biblioteca Nacional, o que se conservou pela Portaria 585, de 29.10.81.

7. A esta altura, cabem três ordens de reparos. A primeira refere-se ao emprego de simples decreto do Presidente da República para reorganizar serviços federais, matéria que, na tradição das Constituições de 1891 a 1946, sempre se considerou de ordem legislativa. Nada há, porém, a obstar a esse procedimento, pois, entre os poderes que a Junta Militar concedeu ao Chefe da Nação, ao outorgar a Carta de 1969, figura o inc. V do art. 81, que o autoriza a "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal".

Todavia, por mais que leia e releia o art. 3.º do Dec. Lei 200/67, que implantou a chamada "reforma administrativa federal", geralmente invocada para legitimar a delegação exercida — não consigo me convencer da licitude constitucional de Portarias ministeriais que substituem o decreto presidencial, em se tratando de "estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal", tal como se deu com a citada Portaria 585 que acresceu os órgãos de uma Fundação.

É claro que não nos cabe senso aceitar tais decisões, mesmo porque foram, por assim dizer, ratificadas por decretos posteriores, como aquele que criou o Ministério da Cultura, ex vi de expressa competência constitucional.

8. Mas o reparo mais importante que me cabe fazer, é quanto à configuração jurídica atual da Fundação Pró-Memória, depois que nela se integraram inúmeras repartições federais, com seus bens, pessoal e serviços.

Continuar a dizer-se que se trata de mera "pessoa jurídica de direito privado", parece-me totalmente absurdo, pois, hoje em dia, está vitoriosa a tese consagrada das "fundações públicas", ou "de direito público", notadamente em razão das funções por ela exercidas e da origem oficial de seu patrimônio e de seus recursos orçamentários resultantes de dotações públicas. Se a lei orçamentária consigna expressamente recursos a uma fundação, originariamente dita de direito privado, na realidade lhe confere o status de ente público.

9. Em recente julgado do venerando STF, já foi explicitamente reconhecido — por sinal que com expressa e generosa referência à antiga parecer de minha lavra — que: "Nem toda fundação instituída pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviços, são fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviços estatais e se submetem a regime administrativo (...) são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público" (RE 101.126, R, in RTJ 133/314, sendo Rel. o Ilustre Min. Moreira Alves).

Isto posto, não tem cabimento afirmar-se que a Fundação Pró-Memória, não obstante a amplíssima gestão de serviço estatal que lhe foi outorgada, não teria qualidade para exercer atos jurídicos de controle, impondo multas e promovendo medidas judiciais nos casos de infração da legislação em vigor, no concernente à proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cuja defesa e preservação é a razão essencial de sua existência.

Volando, porém ao estudo das alterações por que tem passado o antigo Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, lembro que, quando da criação do Ministério da Cultura, pelo Dec. 91.144, de 15.3.85, foi transferida para o novo Ministério a Secretaria da Cultura (art. 2.º, IV) o que quer dizer que foi mantida a SPHAN no seu status de subsecretaria.

Em 19.6.85, no entanto, pelo Dec. 91.345, o Presidente da República "delegou competência ao Min. de Estado da Cultura, até 31.3.86 (note-se) para baixar atos destinados a dar nova estrutura e funções ao MINC". Foi, assim, que, com base nessa delegação de jurisdição duvidosa, foi emanada a Portaria Ministerial 48, de 18.7.85, resultando-se à SPHAN a condição de Secretaria, passando a sua supervisão a Pró-Memória e a Fundação da Casa de Rui Barbosa.

Com a superveniência do Dec. Presidencial 92, de 24.5.86, referenciado pelo Min. Celso Furtado, ficou sanada a irregularidade porventura existente na Portaria anterior, sendo certo que, na estrutura do citado decreto, operou-se uma distinção essencial entre órgãos centrais de direção superior, entre os quais a SPHAN (art. 2.º, IV) e entidades

vinculadas e supervisionadas pelo Ministério da Cultura, figurando entre estas a Pró-Memória.

Como se vê, essa Fundação passou a reportar-se diretamente ao Min. de Estado, no lado da Funarte, da Joaquim Nabuco e da Casa Rui Barbosa.

Todaya, pelo art. 16, a SPHAN continuou com a competência cumlada de "conservar e restaurar monumentos, obras, documentos, artístico e arqueológico, existentes no País", bem como com a de "tombar e proteger o acervo patrimonial do País e fiscalizar o comércio de obras de arte".

A esta altura, cabe, porém, ponderar que essa dupla atribuição da SPHAN continuou a ser exercida, da seguinte forma:

a) A de tombamento, através de um Conselho Consultivo, sob a presidência do Secretário da SPHAN, constituído de dez membros designados, entre especialistas da área, pelo Min. de Estado da Cultura, mais os Dirigentes dos Museus Federais atualmente representados. O curioso é que, apesar de tais Museus estarem subordinados à Pró-Memória, o Presidente desta não tem direito a voto... (art. 2.º, § 2.º, III do Regulamento Interno da SPHAN, aprovado pela Portaria Ministerial 313, de 8.8.86).

b) A de tombamento e restauro através da Pró-Memória, conforme expressamente é previsto no art. 19 do citado Regulamento Interno.

Isto quer dizer que a SPHAN, não obstante formalmente declarada composta de oito Coordenadorias e de Diretorias Regionais, só possui no papel: toda a atividade de "preservação do patrimônio artístico nacional" é realizado, em última análise, tão somente pela Pró-Memória. Criar agências Coordenadorias e Regionais e ativá-las, à margem da Pró-Memória — que já possui órgãos adequados à realização dos mesmos objetivos — redundaria, penso, em inútil e noiva duplicação de serviços, com desperdício de recursos públicos.

10. Do exposto, conclui-se que, na realidade, a SPHAN não tem razão para existir por seu Conselho Consultivo, que tem a alta atribuição de decidir sobre os casos cabíveis e necessários de tombamento.

Esse Conselho, a rigor, deveria denominar-se Conselho do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (CPHAN) presidido por pessoa de direta confiança do Min. de Estado da Cultura, e formado pelo Presidente da Pró-Memória e pelos Diretores dos Museus nomeados pelo titular da Pasta, ou pelo Presidente da República. Ao mencionado Conselho — desse modo reestruturado — seriam reatadas as atribuições que lhe confere o art. 5.º do Regulamento Interno da SPHAN, não sendo demais repeti-las, por motivos de ordem prática.

O decreto presidencial, que instituiu o mencionado Conselho, como órgão autônomo, extinguiria a SPHAN, para evitar a já apontada duplicidade de atribuições com a Pró-Memória, à qual seria transferida toda a competência prevista no art. 16 do Dec. 92.489, realização de seus fins.

11. A meu ver, nada impede que, por decreto presidencial, dada a já invocada amplitude do que dispõe o inc. V do art. 81 da Constituição em vigor, seja a Pró-Memória autorizada a empregar todos os meios judiciais e extrajudiciais necessários à realização de seus fins que são um corolário natural do tombamento declarado, isto é, a conservação, preservação e aperfeiçoamento dos bens considerados essenciais à nossa identidade cultural, sem perda de suas raízes originárias.

A robustecer essa conclusão, temos a própria Lei 6.757, de 17.12.79, que criou a Fundação Nacional Pró-Memória, a qual em seu art. 9.º, alínea "a", lhe confere "doação orgânica que ela "gozará dos privilégios concedidos à Fazenda Pública (sic) em relação à imutabilidade direta e indireta; impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, juros moratórios, foro, prazos e custas processuais".

Acresce que o art. 9.º, alínea "c", atribui ao Conselho Curador da Pró-Memória competência para estatuir "taxas e emolumentos". Eis aí, conjugadas, três características inerentes de uma entidade pública, ainda que, para fins puramente operacionais, lhe tenha sido dada a forma de pessoa jurídica de direito privado.

12. Parece-me sobretudo indubitável que, se uma lei orgânica confere a determinada entidade doação para a consecução de certos fins, está implícita a autorização

para emprego dos meios indispensáveis àquele desideratum. É o que resulta da clássica teoria dos direitos implícitos, em virtude da qual, desde memoráveis decisões do Justice John Marshall, na Suprema Corte norte-americana, ficou firmado o conceito de que, quando os objetivos são lícitos, não se pode recusar a um órgão os meios jurídicos requeridos para a execução dos deveres que lhe foram conferidos, em razão do bem comum, ou, conforme um dos célebres julgados:

"We admit, as all must admit, that the powers of the government are limited, and that its limits are not to be transcended. But we think the sound construction of the constitution must allow to the national legislature that direction, with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution, which will enable that body to perform the high duties assigned to it, in the manner most beneficial to the people" (The constitutional decisions of John Marshall, vol. 1, pp. 308 e ss. Cf. *Leading decisions*, cit., p. 20).

Quanto à possibilidade de ser implícita a autorização legal do poder de polícia, v. também, Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*, 4.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1975, p. 142, ensinamento invocado por José Alonso da Silva, in RDA 132/246).

Na hipótese analisada, todavia, se considerarmos o disposto no Dec-lei 25, de 30.11.57, que dispõe sobre o processo de tombamento e seus efeitos, discriminando as espécies de vedações e obrigações impostas aos titulares dos bens tombados, verifica-se que as restrições legalmente previstas já vêm explicitamente acompanhadas da correspondente sanção nos seguintes termos peremptórios: "Art. 21. Os acentuados cometidos contra os bens de que trata o art. 1.º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio cultural".

Para cobrir quaisquer atentados e abusos, os artigos anteriores conferem ao antigo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional poderes de fiscalização e de embargos a obras novas, inclusive no que se refere aos "entornos", isto é, as propriedades circunvizinhas ao bem tombado, o que demonstra haver norma legal expressa autorizando o poder de polícia àquele órgão. É óbvio que as transformações por que passou o primitivo Serviço, conforme já analisado, não o privou desse poder originário, que foi antes acrescido. É certo também, que tais restrições à propriedade resultaram sempre de decisões do Conselho Consultivo, homologadas pelo Min. de Estado, e passaram a ser executadas pela Pró-Memória, após a constituição desta Fundação. Em verdade, o princípio de legalidade veio sendo sucessivamente reiterado pelo Dec-lei 8.534, de 2.1.46; pela Lei 1.924, de 26.7.61, no tocante a monumentos arqueológicos e pré-históricos etc., e pela Lei 6.292, de 15.12.75, tudo em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 180 da Constituição em vigor, pelo qual "ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

Isto posto, se um decreto presidencial, no amplo uso de sua competência para organizar livremente os serviços federais, concentrar, tal como é por mim sugerido, no Conselho do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (CPHAN), a competência específica de instaurar o processo de tombamento de bens, a ser homologado pelo Min. de Estado, transferindo-lhe toda a competência ora cometida à SPHAN, "não haverá solução de continuidade nenhuma na ordem da legalidade supralembrada", continuando a Pró-Memória com a função que lhe é própria, de caráter executório.

Alargará-se que uma pessoa jurídica de direito privado não poderá exercer o poder de polícia decorrente do ato declaratório de tombamento, mas o equívoco é manifesto. No direito pátrio são vários os exemplos dessa delegação feita a entes formalmente de direito privado, máxime quando, substancialmente exercem funções públicas, como é o caso da Pró-Memória; da Empresa Brasileira de Turismo — EMBRATUR; da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE; do BNH, da ECT, da CETESB, da DERSA, esta sociedade de economia mista com atuação em São Paulo.

Quanto à licitude de tais delegações, vale lembrar exaustivo Parecer de autoria do Procurador da Fazenda Nacional, Leon Frejda Sklarowsky, publicado no DOU, de 2.9.81, p. 16.552. Nete é invocado precioso magistério de Cid Tomank Pompeu nestes termos:

"Cid Tomank Pompeu, ilustre mestre da Faculdade de Direito do Largo de S. Francisco, de S. Paulo, em interessante e opulento trabalho, discorre sobre a importância do exercício do poder de polícia, na doutrina pátria e alienígena, permitindo-se anotar que, embora alguns estudiosos recusam a delegação desse poder (Jean Marie Aubry e Robert Ducos-Ader, *Droit administratif*), atualmente é pacífico o entendimento de que

aquela se dá não só em relação às pessoas jurídicas de direito privado, como até em atenção às pessoas físicas. Em nosso direito positivo, rica é a legislação, v.g., poder de polícia atribuído ao presidente das mesas eleitorais (art. 139, da Lei 4.737/65); poder de polícia delegado a pessoa física, na qualidade de responsável pela segurança nacional (art. 86 da EC 1/69) etc.

"Mas, acentua o articulista, às empresas públicas pode ser delegado o poder de polícia, abrangendo o estabelecimento de normas, o exercício das atividades necessárias ao cumprimento dessas normas, bem como a designação de agentes de polícia" (cf. "O exercício do poder de polícia pelas empresas públicas", in RF 258/438 e 441)."

O mesmo se diga quanto à Pró-Memória.

13. Pessoas jurídicas de direito privado também o são, quanto à forma, outras Fundações ou Empresas Públicas que, isto não obstante, como vimos, exercem poderes de polícia na medida e enquanto exigidos para assegurar coercitivamente a realização dos objetivos que determinaram a sua criação. Poder de polícia é termo de aceção ampla, em virtude do qual, por múltiplas razões de interesse público, é lícito à Administração Pública, direta ou indireta, mesmo por meios coercitivos, restringir ou limitar a fruição de determinadas facultades de que seja titular qualquer pessoa jurídica, desde que as medidas tomadas não excedam os objetivos efetivamente ditados pelos fins visados.

14. Ora, essa faculdade de interferência administrativa na órbita das atividades privadas, para restringir a fruição de determinadas facultades, de cujo exercício os sujeitos de direitos seriam normalmente capazes, ou para deles exigir determinados comportamentos sob pena de sanção, pode ser exercida tanto pelos órgãos da Administração direta como por entes descentralizados, aos quais tenham sido delegadas esferas específicas de competência, por ter-se considerado o interesse público mais compatível com processos autônomos e indiretos de ação. Assim ocorre, p. ex., no que se refere à Pró-Memória adequadamente organizada como Fundação.

Não creio mereça aplausos a ideia de transformá-la em autarquia, ainda que especial, pois até agora pairam dúvidas sobre o exato sentido dessa conotação, até a ponto de permitir-lhe acrescer o seu próprio patrimônio com o produto arrecadado a título de multas, taxas e emolumentos, tal como previsto na Lei 6.757, de 17.12.79, art. 9º, alíneas "b" e "c". Sobretudo após a edição da "Lei Sarney" de incentivo às atividades culturais, é de prever-se que a Fundação Pró-Memória possa ser contemplada com recursos determinados de origem privada, sobretudo com a destinação específica de restauração de determinados bens culturais, a critério do doador. Em se tratando de uma Fundação, não há nenhum óbice quanto ao recebimento e sua aplicação diretamente pela Pró-Memória, organizada, por conseguinte, com maior autonomia do que a conferida às autarquias.

15. Em conclusão, verificando que a SPHAN só existe, praticamente, em razão do processo de tombamento, na realidade ateto ao seu Conselho Consultivo; considerando que a Pró-Memória já é o órgão de atualização dos fins daquela Secretaria, possuindo a conveniência de serem os serviços racionalmente organizados de maneira que haja a combinação de um órgão, que delibere sobre o tombamento de bens culturais, e de um outro ente, de caráter autônomo, que com eficácia possa executar as medidas de conservação, fiscalização e restauração, quer parecer-me que a via aconselhável é a supradita, isto é, da concentração da atual competência da SPHAN num Conselho autônomo, sob a presidência do próprio Min. de Estado, ou de pessoa de sua direta confiança, atribuindo-se à Pró-Memória o processo executivo, como já vem fazendo.

Pelos motivos anteriormente expostos, considero dispensável o emprego de lei especial, pois, ex vi da latitude da competência que tem o Presidente da República, decorrente do inc. V do art. 81 da Constituição vigente, com poderes para "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração federal", nada impede que S. Exa. transfira ao Conselho do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (CPHAN) toda a esfera de atribuições que ora é exercida pela SPHAN, não sofrendo, pois, solução de continuidade a autorização legal já dada para processo de tombamento de bens, na forma e para os fins das diversas leis que instituíram tal processo. Jeis essas a que o mencionado decreto faria expressa referência.

No mesmo decreto, seria a Pró-Memória investida de poderes para dar atualização aos efeitos dos tombamentos declarados, na forma e para os fins da Lei 6.757, de 17.12.79 que a instituiu.

É o meu parecer, s.m.j.

São Paulo, 3 de agosto de 1987.

EMPRESA PÚBLICA — REGIME JURÍDICO — INAPLICABILIDADE DA LEI DE S.A. — ALIENAÇÃO DE BENS

CAIO TÁCITO

Professor Titular da Universidade
do Estado de Rio de Janeiro

1. Autorização legislativa para alienação de bens públicos — 2. Alienação jurídica e não econômica — 3. Disponibilidade patrimonial da empresa pública
- 4. A ilegalidade segundo a ação popular — 5. Responsabilidade processual dos secretários municipais — 6. Resposta aos question.

CONSULTA

A Empresa Municipal de Urbanização — EMURB, empresa pública municipal, cujo sócio único é o Município de São Paulo, foi instituída sob a forma de sociedade civil de fins econômicos, conforme dispõem seus Estatutos, tendo sido criada nos termos da Lei 7.670, de 24.11.71, do Município de São Paulo, a qual teve sua redação original alterada por várias leis posteriores.

Nos termos dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 7.670/71, em sua redação atual, o Prefeito do Município de São Paulo transferiu, para aporte do capital social da EMURB, vários bens imóveis — devidamente avaliados pelo Departamento do Patrimônio do Município, secundado nessa tarefa por empresas avaliadoras de reconhecida idoneidade — através dos Decs. 24.344, de 6.8.87; 24.394, de 15.8.87; 24.487, de 28.8.87 e 24.524, de 4.9.87. Além disso, no MEMO-10 3.575, de 13.10.87, o Senhor Prefeito, atendendo ofício da EMURB, autorizou a venda, em leilão público, de sete dos imóveis transferidos, observados os termos de Regulamento de Licitações da empresa, devidamente publicado no Diário Oficial do Município de 7.5.81.

Esclareça-se que, nos termos da lei instituidora, cabe à EMURB apontar quais os imóveis de seu interesse para serem transferidos, os quais poderá ela utilizar em qualquer dos seus vários objetivos, inclusive na administração de obras e serviços públicos da Administração centralizada (art. 6º, da Lei 7.670/71 acrescido pela Lei 8.506, de 16.10.75, reafirmada nessa parte pela Lei 9.102, de 15.9.80). Dentre as obras administradas pela EMURB constam projetos vários elaborados pelo Município de São Paulo e incluídos na Lei 10.215, de 12.12.86, que aprovou o Orçamento Plurianual de Investimento vigente.

Na véspera do leilão relativo a quatro imóveis de propriedade da empresa, um vereador da capital ingressou com Ação Popular contra o Município de São Paulo, o Prefeito Municipal, o Secretário dos Negócios Jurídicos, o Secretário Municipal de Planejamento, o Secretário de Finanças, o Secretário dos Negócios Extraordinários e a EMURB, visando a anulação dos decretos de transferência e do MEMO-10 antes mencionados, com o pedido de suspensão liminar desses atos e do leilão designado, obtendo apenas a suspensão desse último.

Segundo as alegações do autor, os atos impugnados seriam ilegais e lesivos ao patrimônio público.

No tocante ao requisito da ilegalidade, o ponto principal da ação é a alegada inconstitucionalidade da Lei 7.670/71, por conter autorização genérica para aporte de bens imóveis municipais ao capital social da EMURB, estando alicerçada a alegação em parecer elaborado especificamente para a propositura da ação popular.