

Procuradoria Geral do Estado

**AGRAVO DE INSTRUMENTO
CONTRA LIMINAR QUE DETERMINOU
AO ESTADO DE SÃO PAULO A
REABERTURA DO TOMBAMENTO
DO CINE BELAS ARTES**

Marco Antônio Gomes

Prêmio “O Estado em Juízo”

2013

Série

Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES
Procurador-Geral do Estado Adjunto

SILVIA HELENA FURTADO MARTINS
Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe Centro de Estudos



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

**AGRAVO DE INSTRUMENTO
CONTRA LIMINAR QUE DETERMINOU
AO ESTADO DE SÃO PAULO A
REABERTURA DO TOMBAMENTO
DO CINE BELAS ARTES**

Marco Antônio Gomes

Prêmio “O Estado em Juízo”

2013

Série Estudos n. 21



CEPGE

**CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

CENTRO DE ESTUDOS

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Mirian Kiyoko Murakawa, Camila Rocha Schwenck e Joyce Sayuri Saito

ESCOLA SUPERIOR DA PGE

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Julgadora do Prêmio “O Estado em Juízo” 2013

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Fernando Dias Menezes de Almeida
e Luis Eduardo Schoueri

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos
da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Procurador responsável: Joyce Sayuri Saito

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil.

Telefone: (11) 3286-6997/6998. Home Page: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Gomes, Marco Antônio

Agravo de instrumento contra liminar que determinou ao Estado de São Paulo a reabertura do tombamento do Cine Belas Artes.

São Paulo – Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2013.

Tese laureada com o Prêmio “O Estado em Juízo” 2013

1. Agravo de Instrumento 2. Liminar em Ação Civil Pública 3. Processo de tombamento

CDD-341.37

CDU-351.712.5(81)

**PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO
Centro de Estudos**

SÉRIE ESTUDOS
Volumes Publicados

1. Direito Tributário: Conferências
2. Ação Direta do Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese
3. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, São Paulo, 1980
4. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, nº 2, São Paulo, 1981
5. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1983
6. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 1984
7. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1985
8. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1991
9. Plano Estratégico de Informatização da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 1992/93
10. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 1992
11. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade
12. Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
14. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico
15. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2003
16. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2004

17. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2008
18. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2009
19. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2010
20. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2011

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
INTRODUÇÃO	15
AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO	21
I. Relatório	23
II. Dos pressupostos processuais de admissibilidade e da tempestividade do recurso	24
III. Da ausência do interesse de agir por desnecessidade de intervenção judicial	25
IV. Da verdade dos fatos sobre o processo de tombamento	26
V. Da legalidade do ato administrativo atacado. Da ausência de indicação de qual ilegalidade teria ocorrido. Da normal observância do regimento interno do CONDEPHAAT	31
VI. Natureza do ato de tombamento. Consequente natureza do ato de arquivamento de processo de tombamento – ato administrativo discricionário. Impossibilidade de interferência judicial	35
VII. Da ausência de objeto para um ato de tombamento. Impossibilidade do ato. Constatação prejudicial ao prosseguimento do processo de tombamento	39
VIII. Da impossibilidade de imposição de multa cominatória à Fazenda Pública.....	41
IX. Do pedido de efeito suspensivo	44
X. Do pedido	44
DECISÃO MONOCRÁTICA	47
ACÓRDÃO (AGRAVO DE INSTRUMENTO).....	49
ACÓRDÃO (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)	61

APRESENTAÇÃO

É com grande honra que escrevo a apresentação do prêmio “O Estado em Juízo”, edição de 2013, para a peça “Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública relacionada ao tombamento do Cine Belas Artes”, de autoria do Procurador do Estado Marco Antônio Gomes.

Primeiramente, porque o autor da peça, além de meu colega de Largo São Francisco e de concurso, é também um dos Procuradores do Estado mais dedicados, combativos e estudiosos da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Tendo ingressado na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo no ano de 2006, exerceu suas funções na Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital até junho de 2007, quando foi classificado na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, na 1ª Subprocuradoria.

O Dr. Marco Antônio teve destacada atuação na então denominada “Banca de Revisão” da 1ª Subprocuradoria, responsável pela propositura e acompanhamento das ações rescisórias e anulatórias (“querellas nulitatis”) em matéria ambiental, objetivando rever condenações exorbitantes ou identificar outras irregularidades processuais, especialmente nos casos das indenizações milionárias pagas pelo Estado de São Paulo nas ações de desapropriação indireta decorrentes da criação de Unidades de Conservação, como, por exemplo, o Parque Estadual da Serra do Mar. Foi também Procurador Assistente da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e, a partir de 1º de janeiro de 2014, passou a exercer a Chefia da 1ª Subprocuradoria.

A 1ª Subprocuradoria da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário representa o Estado de São Paulo e suas autarquias nas ações de qualquer natureza cujo objeto principal, incidente ou acessório esteja vinculado à proteção do meio ambiente, como ocorre, por exemplo, nas ações que envolvem tombamento de bens de valor histórico, cultural, arquitetônico ou turístico.

A ampla diversidade de temas relacionados à proteção ambiental, associada ao dinamismo da legislação aplicável, exige do Procurador do Estado atuante na 1ª Subprocuradoria da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário não só o conhecimento específico do Direito Ambiental, mas também um verdadeiro trabalho de criação para elaboração de peças inovadoras na defesa do interesse público.

No caso da peça ora premiada, o Procurador do Estado teve de enfrentar uma questão absolutamente inusitada, que causou intensa polêmica até mesmo no órgão técnico colegiado responsável pela proteção ao patrimônio histórico, arqueológico, artístico e turístico do Estado de São Paulo, o CONDEPHAAT¹. Trata-se de definir o que, efetivamente, pode ser objeto do ato de tombamento. Seria possível, nesse sentido, tombam não um edifício em si ou sua fachada, mas sim a atividade empresarial nele desenvolvida (o chamado “tombamento de uso”)? A legislação pátria admitiria o tombamento de um estabelecimento comercial, com seus aspectos materiais e imateriais de aviamento? Em caso afirmativo, seria possível impor ao particular o desenvolvimento de uma atividade econômica preestabelecida pelo Estado? Essa imposição feriria os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência? E mais: poderia o Ministério Público ingressar com ação civil pública para requerer o “tombamento judicial” de um bem?

Todas estas polêmicas questões foram brilhantemente abordadas na peça objeto da presente premiação, de sorte que convenceram o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não só a processar o recurso com efeito suspensivo, como também, após longa análise dos aspectos do instituto do tombamento abordados na peça, dar provimento ao Agravo, concluindo pela inadequação da utilização do tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio imaterial.

¹ Abreviação de Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo.

Trata-se, portanto, de tema inovador, atual e complexo, que demandou especial dedicação e estudo do Procurador do Estado na defesa do ente público. E estes fatores certamente foram levados em consideração pela ilustrada Comissão Julgadora, composta pelos eminentes Doutores Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Fernando Dias Menezes de Almeida e Luis Eduardo Schoueri.

Feita esta breve apresentação, desejo a todos uma excelente leitura, parabenizando o Procurador do Estado Marco Antônio Gomes pela excelência do trabalho desenvolvido.

ADRIANA RUIZ VICENTIN
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria do Patrimônio Imobiliário

INTRODUÇÃO

A presente peça, agraciada com o prêmio “O Estado em Juízo”, é uma minuta de agravo de instrumento interposto contra liminar que determinou ao Estado que reinstaurasse o processo administrativo de tombamento do estabelecimento comercialmente conhecido como “Cine Belas Artes”.

A questão da referida casa de projeção causava há um tempo comoção em certa opinião pública e parcela da imprensa, por conta do (várias vezes) anunciado fechamento do estabelecimento – tratava-se de famoso polo cultural da cidade de São Paulo, já que era um dos poucos exibidores do tipo de produção comercial e publicitariamente rotulada de “cinema de arte”.

Alguns defensores da manutenção do cinema visualizaram a possibilidade de uso do instituto jurídico do Tombamento para preservação do espaço, sem se aperceberem, todavia, das peculiaridades desse instrumento que reclama requisitos e incide sobre objetos bastante específicos. Em que pese isso, exercendo a liberdade e os direitos de cidadania, peticionaram à Secretaria de Estado da Cultura, por meio de associação civil, a instauração de um processo administrativo de tombamento do cinema.

Em atenção ao Direito Constitucional de petição exercido por tais cidadãos por meio de associação, foi aberto dossiê preliminar de estudos sobre a viabilidade do tombamento, posteriormente convertido em processo administrativo.

Ao final, o Estado, por meio de seu órgão de defesa do Patrimônio Cultural, o CONDEPHAAT (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo), decidiu pelo arquivamento do processo de tombamento.

Isso porque o Conselho entendeu que não era caso de se proceder ao tombamento do referido estabelecimento, já que o objeto desse tipo

de restrição seria apenas o prédio do cinema que, todavia, não tinha valor arquitetônico e artístico especial e nem mesmo histórico, já que não conservava seu traçado original, seja no interior, seja na fachada. Além disso, entendeu-se que o instituto do tombamento não poderia ser usado para a conservação do empreendimento cinematográfico, já que a restrição objetiva a perpetuação de bens, e não de atividades comerciais.

Essa decisão foi tomada tendo por base análises de órgãos e agentes técnicos da Secretaria da Cultura do Estado, e exarada após debates em duas longas sessões no amplo colegiado multidisciplinar do Conselho, composto de professores universitários, arquitetos, artistas, historiadores, representantes da sociedade civil e gestores públicos.

Em que pese a decisão ter sido de ordem técnica e com legitimidade democrática (já que teve natureza coletiva e foi fruto de debates e embates em amplo órgão colegiado, não tendo sido imposição de uma vontade unilateral), o Estado foi surpreendido com o ajuizamento de ação civil pública que, em seu pedido explícito requeria a reabertura do processo de tombamento, mas, implicitamente e de forma oblíqua, pretendia constranger o CONDEPHAAT a ultimar o tombamento contra suas próprias conclusões.

E aqui, não usamos a palavra constrangimento em sentido figurado: a petição inicial estava repleta de alevisias e injúrias contra os integrantes do CONDEPHAAT, disparadas pelo promotor que assinava a inicial. Como exemplo, o subscritor da exordial alegava que a análise do tombamento fora *“assunto tratado como de menor importância”*; *“centrada apenas na questão do interesse patrimonial do imóvel”*; alegava que os membros do Conselho *“não atentaram para os demais fatores socioculturais envolvidos”*; acusava que no caso concreto *“prevaleceram os interesses patrimoniais privados e não os interesses elevados da sociedade”*, dentre outros chavões que, levianamente, pretendiam atingir a honra dos integrantes do CONDEPHAAT, insinuando que os mesmos teriam feito análise venal dos fatos (só enxergariam os *“interesses patrimoniais privados”*), movidos por sabe-se lá quais interesses ocultos.

Não bastasse tamanha ligeireza retórica, a petição inicial, em indício de má-fé, omitiu dados do processo administrativo: como dito, o arquivamento se deu por problemas de ordem técnica. Porém, a exordial não narrou os óbices técnicos que foram motivo do arquivamento do processo e ainda omitiu os debates que ocorreram no CONDEPHAAT sobre o caso (houve duas longas sessões no Conselho com discussões acaloradas sobre o assunto, com atas publicadas – nenhuma delas, ou o conteúdo de suas discussões, não foi sequer mencionada na petição inicial).

E, ao final, a petição inicial pedia condenação do Estado na promoção de “*ações necessárias para a efetiva proteção do patrimônio cultural*” – um pedido suficientemente vago e elástico para implicitamente reclamar o tombamento do bem, em que pese não exista a figura do tombamento judicial em nosso Direito.

Não bastasse a surpresa com o ajuizamento de tal ação, somou-se ainda o espanto com a concessão de medida liminar, a qual, em passagem de sua fundamentação, dizia que no caso haveria indícios “*de que não foram observados os procedimentos necessários e legais ao exame da qualidade cultural do imóvel em questão*” e que “*valores econômicos e financeiros têm falado mais alto que valores ambientais e culturais*”.

Ou seja, uma inicial incompleta, que omitia dados fáticos do trâmite administrativo e o verdadeiro motivo do arquivamento, lograva êxito, ao mesmo tempo em que na decisão liminar se lançava uma injuriosa sombra de suspeição sobre um órgão público sério e seus integrantes.

Interessante anotar que, além do tombamento em si, a ação e a liminar continham um segundo pano de fundo: de certa forma, ambas resvalavam para outros dois problemas, que são hoje verdadeiro tormento dos administradores públicos em todos os níveis: a insistente tentativa do Ministério Público em se imiscuir em questões relativas às escolhas da Administração Pública, inclusive tentando, muitas vezes, impor aquela que na visão pessoal de certos promotores seriam as melhores soluções (substituindo-se aos gestores públicos e aos técnicos estatais) e, muito mais preocupante,

o acolhimento desse tipo de pretensão pelo Judiciário, muitas vezes por meio de liminares de antecipação de tutela, de cognição meramente superficial da causa e concedidas unilateralmente (sem oitiva das Fazendas Públicas, em que pese haja previsão legal proibindo tal expediente).

Portanto, para além da matéria de Tombamento, a discussão em juízo também era sobre a liberdade da Administração Pública em poder fazer as suas escolhas, sem interferências externas.

Ao final, há de se ressaltar que o pedido oblíquo de tombamento requerido pelo Ministério Público em nada atendia aos reclamos do interesse público. O Cine Belas Artes era um empreendimento privado; o que estava por trás de seu fechamento era um conflito entre o empreendedor cinematográfico e o proprietário do imóvel: o cinema perdia público espectador, diminuindo seu lucro, ao mesmo tempo em que o bem sofria uma valorização imobiliária de grande monta.

E a decadência do Belas Artes ocorreu por conta de atitude dos próprios espectadores, ou seja, da própria “coletividade” que o Ministério Público se arvorava defender: o grande público, sem maiores cerimônias, trocou os cinemas de rua pelos cinemas de shopping centers – mais seguros e com possibilidades de conforto e lazer muito maiores, como a junção, num mesmo local, de estacionamento, restaurantes, cafés, livrarias e comércio em geral.

Portanto, foi o próprio público quem, de certa forma, determinou o destino do cinema – e o fez por meio de escolhas bastante racionais, num exemplo claro de aplicação da lei da oferta e da procura. Portanto, o que acontecia era uma questão puramente comercial, que em nada resvalava ao interesse público. Dizer que haveria interesse coletivo por trás da invectiva para forçar a conservação do cinema era apenas falso.

Intimidados da decisão liminar, elaboramos então a peça que aqui se apresenta para leitura. Por meio dela, o Estado conseguiu derrubar a antecipação de tutela, em acórdão que expressamente acolheu os argumentos lançados no recurso.

Concluído o trâmite, a demanda foi julgada improcedente pela primeira instância, não tendo sido interposta apelação pelo Ministério Público, vindo a transitar em julgado a sentença.

Ao final desta apresentação e contextualização da causa, quero tão somente registrar meu agradecimento à banca examinadora do concurso, professores DINORÁ MUSETTI GROTTI, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA e LUIS EDUARDO SCHOUERI, que nos honraram com a concessão de tão prestigioso prêmio a tão singelo trabalho.

MARCO ANTÔNIO GOMES

Procurador do Estado de São Paulo
Procurador Chefe do Contencioso Ambiental
Procuradoria do Patrimônio Imobiliário

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A)
DESEMBARGADOR(A) PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

Processo Originário 0048031-09.2011.8.26.0053

13.^a Vara da Fazenda Pública da Capital

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Requerido: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO,
por meio do Procurador do Estado subscritor, comparece à presença de
Vossa Excelência com amparo no artigo 524 e ss. do Código de Processo
Civil, interpor

**AGRAVO DE INSTRUMENTO COM EFEITO
SUSPENSIVO**

contra decisão do Juízo da **Décima Terceira Vara da Fazenda Pública**,
prolatada nos autos epigrafados, que deferiu pedido de medida liminar do
Ministério Público, determinando ao Estado obrigação de fazer consistente
na reabertura de um processo administrativo – sem, no entanto, se atentar
ao fato de que o referido processo **simplesmente não se encontra
encerrado**, pois na verdade **o mesmo ainda tramita, por estar em fase
de recurso** (portanto, agrava-se contra liminar concedida **sem interesse
de agir, por desnecessidade de intervenção judicial**).

Processado o recurso, requer a agravante o seu conhecimento
e provimento, **sem** a conversão em agravo retido, ante a presença da
urgência e de risco iminente de lesão à ordem pública, com o intuito

de **anular** a decisão eivada pelo *error in procedendo*, ou proceder à sua urgente reforma.

Também requer concessão de **efeito suspensivo**, a fim de que o Estado fique desobrigado ao cumprimento da liminar ao menos até o julgamento final do presente agravo de instrumento.

Ao final, declara a autenticidade de todas as cópias que acompanham o presente recurso.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2012.

MARCO ANTÔNIO GOMES
Procurador do Estado de São Paulo
OAB-SP 245.543

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
COLENDIA CÂMARA
EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A)
RELATOR(A)

Processo Originário 0048031-09.2011.8.26.0053

13.^a Vara da Fazenda Pública da Capital

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Requerido: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

I – RELATÓRIO

A lide originária, da qual se tira o presente Agravo de Instrumento, trata-se de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público. A demanda versa sobre o processo administrativo de tombamento do cinema comercialmente conhecido como “*Cine Belas Artes*”.

Alega o referido órgão-autor que o Estado, por meio do CONDEPHAAT, seu órgão de proteção ao patrimônio histórico integrante da Secretaria Estadual da Cultura, teria infringido a legislação ao determinar o arquivamento do processo de tombamento do prédio que abrigou o cinema.

Como pedido principal, requereu que o Estado seja condenado a desarquivar e reiniciar o processo de tombamento, e ainda arrolou quais as providências que ele, Ministério Público, entende serem pertinentes para a análise do cabimento ou não do tombamento e requer que por isso elas sejam impostas ao novo procedimento! E mais: pede que em sentença definitiva sejam tomadas as “*medidas necessárias para a efetiva proteção do*

patrimônio cultural” (em outras palavras, o MP quer forçar um tombamento judicial, figura não existente em nosso Direito, mas o faz usando de expressões vagas e oblíquas, por saber que tal pedido não é juridicamente possível).

Pedi também, em sede liminar, o desarquivamento do processo de tombamento e o reinício do procedimento.

O juízo de primeiro grau concedeu a medida liminar, determinando a reabertura do processo.

II – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE ADMISSIBILIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

No que se refere ao prazo para a interposição do recurso de agravo, ressalte-se que no mesmo mandado foram diligenciadas simultaneamente tanto a citação da Fazenda, quanto a sua intimação acerca da concessão da liminar ora agravada.

Portanto, sua intimação foi pessoal, através de oficial de justiça.

O mandado de citação e intimação cumprido, porém, foi juntado aos autos judiciais tão somente no dia 19 de janeiro de 2012, conforme se vê da cópia da certidão de juntada dos mandados (folha 737) e da cópia do mandado e da certidão de cumprimento, que foram juntados em folhas subsequentes (folhas 741/743). Portanto, o prazo para interposição do agravo começou a ser contado no dia 20 de janeiro. Por conta do prazo recursal em dobro das Fazendas Públicas, o mesmo encerrar-se-á apenas aos 08 de fevereiro de 2012, sendo, portanto, tempestivo este agravo de instrumento.

Quanto à instrução do agravo, junta-se documentação fornecida pela Secretaria de Estado da Cultura acerca do trâmite do processo de tombamento ora questionado, bem como cópia das principais peças do processo de primeiro grau de modo a atender amplamente às exigências da formação do instrumento. Desde já, declara-se a veracidade de todas as cópias juntadas.

III – DA AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR, POR DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL

Liminar concedida sem interesse de agir, por ausência de necessidade de intervenção judicial. Caso em que houve interposição de recurso administrativo contra o arquivamento do tombamento. Procedimento ainda em trâmite, justamente para análise e apreciação de dois recursos administrativos. Impossibilidade de se determinar “reabertura” de algo que ainda não foi encerrado.

A ação civil pública sofre de irremissível carência da ação, por não apresentar a condição do interesse de agir. Como sabido e consabido, tal condição se traduz no binômio “necessidade X adequação”. No presente caso, ausente a necessidade, vez que a intervenção judiciária não se impõe, pois é possível solução à controvérsia na via administrativa, estando a mesma sob análise.

Da decisão de arquivamento do procedimento de tombamento foram interpostos dois recursos administrativos: um deles partiu de um dos membros do próprio CONDEPHAAT, e outro de entidade da sociedade civil.

A presidente do CONDEPHAAT recebeu a ambos os recursos e determinou o seu processamento, remetendo-os preliminarmente à análise da Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo na Secretaria da Cultura, para fins de parecer jurídico. Após, os recursos serão apreciados em seu mérito.

Não existe sequer lide, pois não há pretensão resistida – os recursos administrativos contra a decisão estão tramitando e o processo ainda não está formalmente encerrado. Os argumentos da inicial da ação civil pública, em verdade, não passam de uma consolidação e repetição das mesmas alegações que foram reclamadas nesses recursos administrativos. Portanto, havendo a discussão no campo administrativo, despienda a via judicial. Esse vício, por sua vez, se estende à liminar ora agravada.

A ordem liminar de reabertura do procedimento de tombamento é pura e simplesmente inócua, vazia de sentido, já que manda desfazer algo que nunca foi feito (ou refazer algo que nunca foi desfeito, como preferir). Se o feito está em trâmite, como pode ser determinada sua reabertura?

Em anexo, junta-se cópias dos recursos administrativos e do despacho de recebimento dos mesmos e de seu encaminhamento à Consultoria Jurídica. Com base nisso, requer-se neste agravo a extinção da demanda por carência da ação e consequente anulação da liminar.

IV – DA VERDADE DOS FATOS SOBRE O PROCESSO DE TOMBAMENTO

O processo de tombamento pode ser instaurado de ofício ou a pedido de cidadãos ou de entidades da sociedade civil.

Após esse tipo de pedido, a primeira fase do procedimento é a Fase de Estudo do Tombamento – ainda não estamos no processo em si, mas sim no exame de sua admissibilidade. O pedido é autuado sob a forma de um Dossiê Preliminar; o seu objetivo é fazer uma averiguação do interesse e valor cultural do bem, antes da apresentação da proposta perante o plenário do CONDEPHAAT, quando então será votada sua admissibilidade e abertura do processo de tombamento. Esse Dossiê é concluído com um parecer, em que o órgão técnico (*Centro de Estudos de Tombamento de Bens Culturais*) se manifesta a favor da abertura do procedimento de tombamento, ou contra o mesmo, caso em que se manifesta pelo arquivamento da proposta. Após, o Dossiê com o parecer é remetido a um dos conselheiros do CONDEPHAAT, que funcionará em uma determinada sessão na qualidade de relator para esse específico ato, que deverá produzir uma análise acerca do parecer técnico.

Acerca deste último procedimento é que se trata o artigo 8.º, parágrafo 5.º do Regimento Interno do CONDEPHAAT, quando diz que “*Serão objeto de análise por Conselheiro Relator: (...) b) abertura ou arquivamento de estudo de tombamento*”

No caso concreto em análise, o processo de tombamento do Cine Belas Artes foi instaurado em virtude de pedidos de entidades da sociedade civil. Foi então aberto um Dossiê, que foi remetido ao Centro de Estudos de Tombamento de Bens Culturais, ficando então a cargo da historiadora **Ana Luiza Martins** a produção de um parecer técnico sobre o pedido de restrição (documento anexo).

A historiadora, técnica na matéria de patrimônio cultural, emitiu um parecer **contrário** à proposta de tombamento, manifestando-se pelo *arquivamento* do Dossiê Preliminar. O relator do juízo de admissibilidade foi o conselheiro **Francisco Cabral Alambert Junior**, que na **sessão extraordinária do dia 03/10/2011**, manifestou-se em sentido contrário à opinião do órgão técnico, propondo a abertura do tombamento. Portanto, nessa sessão do CONDEPHAAT, foi cumprida na íntegra a norma do artigo 8.º, parágrafo 5.º, alínea d.

O colegiado se dividiu acerca da posição do relator, sendo que a abertura do processo foi aprovada por **oito votos a favor, sete contrários e uma abstenção**. Portanto, desde o início, o assunto foi polêmico, sendo aberto o procedimento por diferença de um voto.

Aberto o processo, iniciou-se ainda no plenário do CONDEPHAAT uma discussão: mas no caso do Cine Belas Artes, o que se pretenderia tomba: o prédio? A fachada? A atividade cinematográfica? A programação, dita “de arte”? O estabelecimento comercial, com seus aspectos imateriais e materiais de aviamento? E como se tomba uma atividade que é comercial? E quem a exploraria?

Os conselheiros que foram contrários à abertura do tombamento manifestaram que, se fosse caso de proteção ao bem, o mais adequado seria uma desapropriação, uma vez que **o tombamento apenas poderia atingir o imóvel, o prédio – e este não tem interesse arquitetônico ou artístico, pois é um prédio comercial comum, adaptado ao layout atualmente em voga em qualquer estabelecimento cinematográfico e que já sofreu diversas reformas ao longo dos anos, inclusive não tendo mais a**

fachada original. E, por outro lado, não existe tombamento de uma atividade empresarial. Assim, só se o cinema fosse desapropriado, já que ao particular não pode ser imposto o exercício de uma atividade econômica estabelecida pelo Estado, por ferir a liberdade de iniciativa (e a própria liberdade individual).

Assim, surgiu ainda em plenário a discussão: **QUAL O OBJETO DO TOMBAMENTO? O QUE É QUE SE PRETENDE TOMBAR? O QUE SE QUER PRESERVAR?**

Essa discussão foi central no deslinde do processo administrativo. Para tombbar, é necessário definir-se exatamente o que será objeto do gravame restritivo, o que precisamente se quer manter intacto para as gerações futuras.

Observe-se que o próprio relator daquele momento de admissibilidade, senhor Francisco Alambert, já deveria ter apresentado desde o início qual o objeto material do tombamento; mas nem ele conseguiu precisar qual seria. Então, por sugestão do próprio, formou-se uma comissão para *definição do **objeto do tombamento***, com prazo para seus trabalhos até o final de novembro, para orientação da continuidade do procedimento de tombamento.

Tudo quanto aqui narrado consta da **Ata da sessão extraordinária de 03/10/2011, páginas 02 a 08**, com cópia em anexo.

Pois bem. O que ocorreu foi que a comissão encarregada em definir o objeto do tombamento *não conseguiu o seu intento – não se concluiu o que exatamente seria “tombável” no presente caso concreto*. O imóvel em si mesmo, enquanto prédio, não tem nem valor histórico, nem arquitetônico, nem artístico, já que é um espaço comercial ordinário. Por outro lado, não há como se tombar o uso do prédio como cinema, seja pela inexistência de tal expediente em nosso direito (*tombamento de uso*), seja pelo fato de que a exibição cinematográfica é atividade empresarial que depende de injunções comerciais indiferentes à preservação, além do fato de que não é ativi-

dade em vias de desaparecimento, já que existe concorrência no setor; por outro lado, o valor do bem estaria no vínculo afetivo que diversas pessoas teriam com aquele endereço, mas não é possível conservar um sentimento por meio de instrumentos jurídicos.

Assim, a comissão concluiu que *não era possível definir o que tomar*, por ausência de materialidade: o que havia no bem era uma *prática cultural*, ou seja, seu valor era *imaterial*. Sendo caso de constatação de bem imaterial, não seria aplicável o tombamento, recomendando-se o uso de outro instrumento, que seria o Registro de Bens Imateriais. As discussões, com sua melancólica conclusão, foram feitas em via eletrônica, através de e-mails cujas cópias são juntadas a este agravo (documento anexo).

Nesse entretempo, o processo de tombamento foi enviado à Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado na Secretaria de Estado da Cultura, unidade especializada no assessoramento jurídico de questões culturais do Estado. Já em seu parecer, a Consultoria manifestou-se acerca da impossibilidade jurídica de se fazer um tombamento de uso (além de se tomar o imóvel, tomar também sua destinação, limitando-a perenemente à função cinematográfica) e também de se proceder a tombamento sem materialidade definida (parecer jurídico em anexo). Portanto, o tempo todo a questão esteve sob estudo.

Na **sessão de 28/11/2011**, na qual deveria a comissão apresentar as suas conclusões, o antigo relator Francisco Alembert ausentou-se, em que pese o assunto estivesse em pauta. Tal ausência fora comunicada por mensagem eletrônica; por essa razão, quando da sessão ordinária, o assunto recebeu outro relator, o conselheiro senhor **Carlos Augusto Mattei Faggin**. Portanto, é falso que tenha sido desrespeitada a norma do Regimento Interno, art. 8.º, parágrafo 5.º, alínea d: ela foi observada mediante atuação do conselheiro Carlos Faggin, conforme se pode ler da **Ata da sessão ordinária de 28/11/2011**, também juntada a este agravo, em que se observa claramente as seguintes orações: “o conselheiro Carlos Augusto Mattei Faggin relatou as discussões da Comissão designada para a instrução processo, apontando que não se encontrou motivos sólidos para propor

o tombamento material do cinema” (vide ata da sessão de 28/11/2011, página 5, linhas 18/20).

Pois bem, o relator do caso na sessão de 28/11/2012, Carlos Faggin, expôs, nos termos do Regimento Interno, que nas discussões não foram encontrados motivos sólidos para o tombamento material do cinema, sendo ausente a materialidade para fundamentar a imposição do gravame restritivo, cabendo, portanto, apenas o registro da memória do local. Portanto, não sendo definido o objeto a ser preservado, constatava-se óbice intransponível ao seguimento do procedimento de tombamento. Por conta disso, o arquivamento do processo foi levado a votação, por falta de objeto, sendo que, desta vez, a divergência foi menor: **o arquivamento foi aprovado por 13 votos favoráveis, 2 votos contrários e 2 abstenções.**

A deliberação foi acompanhada de intensos debates, os quais constam de quatro páginas da **Ata da sessão ordinária de 28/11/2011**, também juntada a este agravo. Decidiu-se pelo arquivamento do tombamento e pela abertura de um processo de *Registro de Memória do Cine Belas Artes* (portanto, falsa a afirmação de que o CONDEPHAAT não teria buscado qualquer medida alternativa para o caso). A decisão foi publicada no Diário Oficial de 03/12/2011.

Contra a mesma foram interpostos os recursos que pendem de apreciação, o que significa que o processo administrativo ainda não se encontra encerrado. Um dos recursos foi interposto pelo próprio conselheiro Francisco Alembert e outro por entidade da sociedade civil.

Com isto, demonstra-se que o arquivamento não foi motivado por nenhum dos argumentos absurdos do promotor signatário da inicial (“*assunto tratado como de menor importância*”; “*centrada apenas na questão do interesse patrimonial do imóvel*”; “*não atentaram para os demais fatores socioculturais envolvidos*”; “*prevaleceram os interesses patrimoniais privados e não os interesses elevados da sociedade*”, dentre outros chavões que nada mais fazem que levemente emporcalhar a honra e a dignidade dos cidadãos que integram o CONDEPHAAT, insinuando que o conse-

lho seria uma súcia de incompetentes, movidos apenas por análise venal dos fatos, já que só enxergariam os “*interesses patrimoniais privados*”). O arquivamento se deu por **problemas de ordem técnica** que atingem o **âmago do mérito do ato administrativo: não há OBJETO para o ato de tombamento, o que o torna legalmente inadequado para o caso concreto, além de também INCONVENIENTE E INOPORTUNO.**

Note-se: essa controvérsia sobre o problema da definição do objeto do tombamento NÃO foi narrada na petição inicial – porém tudo estava em ATAS DAS SESSÕES DO CONDEPHAAT, as quais o MP poderia ter acesso, já que se tratam de documentos públicos. No mínimo, vislumbra-se *indício de má-fé* do promotor de justiça ao silenciar sobre a existência dessa discussão de ordem técnica.

Narrados os fatos, passemos ao Direito.

V – DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO ATACADO. DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE QUAL ILEGALIDADE TERIA OCORRIDO. DA NORMAL OBSERVÂNCIA DO REGIMENTO INTERNO DO CONDEPHAAT.

Para que o ato administrativo de arquivamento do tombamento seja afastado, ele deve ser anulado – mas, para isso, deve ser demonstrada sua ilegalidade, a qual não se presume, por força do PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. Portanto, a ilegalidade tem de ser expressamente apontada pelo interessado, não podendo nem mesmo ser reconhecida de ofício pelo juízo.

No caso concreto, porém, a petição inicial não apontou qual dispositivo legal teria sido violado pelo CONDEPHAAT; limitou-se a uma enumeração vaga e genérica de princípios gerais, sem especificar e demonstrar materialmente como teriam sido infringidos no caso concreto, reduzindo-se à apresentação de uma retórica redundante e vazia. A única coisa mais próxima de argumentação real de violação normativa foi a suposta desobe-

diência ao Regimento Interno do CONDEPHAAT, *artigo 8.º, § 5.º, alínea d*, sobre o qual já falamos na narração da verdade dos fatos deste caso.

Reza o dispositivo em comento:

Artigo 8.º – A pauta da reunião será informada aos Conselheiros via correio eletrônico e divulgada, com a documentação pertinente, no sítio da Secretaria da Cultura na internet, além de publicado seu extrato no Diário Oficial do Estado, observando-se sempre, o prazo mínimo de 5 (cinco) dias de antecedência.

Parágrafo 5.º – Será objeto de análise por Conselheiro Relator:

b) Abertura ou arquivamento de estudo de tombamento.

Ocorre que na sessão ordinário do CONDEPHAAT em que se votou o arquivamento, houve uma relatoria – ela foi feita por outro conselheiro, diverso daquele que exercera esse múnus na sessão de 03/10/2011. Para isso, basta a leitura singela da ata da sessão de 28/11/2011, da qual novamente replicamos a seguinte passagem:

“Processo n.º 65.359/2011 – Referente a processo de tombamento do “Cine Belas Artes”, situado à rua da Consolação, n.º 2.423, nesta Capital. (...) O conselheiro Carlos Augusto Mattei Faggin relatou as discussões da Comissão designada para a instrução processo, apontando que não se encontrou motivos sólidos para propor o tombamento material do cinema” (vide ata da sessão de 28/11/2011, página 5, linhas 13/20).

Portanto, que houve uma relatoria, isso está em ata e é indiscutível. O que acontece é que a inicial arditosamente tenta fazer crer que o relator seria fixo, tentando erroneamente convencer o Judiciário com o seguinte raciocínio: *“se o senhor Francisco Alambert foi relator do processo na*

sessão de 03/10/2011, também deveria sê-lo na do dia 28/11/2011 – se não foi, houve desobediência do Regimento”.

Mas esse raciocínio a que o MP tenta induzir por via oblíqua está errado. O que acontece é que nós, operadores do Direito, quando vemos a palavra “Relator”, logo pensamos no regime do Processo Civil, das relatorias de julgamento de Tribunais, onde o Relator será fixo ao longo do trâmite recursal. Mas aqui, temos de nos despir dos condicionamentos mentais processuais, pois estamos na seara da Administração Pública, onde expressões que no Processo Judicial tem um significado, no administrativo podem ter outros.

O Regimento Interno não faz exigência de continuidade de relator. Mas toda sessão terá um relator para os assuntos pautados. Ausente o anterior relator Francisco Cabral Alambert, outro conselheiro funcionou como tal, pois a matéria estava em pauta da sessão e devia ser objeto de deliberação. O assunto não iria sair de pauta por ausência do antigo relator do juízo de admissibilidade. Por isso, outro conselheiro fez a relatoria das discussões que ocorreram na comissão encarregada de definir o objeto do tombamento, tornando público que a mesma não se desincumbira de seu mister, o que levou a ser feita proposta de arquivamento do processo e instauração de um procedimento de Registro de Memória, instrumento mais adequado para o caso.

MAS NÃO É SÓ: EXISTE UM DADO MUITO IMPORTANTE A SER CONSIDERADO, QUE FOI OMITIDO PELA PETIÇÃO INICIAL: Quando da formação da comissão para definição do objeto do tombamento, a presidência do CONDEPHAAT já fixara prazo para apresentação das conclusões da comissão para a sessão do final de novembro. Por conta disso, o tombamento do Belas Artes estava já na pauta da sessão do dia 28/11/2011. Porém, **o conselheiro que fora relator da abertura do tombamento, Francisco Alambert, já sabedor da pauta, enviou uma mensagem eletrônica a todos os membros da comissão e à Presidente do CONDEPHAAT, noticiando que não se faria presente à sessão, mas que concordaria com o resultado que a mesma tivesse (ou seja, ele não**

pediu a retirada de pauta por conta de sua ausência). **Esse e-mail está como documento à parte nos anexos deste agravo.** Portanto, pode-se falar que **o referido conselheiro declinou de modo inequívoco de qualquer pretensão em manter-se na relatoria**: se estava ciente da pauta e não pediu sua retirada, aquiesceu que outro membro do CONDEPHAAT relatasse os trabalhos, suas conclusões e também eventuais consequências (como foi o caso da votação pelo arquivamento).

Ocorrido tudo isso, a proposta foi objeto de votação colegiada, onde se decidiu por maioria esmagadora pelo arquivamento.

Portanto, não existiu a violação de regra regimental apontada na inicial e que foi mencionada como fundamento da liminar. Houve relatoria no momento da abertura do processo de tombamento e também houve relatoria (feita por outro conselheiro), na sessão em que se tornou público que havia um óbice técnico intransponível para fins de delimitação do tombamento. Quando muito, o antigo relator declinou da relatoria ao comunicar ausência de sessão que sabia que trataria do tema, sem pedir retirada de pauta e dizendo que “*evidentemente apoiaria a decisão da maioria*”; portanto, seria necessário um relator para o ato, designado em sessão. Portanto, não há ilegalidade alguma a inquinar o ato administrativo de arquivamento. O procedimento transcorreu de forma regular e **a razão do arquivamento foi de ordem absolutamente técnica.**

Quanto ao mais, afora essa equivocada alegação de desobediência à norma regimental, **o MP não apresentou qualquer outro argumento de ilegalidade na decisão.** Não apontou uma lei federal, ou estadual, ou um decreto, ou o que seja, que tenha sido violado com o arquivamento do processo. E não haveria como fazê-lo, pois o processo tramitou de forma idônea, encerrando-se por uma questão técnica. Só lhe restou elucubrar sobre um dispositivo do Regimento Interno do órgão, para tentar forçar alguma coisa (no que, infelizmente, foi bem-sucedido). Mas, como se constata da própria ata da sessão, nem violação do Regimento houve. Por isso, o ato administrativo cassado pela liminar de primeiro grau deverá ser restaurado por esta Corte, pois ausente vício de ilegalidade.

**VI – NATUREZA DO ATO DE TOMBAMENTO.
CONSEQUENTE NATUREZA DO ATO DE
ARQUIVAMENTO DE PROCESSO DE TOMBAMENTO
– ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.
IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL.**

Além do equívoco referente à cassação de um ato administrativo sem que nele tenha havido qualquer ilegalidade, a decisão de primeiro grau aqui agravada também merece reforma pelo fato de ter invadido matéria reservada única e exclusivamente à Administração Pública – no caso, avançou sobre questão de MÉRITO ADMINISTRATIVO, referente à CONVENIÊNCIA e OPORTUNIDADE dos atos do Poder Público.

A decisão de tombam um bem, ou então de não tombá-lo (que foi o que ocorreu aqui) é **discricionária**. Sendo discricionária, não pode o Judiciário compelir o Estado a tombam e também não pode impedi-lo em decidir não tombam. Estamos no campo da **oportunidade** e da **conveniência** das escolhas públicas, a qual não é alcançada pela sindicabilidade judicial.

Portanto, **se o tombamento é ato discricionário, o seu contrário, que é o não tombamento, aqui materializado na decisão de arquivamento do processo administrativo, também é ato de mesma natureza** – razão pela qual o Judiciário não pode pretender adentrá-lo e alterá-lo e nem o MP pode forçar a tal situação pela propositura de ação civil pública.

Neste ponto, o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

*“Quanto ao primeiro aspecto, colocamo-nos entre os que consideram o tombamento um ato **discricionário** (negrito da própria autora). (DIREITO ADMINISTRATIVO, Ed. Atlas, 20. ed. p. 133).*

Também se debruçando sobre o tema, o magistério de ODETE ME-DAUAR:

“O tombamento sujeita-se à revogação, por inconveniência e inoportunidade, ou anulação, por ilegalidade. (...) Nos termos do Dec-Lei

3.866/41, artigo único, mesmo depois de homologado, o tombamento efetuado pelo IPHAN poderá ser cancelado pelo Presidente da República, de ofício ou em grau de recurso, por motivo de interesse público.” (DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO, 12. ed. Editora RT, página 345).

Não se olvida, todavia, a existência de corrente que defende que o tombamento seria ato administrativo vinculado, por conta da proteção garantida pela Constituição Federal ao Patrimônio Cultural, a qual não poderia ser negligenciada pela Administração Pública. A já citada MARIA SYLVIA DI PIETRO enfrenta essa questão e rechaça essa tese com a seguinte ponderação:

*Há quem entenda que, colocando a Constituição os bens do patrimônio histórico e artístico nacional sob a proteção do poder público, a autoridade competente para determinar o tombamento (inscrição no Livro do Tombo) não pode deixar de fazê-lo quando o parecer do órgão técnico reconhecer o valor cultural do bem para fins de proteção. **Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger.** Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá de ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto”. (DIREITO ADMINISTRATIVO, Ed. Atlas, 20. ed. p. 133).*

Portanto, o ato é discricionário, até pelo fato de que um tombamento implica custos ao Erário (*dever de suplementar financeiramente o proprietário em caso de necessidade de conservação do bem que lhe ultrapasse a fortuna; custo de conservação quando não arcada pelo particular; pagamento de desapropriação em caso de esvaziamento econômico; responsabilidade civil em casos de deterioração do bem por falha na conservação*) e o Estado tem de ter orçamento que lhe permita a assunção das obrigações patrimoniais que possam advir do tombamento; portanto, a Administração tem de ter liberdade para fazer as escolhas mais consentâneas com o interesse público e com suas possibilidades materiais. Além disso, o tom-

bamento é gravame restritivo muito severo sobre a propriedade e também sobre o entorno do bem, alcançando os seus vizinhos, razão pela qual sua imposição deve ser sempre muito bem sopesada pela Administração, a fim de não provocar problemas futuros de excessiva monta àqueles que suportam as restrições e seus efeitos.

Além disso, a tese de que a Administração seria obrigada a tombar por conta da garantia de proteção ao patrimônio cultural inscrita na Constituição sofre de uma grave falha de leitura: a Constituição de fato manda proteger o patrimônio cultural – **mas ela não diz que essa proteção apenas seja feita pelo tombamento**. Muito pelo contrário, a Carta Magna prevê diversos instrumentos jurídicos de preservação. Leia-se o artigo 216, § 1º da CF:

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, **por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação**.

O dever de preservar patrimônio cultural não é igual a dever de tombar: o tombamento é UMA dentre diversas formas previstas na Constituição para preservação desse patrimônio. Portanto, eventual valoração do bem não significa vinculação ao tombamento, já que a preservação também pode ser feita de outras formas – **e a forma mais adequada para cada caso concreto será eleita pela análise de oportunidade e conveniência do administrador público**. No presente caso concreto, a Administração Pública, por meio do CONDEPHAAT, entendeu preferível o Registro de Memória, meio mais adequado para casos de *bens imateriais*, como o são as chamadas *práticas culturais*, como é o caso da atividade de exibição cinematográfica do *Cine Belas Artes*.

Essa escolha do CONDEPHAAT, de não tombar, e optar por outra forma de preservação (registro de memória de bem imaterial) é decisão baseada em oportunidade e conveniência diante do caso concreto. Relembre-se que o Conselho não se limitou a arquivar o tombamento – foi deter-

minada, no mesmo ato administrativo, a instauração de procedimento de Registro de Memória. Portanto, atende aos reclamos da Constituição e ao mesmo tempo, como ato discricionário, não pode ser combatido judicialmente, sob pena de violação da Separação de Poderes.

Anote-se ainda que mesmo para aqueles que defendem que o tombamento é vinculado, essa obrigatoriedade decorreria da conclusão do **órgão técnico de proteção ao patrimônio cultural pela existência de valor especial do bem**. No presente caso, nem ao menos isso se tem: aqui, o órgão competente (CONDEPHAAT) sequer concluiu pelo valor do bem para fins de tombamento. Portanto, mesmo para aqueles que advogam a vinculação, a este caso em análise não se aplicaria essa tese, já que foi o próprio órgão técnico quem não concluiu pelo valor de preservação material.

Aqui, senhores desembargadores, será importante ler com atenção alguns documentos de instrução do agravo. Pede-se encarecidamente que se detenham alguns minutos ao menos à leitura das duas Atas das Sessões juntadas, bem como ao conjunto de e-mails que foram trocados entre os conselheiros membros da comissão encarregada de precisar o objeto do tombamento. Houve muita discussão, mas da mesma apenas restou a constatação de que não há o que se tomar no Cine Belas Artes. O tombamento é ato que deve ser oportuno e conveniente para a finalidade de preservação da cultura. Mas o que se constatou é que neste caso, o tombamento não implica que o “*Belas Artes*” voltará a funcionar ali. Aliás, o dono do cinema era um sujeito, o dono do prédio é outro, que nada entende da atividade cinematográfica. Um tombamento apenas significaria que o dono teria de manter o prédio sem alterações, mas nada impediria sua locação para outras atividades comerciais. E ainda que se impusesse que a única atividade comercial explorável fosse a cinematográfica, como já dito, nada garante a volta da rubrica “*Belas Artes*”, e nem mesmo que o novo estabelecimento seja um cinema de arte (e que não acabe virando um mero reproduzidor de *blockbusters*).

Portanto, impor o tombamento não seria ato conveniente, nem oportuno, decidindo-se por outra forma de preservação cultural. Esta, portanto, a natureza do ato administrativo reformado judicialmente. Não tendo havido

ilegalidade no mesmo, o que a liminar fez foi impor uma revogação do ato, o que não cabe ao Judiciário fazer.

Exposta a natureza discricionária da decisão, é de justiça a reforma da descabida liminar agravada.

VII – DA AUSÊNCIA DE OBJETO PARA UM ATO DE TOMBAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DO ATO. CONSTATAÇÃO PREJUDICIAL AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO DE TOMBAMENTO.

O ato administrativo, como qualquer ato jurídico, tem de ter objeto; e como qualquer ato jurídico, tal objeto deve ser LÍCITO, POSSÍVEL e DETERMINADO.

O Tombamento é um ato administrativo; portanto, deve ter um objeto, que deverá também ser LÍCITO, POSSÍVEL e DETERMINADO. Se o objeto não atender a tais requisitos, teremos ato administrativo nulo.

Pois bem.

O procedimento de tombamento foi interrompido prematuramente e arquivado devido à constatação de ausência de objeto, ou em outras palavras, pelo fato de o mesmo NÃO SER POSSÍVEL e também NÃO SER DETERMINADO. Além disso, como veremos, uma das possibilidades aventadas implicaria OBJETO ILÍCITO.

Como já dito, o CONDEPHAAT viu-se diante de uma situação inusitada. O imóvel, por si, não é interessante para o tombamento, por não ter qualquer valor arquitetônico, além de já ter sido alterado diversas vezes; por outro lado, o que seria interessante seria a preservação da atividade cinematográfica de “filmes de arte”; porém, isso é uma atividade comercial, insuscetível de tombamento: o Estado pode obrigar a que se preserve o edifício, mas não pode obrigar o proprietário a colocar um cinema para funcionar em seu recinto e administrar essa empresa (inexistência do tom-

bamento de uso); o cinema, enquanto estabelecimento comercial, foi um projeto empresarial que fracassou com o tempo, à mercê da concorrência e das próprias escolhas do público espectador pagante; quando muito, estar-se-ia diante de uma prática: mas não há como obrigar as pessoas a perpetuarem tal prática se elas não se dispuserem a isso e preferirem assistir exibições de cinema em shopping centers; e acaso se impusesse a exploração cinematográfica ao imóvel, nada garantiria também que a programação dita “de arte” se mantivesse (e logo, para poder pagar as contas da empreitada, se tornasse meramente comercial ou mesmo acabasse resvalando para o mercado de filmes pornográficos, como aconteceu com os antigos cinemas ainda em operação na região central da cidade – aliás, bons exemplos do que pode acontecer com o espaço do antigo Belas Artes, se se pretender o tombamento a ferro e fogo, sem qualquer critério de oportunidade, conveniência e, principalmente, razoabilidade).

Aqui, novamente, necessária a leitura das duas Atas das Sessões do CONDEPHAAT juntadas (**Ata da sessão extraordinária de 03/10/2011, páginas 02 a 08 e Ata da sessão ordinária de 28/11/2011, páginas 5 a 9**). Também interessante o conjunto de e-mails trocados entre os membros da comissão encarregada de precisar o objeto do tombamento.

O tombamento é gravame incidente sobre bens materiais; o prédio do cinema não tem interesse para tamanha restrição. O que se quer preservar é a prática cultural da exibição de filmes de arte naquele local sob uma determinada rubrica, dentro de uma determinada atmosfera emotiva. Mas nada disso é objeto de tombamento. O tombamento seria para o prédio e isso não garantiria a preservação daquilo que os defensores do Belas Artes querem ver mantido ali.

Não há como tombar uma atividade empresarial; não há como tombar um estabelecimento comercial; não há como tombar uma programação; não há como tombar um ambiente de cinefilia e as emoções que o mesmo evoca; não há como impor ao proprietário que apenas alugue o imóvel para empresas de cinema. Aliás, neste aspecto, o STF já considerou inconstitucional o tombamento de uso, pois não é previsto em nossa legislação, e o

fez em um caso semelhante a este: o município de Belo Horizonte tombou dois cinemas, impondo, além da preservação dos imóveis, a preservação das atividades comerciais; esta última parte foi repelida pelo Supremo, como se pode ler do acórdão do **Recurso Extraordinário 219.292-1**, que recebeu a seguinte ementa:

Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação a atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. (...)

Também em situação similar, o STF, no **Recurso Extraordinário 182782**, relator o Ministro Moreira Alves, entendeu que, se aquilo que se quer proteger vai além do bem material, o mais adequado seria uma desapropriação, para que o Estado explore a atividade preservar.

Portanto, se o órgão estadual concluiu que não há objeto para tombamento, não lhe seria lícito impor o tombamento, sob pena de produzir ato nulo; ou mesmo, criar um tombamento de uso, caso de objeto ilícito, vez que tal modalidade não existe em lei e não é recepcionada pela jurisprudência. Percebendo tal problema, o dever do CONDEPHAAT era de fato interromper o procedimento de tombamento, mirando então em outro instrumento de preservação (o que foi feito).

Ao final, um questionamento: se o processo de tombamento voltar a tramitar, o que vai ser feito com esse óbice de ausência de materialidade de objeto? Simplesmente, ele voltará, impondo um segundo arquivamento do tombamento. Somente isso. Teremos uma repetição de toda a situação anterior, o que demonstra quão inócua é a ação de primeiro grau e a liminar agravada.

VIII – DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA À FAZENDA PÚBLICA

A decisão de primeiro grau fixou multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em face do Estado de São Paulo para a hipótese de descumprimento do ordenamento nela contido.

Tal posicionamento não se mostra acertado.

Evidentemente, pelo que se colhe da experiência forense, a aplicação de multa ao Poder Público, além de inútil por não assegurar a coercibilidade almejada, representa ofensa à independência dos Poderes do Estado e acarreta consideráveis custos a serem suportados pela sociedade como um todo considerada.

Nessa direção, aliás, posiciona-se a jurisprudência deste TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

“ASTREINTES. Obrigação de fazer. Multa diária imposta à Fazenda. Inadmissibilidade, pois o Estado-juiz não pode impor pena cominatória a ente estatal, pena de intimidação e coerção, o que é incompatível com o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Precedentes desta Câmara.

(...)

Isso porque, cuidando-se de obrigação de fazer, em que o cumprimento cabe à Fazenda Pública por força de decisão judicial, é inadmissível a aplicação de pena de multa cominatória pelo Estado-juiz, uma vez que aludida multa tem o condão de intimidar, de ser coercitiva e não de ser compensatória.

Com efeito, não pode o Estado-juiz impor multa pelo atraso no cumprimento de decisão judicial a entes estatais, devendo eventual sanção ser imposta de outra forma.

(AI nº 200.831.5, desta 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Eminente Des. VIANA SANTOS – J. 20/12/00 – v.u. – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).”

“Agravo de Instrumento – Execução de sentença contra a Fazenda Pública para o cumprimento de obrigação de fazer. Determinação do Magistrado para que o cumprimento da obrigação se faça em 60

dias, sob pena de multa diária de um salário mínimo. Inocuidade da imposição em relação ao agente público, respondendo pela penalidade a Fazenda Pública, que se utilizará da renda proveniente de recursos tributários pagos pelos próprios contribuintes. Recurso provido.”

(AC 250.678-5/0, 4.ª Câmara de Direito Público – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

“Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, no caso a Fazenda do Estado, inadmissível a fixação de multa pecuniária visando a compeli-la ao cumprimento de decisão judicial (cumprir a obrigação principal), posto que os meios cabíveis para exigir o adimplemento da execução são outros, pois o pagamento seria efetuado pelos cofres públicos e não pelo devedor renitente.”

(AI 82.782-5/6, 6.ª Câmara de Direito Público – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

“O que não se pode é cominar penalidade ao Estado para que este pratique ou deixe de praticar determinados atos, de imediato, por via de liminar em ação civil pública. É descabida a imposição de multa cominatória em face de ente de direito público interno tendo em vista que não é possível a intervenção fora dos casos expressos na Constituição.”

(AI 117.851-5/0- 2.ª Câmara de Direito Público – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Ressalte-se, ainda, que se revela imprudente e inadequada a fixação de multa diária de tão elevado valor em face do Poder Público, tendo em vista que, no caso dos autos, se trata de decisão liminar baseada em juízo cognitivo sumário. Desta forma, além das ponderações já colocadas, cumpre salientar, também, a grave lesão à economia pública estadual, uma vez que tal despesa não tem previsão orçamentária, obrigando o ente Público Estadual a efetuar remanejamento financeiro em detrimento de outras necessidades públicas também prioritárias.

IX – DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

O pedido de efeito suspensivo tem uma razão prática: a causa do arquivamento foi a ausência de objeto material para o tombamento. Se a liminar tiver de ser obedecida imediatamente, o processo então será retomado para se fazer exatamente o quê? Para elaboração de estudo técnico que simplesmente repetirá tudo quanto já tratado pelos conselheiros, em verdadeiro atentado ao princípio da eficiência administrativa? Teremos uma futura repetição do arquivamento, pois a liminar não indica como resolver o problema técnico da ausência de objeto material de tombamento. Há um problema aqui de ordem prática quanto ao que se fazer no processo daqui por diante. Mandar “fazer mais estudos”, definitivamente, é um chavão vazio. Como dito, haverá apenas outro arquivamento (mas, com consumo de mais tempo e recursos públicos). Por essa razão, o pedido de efeito suspensivo.

X – DO PEDIDO

Ante os fatos e fundamentos jurídicos esposados, pugna a agravada a Vossa Excelência pelo conhecimento do recurso **sem a sua conversão em retido**, bem como pelo seu **provimento**, **para anular ou reformar a decisão atacada**. Pleiteia também a concessão de **efeito suspensivo**, bem como **afastada a imposição de multa contra a Fazenda Pública**; se esta última não for afastada, seja então ao menos **reduzida**. Requer sejam as publicações do presente recurso feitas em nome dos seguintes Procuradores do Estado: **CAIO CESAR GUZZARDI DA SILVA – OAB/SP 194.952, MARCO ANTONIO GOMES, OAB/SP 245543.**

São Paulo-SP, 02 de fevereiro de 2.012.

MARCO ANTÔNIO GOMES
Procurador do Estado de São Paulo
OAB-SP 245.543

DOCUMENTOS QUE COMPÕEM O INSTRUMENTO

1 – PETIÇÃO INICIAL

2 – DECISÃO AGRAVADA

3 – CERTIDÃO DE CUMPRIMENTO DO MANDADO DE INTIMAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA E CERTIDÃO DE SUA JUNTA-DA AOS AUTOS.

4 – INFORMAÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA ACERCA DO OCORRIDO NO PROCEDIMENTO.

5 – PARECER TÉCNICO DA UPPH (UNIDADE DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO), QUE SE MANIFESTOU PELO ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO.

6 – ATA DA SESSÃO DO CONDEPHAAT DE 03/10/2011, NA QUAL SE DECIDIU PELA ABERTURA DO PROCESSO DE TOMBAMENTO.

7 – CONJUNTO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA DOS TRABALHOS DA COMISSÃO ENCARREGADA DE DEFINIR O OBJETO MATERIAL DO TOMBAMENTO.

8 – AVISO DO ANTIGO RELATOR FRANCISCO ALAMBERT, COMUNICANDO QUE, EM QUE PESE O TOMBAMENTO DO BELAS ARTES ESTAR PAUTADO PARA A SESSÃO SEGUINTE, DELA SE AUSENTARIA (o que gerou uma nova relatoria para o caso, na referida sessão – comprovação de não infringência da norma regimental).

9 – PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO NA SECRETARIA DA CULTURA, ACERCA DO TOMBAMENTO ENTÃO EM ANÁLISE.

10 – PAUTA E ATA DA SESSÃO DO CONDEPHAAT DE 28/11/2011, NA QUAL SE DECIDIU PELO ARQUIVAMENTO DO PROCESSO DE

TOMBAMENTO, MEDIANTE CONSTATAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO OBJETO.

11 – PUBLICAÇÕES DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO PROCESSO DE TOMBAMENTO.

12 – MINUTAS DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS CONTRA A DECISÃO DE ARQUIVAMENTO.

13 – DESPACHO DE RECEBIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

14 – REGIMENTO INTERNO DO CONDEPHAAT.

15 – INFORMAÇÕES GERAIS DA SECRETARIA DA CULTURA, INSTRUÍDA COM EXCERTOS DO PROCESSO DE TOMBAMENTO.

Relator(a): VICENTE DE ABREU AMADEI

Órgão Julgador: 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024829-31.2012.8.26.0000

AGRAVANTE: Fazenda do Estado de São Paulo

AGRAVADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão interlocutória do Juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (fls. 54/55), em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da agravante e da Prefeitura Municipal de São Paulo. O recurso é tirado de decisão que deferiu antecipação da tutela jurisdicional para compelir as rés a reabrirem os processos administrativos de tombamento referentes ao “Cine Belas Artes”, bem como zelar pela preservação do imóvel, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A agravante pretende a reforma da decisão agravada, pois, em síntese **(a)** não há interesse de agir, pois o procedimento administrativo de tombamento está em trâmite, devido à interposição de recurso frente ao arquivamento do tombamento; **(b)** não há qualquer ilegalidade no procedimento administrativo de tombamento realizado, inclusive com observância do prescrito no artigo 8º, parágrafo 5º, alínea “d”, do Regimento Interno do CONDEPHAAT; **(c)** o tombamento é ato administrativo discricionário; **(d)** inexistente objeto passível de tombamento, pois o direito brasileiro não prevê o tombamento de uso; **(e)** a imposição de multa cominatória à Fazenda Pública é inadmissível.

2. Processe-se com o efeito suspensivo pretendido, pois examinados os autos de forma compatível com esta fase procedimental, tem-se, a princípio, por relevantes os fundamentos deduzidos pela agravante e iminente o risco de haver prejuízo por retardo na prestação jurisdicional.

3. Assim, com fulcro no art. 527, III, do CPC, defiro o efeito suspensivo, para suspender os efeitos da decisão recorrida em face da agravante Fazenda do Estado de São Paulo, até final solução deste agravo.

Oficie-se, por fax, com urgência, para comunicação.

Dispensadas as informações.

À D. Procuradoria Geral de Justiça.

Int.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2012.

VICENTE DE ABREU AMADEI
Relator

Registro: 2012.0000467200

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0024829-31.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANKLIN NOGUEIRA (Presidente sem voto), CASTILHO BARBOSA E DANILO PANIZZA.

São Paulo, 11 de setembro de 2012.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Relator

VOTO Nº 3.400

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024829-31.2012.8.26.0000

AGRAVANTE: Fazenda do Estado de São Paulo

AGRAVADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Processo de tombamento administrativo – Arquivamento – Tutela antecipada deferida para reinício do processo – Ausência de requisitos – Ausência de teratologia ou de nulidades no processo administrativo verificáveis *prima facie* – Interesse público preservado. RECURSO PROVIDO.

1. É inviável a antecipação dos efeitos da tutela, para reinício de processo de tombamento administrativo, ante a ausência dos requisitos legais para tanto, principalmente quando a decisão administrativa de arquivamento não se mostra teratológica, ou violadora, em cognição sumária *prima facie*, do princípio da legalidade.

2. As particularidades do objeto que se pretende preservar sob o ponto de vista do patrimônio histórico determinam, dentre os instrumentos jurídicos disponíveis, qual deles, no quadro da legalidade, pode satisfazer o interesse público, num juízo técnico, motivado e razoável da Administração.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão interlocutória do Juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (fls. 54/55), em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face da agravante e da Prefeitura Municipal de São Paulo. O recurso é tirado de decisão que deferiu antecipação da tutela jurisdicional para compelir as rés a reabrir os processos administrativos de tombamento referentes ao “Cine Belas Artes”, bem como zelar pela preservação do imóvel, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A agravante pretende a reforma da decisão agravada, pois, em síntese (a) não há interesse de agir, na medida em que o processo administrativo

de tombamento está em trâmite, devido à interposição de recurso frente ao arquivamento do tombamento; (b) não há qualquer ilegalidade no processo administrativo de tombamento realizado, inclusive com observância do prescrito no artigo 8º, § 5º, alínea “d”, do Regimento Interno do CONDEPHAAT; (c) o tombamento é ato administrativo discricionário; (d) inexistente objeto passível de tombamento, pois o direito brasileiro não prevê o tombamento de uso; (e) a imposição de multa cominatória à Fazenda Pública é inadmissível.

Deferida a antecipação de tutela para suspender os efeitos da decisão em face da agravante, houve contraminuta, e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A decisão agravada comporta reparo.

Antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional é espécie de tutela de urgência, necessária à efetividade do processo, de feição excepcional e natureza satisfativa (não apenas conservativa, como é a cautelar), embora provisória e resultante de sumária cognição, que, na forma do prescrito no art. 273 do Código de Processo Civil, pressupõe: **(a)** fundamentação relevante; **(b)** prova inequívoca – preexistente, idônea e portadora de elevado grau de convencimento – da verossimilhança do alegado; **(c)** situação específica de **(c.1)** fundado receio de dano irreparável ou lesão grave de difícil reparação, **(c.2)** de abuso de direito de defesa ou **(c.3)** de pedido incontroverso; (d) ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

No caso, não evidenciada a configuração de tais requisitos.

Trata-se, na origem, de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela para que as requeridas, dentre as quais figura a ora agravante, reiniciem os processos de tombamento administrativo do Cine Belas Artes.

É incontroverso que houve uma preliminar decisão de abertura do processo de tombamento junto ao CONDEPHAAT, posteriormente reconsiderada, ocasião em que se decidiu pelo arquivamento do feito administrativo, com abertura de processo de registro de memória do Cine Belas Artes.

As alegações do agravado são, em síntese, as de que o procedimento pelo qual foi tomada a decisão de arquivamento do processo de tombamento estaria eivado de nulidades, bem como que, no tocante ao núcleo material da questão, o ato administrativo terminativo viola o direito difuso ao patrimônio cultural representado pela atividade de exibição de filmes ali desenvolvida.

Entretanto, em contexto de antecipação de tutela, não se encontra, no ato administrativo impugnado, situação aberrante ou teratológica, nem violação do princípio da legalidade ou do interesse público, verificáveis *prima facie*.

Com efeito, das atas juntadas aos autos (fls. 103/112 e 154/163), depreende-se como os integrantes do CONDEPHAAT encontraram dificuldades em delimitar o objeto a ser tombado: se o edifício que abriga o cinema ou a atividade de exibição de filmes ali realizada. Consideraram, por fim, que “não se identificou qualquer materialidade no local que fundamentasse o tombamento do bem”, em concordância com parecer técnico da Unidade de Preservação do Patrimônio Histórico (fls. 95), a respeito da arquitetura do edifício.

Por isso, o deslinde da questão convocou um exame agudo do tombamento, o instrumento jurídico manejado no caso concreto, com respeito aos objetos a que atende e à sua função.

De saída, anote-se que, ainda que o Município de São Paulo tenha estrutura mais do que suficiente para preservar seu patrimônio histórico, não se pode afastar *ab initio* a possibilidade de outras unidades federativas, incluso o Estado de São Paulo, administrativamente, preservar bens de interesse histórico preponderantemente local.

Em prol do interesse público na preservação do patrimônio histórico, *“dentro desse espírito de cooperação é preciso compreender a realidade brasileira. Existem Estados e Municípios mais ricos e dotados de mais energia cultural do que os outros”* (José Eduardo Ramos Rodrigues, Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto de cidade, in *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, E. Millaré/Coord. São Paulo, RT, 2005, p. 274). Assim, nessa seara, o interesse comunitário prepondera sobre a formal repartição de competências administrativas, pautada no critério do interesse geral (União), regional (Estado) e local (Município) do impacto cultural tutelado. Melhor, pois, pautar-se, ante a competência material comum dos entes da federação, apenas no critério territorial e, daí, reconhecer espaço comum de atribuição para o tombamento em que pode haver concorrência do ente municipal com o ente estadual, como no caso.

Passando ao exame intrínseco do tombamento, no dizer de José Eduardo Ramos Rodrigues, *“o tombamento é apenas um dos instrumentos adequados à proteção do patrimônio cultural, mencionando a Constituição Federal, num rol também exemplificativo, os inventários, registros, vigilância e desapropriação. A desapropriação é instituto de longa data adotado pelo direito brasileiro, parecendo-nos também que, salvo melhor juízo, ‘vigilância’ corresponda ao tradicional exercício do poder de polícia pelo Poder Público. O registro surgiu apenas com o Dec. 3.561, de 04.08.2000, com a finalidade de proteger o patrimônio cultural imaterial, como veremos mais adiante. O inventário ainda carece da necessária regulamentação (...)”* - (Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto de cidade, in *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, E. Millaré/Coord. São Paulo, RT, 2005, pp. 272/273).

O tombamento *“exprime a dimensão sócio-axiológica dos bens e lhes imprime caráter jurídico-ambulatorial especial: de um lado, exprime (declara) a carga espiritual de vida histórico-cultural que a comunidade vincula a determinados bens; de outro, em tutela desses valores, im-*

prime (constitui) regime jurídico próprio, que adere aos bens tombados, acompanhando-os independentemente de sua titularidade” (parecer conjunto deste relator com o Dr. Álvaro Luiz Valery Mirra, enquanto Juízes Auxiliares da Corregedoria, no Processo CG nº 1029/2006, subscrito em 18.7.2007).

Entre seus principais efeitos, tirados da legislação e reconhecidos pela doutrina, “*estão (a) a obrigação de levar o tombamento a registro; (b) a existência de restrições à alienabilidade da coisa tombada; (c) a existência de restrições à modificabilidade do bem; (d) a possibilidade de nela intervir o órgão competente que realizou o tombamento para fiscalização e vistoria do bem tombado; e (e) a sujeição da propriedade vizinha a restrições especiais”* (Idem).

Com relação à natureza dos deveres, “*os efeitos ou consequências do tombamento resumem-se ou em restrições negativas, de natureza de um non facere (os bens não poderão ser destruídos, demolidos, reparados, restaurados, pintados, consertados, alienados, alterados, modificados), ou em restrições positivas, verdadeiras imposições do poder público, de natureza de um facere (os bens deverão ser conservados, vigiados, cuidados pelo proprietário, que, nesse mister, procederá com um bônus pater-familias)”* (Diogenes Gasparini, *Tombamento*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 74, pp. 5/6).

Veja-se, portanto, que o tombamento não pode implicar restrições positivas que vão além de uma obrigação de cuidado e conservação do bem.

Nesse sentido, tudo indica para a pertinência do parecer jurídico lançado no processo (fls. 141/149), que longe de privilegiar aspectos técnicos e burocráticos ao interesse cultural do cinema, apenas apontou os diferentes instrumentos jurídicos disponíveis para a ampla gama de bens e situações preserváveis sob o ponto de vista cultural. Assinalou: “*Da natureza material ou imaterial do bem cultural a ser protegido, decorrem diferentes instrumentos protetivos. Para os bens materiais, o tombamento. Para os imateriais, o registro. (...) De fato, o tombamento do prédio em que insta-*

lado o cinema é tombamento de bem material, e se presta unicamente à proteção da própria edificação, mas não é instrumento hábil à garantia do uso deste imóvel como cinema” (fls. 146/147).

Em outras palavras, não se pode tomar a atividade de exibição de filmes de arte que, como a esmagadora maioria da atividade econômica contemporânea, é prestada sob a forma empresarial. A dinâmica desta impede, por natureza, o seu tombamento.

Nesse sentido, o tombamento significa restrição de uso, mas não implica destinação para um uso determinado, dependente de fatores de mercado. O desempenho da atividade de exibição de filmes por entidade estatal, que em abstrato poderia ser uma possibilidade, não foi objeto de discussão no âmbito administrativo.

Ali, em virtude do aspecto imaterial pertinente ao valor histórico do Cine Belas Artes, as discussões se limitaram ao cotejo entre o tombamento e o registro.

Nesse âmbito, “o conceito de patrimônio cultural imaterial encontra-se na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 17.10.2003 (...)” e compreende “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. (...) os bens culturais imateriais têm uma natureza eminentemente mutável e abstrata. Daí a inadequação do tombamento como instrumento de proteção do patrimônio imaterial, já que este visa preservar para sempre um bem com o mínimo possível de alterações” (José Eduardo Ramos Rodrigues, Op. cit., pp. 287/288).

O registro, então, seria o instrumento jurídico hábil para preservação desse tipo de patrimônio, com destaque para o Registro de Lugares, no qual se inscrevem “lugares onde se concentram a reproduzem práticas culturais coletivas” (...). *A inscrição deve ter como referência a conti-*

nuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira”.

Por fim, o autor arremata: “*o registro tem um caráter de certa forma honorífico, que não implica em maiores intervenções na propriedade privada, como é o caso do tombamento. É importante frisar que o tombamento e o registro são institutos paralelos (...)*”. (Idem, ibidem, p. 288/289).

Reconhecida certa imaterialidade no patrimônio cultural representado pelo Cine Belas Artes, na sessão do CONDEPHAAT que determinou o arquivamento do processo de tombamento, o Colegiado “ratificando o interesse histórico e cultural manifesto na abertura do processo de tombamento, ora revogado, deliberou pela abertura de processo de registro de memória do Cine Belas Artes” (fls. 161).

Assim, é importante que se frise, nesse momento, que não se vislumbra, dos documentos juntados, pela qualidade dos pareceres juntados e do debate entre os conselheiros do patrimônio histórico estadual, qualquer falta de cuidado com a história cultural da cidade de São Paulo.

Ao contrário, todas as manifestações do processo administrativo prezam pela devida atenção ao papel vanguardista e libertário do cinema. Um espaço urbano identificado com a propagação de uma concepção de vida orientada pela liberdade, na construção de uma civilização mais integrada, refletida e sugerida pelas belas artes, dando impulso aos mais altos ideais da humanidade.

A discussão administrativa, partindo de completo e bem elaborado parecer técnico, que reconheceu todo o papel cultural do Cine Belas Artes na cidade de São Paulo (fls. 77/99), apreciou e cotejou, de forma razoável, as particularidades do tombamento e do registro, com o objeto que se pretendia preservar como digno de valor cultural.

Não houve, com a determinação de término do procedimento do tombamento, nenhuma teratologia, ou violação do interesse público, consta-

tável *prima facie*, que autorize a intervenção judicial, nos moldes pretendidos na presente ação. Como visto, o aspecto de atividade de exibição de filmes de arte não afeito ao tombamento o aspecto material do edifício onde se situa o Cine Belas Artes não representativo de valor arquitetônico em si mesmo e o aspecto imaterial do valor cultural ali representado que poderia ser protegido paralelamente por tombamento e registro foram devidamente apreciados no CONDEPHAAT, com resultado conclusivo na decisão de arquivamento, sem a nota de juridicidade aberrante ou de manifesta ilegalidade.

Se a decisão administrativa, no seu juízo técnico, sem arbitrariedades, houve por bem que o interesse público é satisfeito da melhor forma possível pelo registro, sem espaço para o tombamento, não há, nesse contexto, e em medida de tutela antecipada, como reverter esta decisão no âmbito judiciário.

Se, por outro lado, o registro não se mostra um instrumento jurídico dos mais efetivos para a finalidade preservacionista desse caso concreto, é preciso reconhecer que a lei brasileira carece de outra figura mais adaptável às circunstâncias presentes. E aqui, principalmente por se tratar de intervenção na propriedade privada, a previsão em lei é garantia de todos os cidadãos, em conformidade com o interesse público.

No caso concreto, poderia se pensar em algum tipo de restrição de uso do imóvel, que não desvirtuasse totalmente a destinação cultural que teve o Cine Belas Artes (numa utilização paralela de tombamento com o registro).

Contudo, repita-se, sem desvio do interesse público, a Administração não o fez, e esta ação não é para o tombamento judicial, mas apenas para a correção de eventual vício ou ilegalidade na decisão que resultou no arquivamento do processo administrativo de tombamento, que se busca reabrir. Dessa forma, no núcleo da questão, não há outra solução no plano do direito material, senão a ponderação do interesse público, segundo os critérios e luzes projetadas pelos Conselheiros e dados daqueles feitos ad-

ministrativos, em mero reexame de verificação de sua aberrância ou de sua razoabilidade jurídica.

Nem mesmo as alegações de vícios formais e procedimentais derrubarão tal impedimento. Até mesmo porque, ao que parece nesse momento preliminar, eles não existiram.

Com efeito, de acordo com o art. 8º, § 5º, do Regimento Interno do CONDEPHAAT (fls. 188), serão objeto de análise por Conselheiro Relator, a abertura ou arquivamento de estudo de tombamento, assim como sua eventual reconsideração.

Cumprindo tal dispositivo, o processo administrativo em tela contou com relatório e voto de relator para abertura do processo de tombamento (fls. 104/111), e relatório e voto de relator para reconsideração dessa decisão e seu arquivamento (fls. 158/162).

A celeuma estaria no fato de que o relator designado para estudo de abertura do processo de tombamento não foi o relator na sessão que o arquivou, passando esta função a outro conselheiro.

Aqui, entretanto, a falta de organização dos membros do CONDEPHAAT não tem maiores consequências jurídicas. A uma, porque a data da sessão em que houve o arquivamento era da ciência do primeiro relator designado, que declarou não poder comparecer (fls. 136), sem objeções de outros conselheiros; a duas, porque tal data consistia em prazo fatal para a entrega para conclusão dos estudos sobre o tombamento, tal como decidido na primeira sessão (fls. 110); a três, porque o processo foi regularmente relatado, contando com profundos debates entre todos os outros membros do órgão, resultando em votação de 13 votos favoráveis, 2 votos contrários e 2 abstenções, de modo que a ausência de um conselheiro (ato, em si, lícito) não influiu no resultado; a quatro, porque, como visto, a decisão tomada não violou materialmente o interesse público, ante as considerações acima tecidas sobre a função do tombamento e o papel cultural do Cine Belas Artes.

Não é demais lembrar que “o tombamento sujeita-se à revogação, por inconveniência e inoportunidade ou anulação, por ilegalidade. A autoridade competente, em vez de homologá-lo, poderá determinar a revisão, alteração ou desfazimento (...) em qualquer caso o desfazimento deve ser motivado” (Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno. São Paulo, RT, 1996, p. 375). E, no caso, motivação para o arquivamento, não faltou.

Por fim, ausente o perigo de ineficácia da medida, pois diante dos documentos juntados (fls. 172/180 e 182), houve interposição de recursos administrativos, que ainda não contaram com juízo de admissibilidade expresso, dependente de manifestação da Consultoria Jurídica.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para cassar a tutela antecipada deferida em face da agravante. Observe-se, entretanto, a pendência de outro agravo de instrumento, em que também se suspendeu a decisão recorrida.

VICENTE DE ABREU AMADEI
Relator

Registro: 2013.0000090093

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0024829-31.2012.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram os embargos. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e CASTILHO BARBOSA.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2013.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Relator

VOTO Nº 4.377

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0024829-31.2012.8.26.0000/50000

EMBARGANTE: Ministério Público do Estado de São Paulo.

EMBARGADA: Fazenda do Estado de São Paulo.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ausente omissão, contradição e obscuridade – Inadequação da via recursal para expressão de inconformismo ou para reforço de prequestionamento. EMBARGOS REJEITADOS. Ausente omissão, contradição ou obscuridade para sanar, rejeitam-se os embargos de declaração, observada a inadequação da via recursal para expressão de inconformismo, modificação do julgado ou mero reforço de prequestionamento.

Trata-se de embargos de declaração opostos em relação ao v. acórdão (fls. 368/380), nos autos e entre as partes acima identificadas, sob alegação de deficiência do v. acórdão embargado, especialmente por omissão e necessidade de prequestionamento, com pretensão destinada a sanar a deficiência apontada, modificando o resultado do julgado, para acolher a pretensão do embargante no processo.

É o relatório.

O v. acórdão embargado, decorrente de julgamento colegiado por unanimidade, em agravo no qual se discute antecipação dos efeitos da tutela, para compelir a Administração a reabrir processo de tombamento do Cine Belas Artes, expressa o resultado de provimento do recurso, para cassar a liminar concedida.

Os embargos de declaração não podem ser acolhidos, porque não há deficiência alguma no v. acórdão embargado: sem erro material e ausente omissão, contradição ou obscuridade pressupostos necessários dos embargos, conforme a norma do art. 535 do CPC não há espaço para complemento, correção ou esclarecimento do julgado colegiado.

Destaque-se que o v. acórdão atacado enfrentou toda matéria controversa da lide, segundo o necessário para o julgamento do recurso correspondente, em seus limites naturais e legais, bem como que a via recursal dos embargos de declaração é inadequada para expressão de inconformismo ou modificação do julgado – descolada do erro material ou daqueles pressupostos objetivos do art. 535 do CPC –, ou, ainda, para mero reforço de prequestionamento.

Ressalte-se que não se pode atribuir aos embargos de declaração feição puramente infringente, pois eles “*não consubstanciam meio próprio à revisão do que decidido*” (STF, RT 721/335), bem como que sequer há obrigatoriedade de se “*responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos*” (TJSP, RJTJESP 115/207).

Com relação aos dois pontos específicos cuja omissão se alega, é necessário observar que a decisão recorrida deles tratou expressamente.

Não se vislumbrou, com relação ao primeiro deles, afronta ao devido processo legal administrativo, pois os recursos interpostos ainda não contaram com juízo de admissibilidade expresso, dependendo de manifestação da consultoria jurídica. Inexiste, pois, afronta ao direito de recorrer, bem como não se pode ainda afirmar incompetência ou qualquer outro vício em seu recebimento, admissibilidade e eventual julgamento.

Já com relação ao reconhecimento de ser o Cine Belas Artes patrimônio cultural, este foi o núcleo material da decisão recorrida, a qual reforçou a ocorrência de reconhecimento administrativo do papel cultural por ele desempenhado. Ratificou-se a inexistência de violação ao interesse público, incluso aqui o direito difuso ao patrimônio cultural. O simples tombamento administrativo é que não se mostrou, razoavelmente, o instrumento adequado para sua preservação.

A inexistência de violação ao devido processo administrativo, bem como à preservação constitucional do patrimônio cultural, é demonstra-

da também pela notícia veiculada em outubro de 2012, nos mais diversos meios de comunicação, de que o CONDEPHAAT decidiu tombar a fachada e alguns metros imediatamente interiores do edifício, corroborando o quanto decidido no mérito do acórdão recorrido.

Outrossim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois “*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*” (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos nos recursos.

Logo, é o caso de rejeição dos embargos.

Pelo exposto, **REJEITO** os embargos de declaração opostos, mantendo, integralmente, o v. acórdão embargado.

VICENTE DE ABREU AMADEI
Relator

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO